



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2014 Vol. 3

1^{er} cahier, 2014 Vol. 3

Cited as [2014] 3 S.C.R. 3-281

Renvoi [2014] 3 R.C.S. 3-281

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

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

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON

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

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

Technical Revisors / Réviseurs techniques
NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjoins administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran 176

Public international law — Sovereign immunity — Civil proceedings initiated in Quebec against Iran, Iranian head of state and two state officials in relation to alleged torture and death of Canadian citizen in Iran — Whether proceedings are barred, in whole or in part, by application of State Immunity Act — Whether international law requires State Immunity Act to be interpreted to include exception in cases of torture — Whether immunity extends to foreign public officials acting in their official capacity — Whether torture may constitute an official act of a state — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 3(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Bill of Rights — Right to security of person — Right to a fair hearing — Sovereign immunity — Civil proceedings initiated in Quebec against Iran, Iranian head of state and two state officials in relation to alleged torture and death of Canadian citizen in Iran — Proceedings barred by application of s. 3(1) of State Immunity Act — Whether s. 3(1) of State Immunity Act inconsistent with s. 2(e) of Bill of Rights or infringes s. 7 of Charter — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 3(1) — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III, s. 2(e) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. Conception 82

Criminal law — Mental disorder — Dispositions by a court or review board — Treatment disposition — Accused declared unfit to stand trial — Hearing judge issuing a “forthwith” treatment order without consent of treating hospital — Whether a court may make a disposition order directing that treatment begin immediately even though the hospital or treating physician does not consent to that disposition — Whether the consent requirement relates to the timing of carrying out the order or just to the treatment itself — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.58, 672.62(1)(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Criminal law — Mental disorder — Treatment disposition — Whether requiring hospital’s consent for all provisions of the treatment disposition would infringe accused’s right to procedural fairness — Whether treatment disposition provisions of Criminal Code are unconstitutionally vague or arbitrary — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.58, 672.62(1)(a).

Continued on next page

SOMMAIRE

Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran 176

Droit international public — Immunité de juridiction — Action civile intentée au Québec contre l’Iran, le chef d’État de l’Iran et deux agents de l’État pour la torture alléguée et le décès d’une citoyenne canadienne en Iran — La Loi sur l’immunité des États fait-elle obstacle partiellement ou intégralement à l’action? — Le droit international exige-t-il une interprétation de la Loi sur l’immunité des États qui reconnaîtrait une exception dans les cas de torture? — L’immunité s’étend-elle aux agents d’États étrangers qui agissent dans l’exercice de leurs fonctions officielles? — La torture constitue-t-elle un acte officiel d’un État? — Loi sur l’immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 3(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Déclaration des droits — Droit à la sécurité de la personne — Droit à une audition impartiale de sa cause — Immunité de juridiction — Action civile intentée au Québec contre l’Iran, le chef d’État de l’Iran et deux agents de l’État pour la torture alléguée et le décès d’une citoyenne canadienne en Iran — Irrecevabilité de l’action par application de l’art. 3(1) de la Loi sur l’immunité des États — L’article 3(1) de la Loi sur l’immunité des États est-il incompatible avec l’art. 2e) de la Déclaration des droits ou viole-t-il l’art. 7 de la Charte? — Loi sur l’immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 3(1) — Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III, art. 2e) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. c. Conception 82

Droit criminel — Troubles mentaux — Décisions rendues par un tribunal ou une commission d’examen — Décision prévoyant un traitement — Accusé déclaré inapte à subir son procès — Ordonnance de traitement applicable « sur-le-champ » rendue par la juge président l’audience sans le consentement de l’hôpital chargé du traitement — Le tribunal peut-il ordonner que le traitement débute immédiatement même si l’hôpital ou le médecin traitant ne consentent pas à cette décision? — L’exigence relative au consentement porte-t-elle sur la date d’exécution de l’ordonnance ou simplement sur le traitement même? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.58, 672.62(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit criminel — Troubles mentaux — Décision prévoyant un traitement — Le fait d’exiger le consentement de l’hôpital à toutes les modalités de la décision prévoyant

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Mack	3
Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions — “Mr. Big” confessions — Charge to jury — Accused confessing to murdering his roommate during Mr. Big operation — Whether accused’s confessions should be excluded under s. 24(2) of Charter — If not, whether trial judge’s jury charge adequate on evidentiary concerns of Mr. Big confessions — Whether trial judge’s jury charge also adequate on reliability of Crown witness’s testimony — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).	
R. v. Mohamed	280
Criminal law — Charter of rights — Search and seizure — Right to counsel — Remedy — Trial judge failing to consider whether s. 8 breached in addition to s. 10(b) — Independent s. 8 breach would not have changed s. 24(2) analysis — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(b), 24(2).	
R. v. Steele	138
Criminal law — Sentencing — Dangerous offender — Application for remand for assessment — Meaning of “serious personal injury offence” — Whether robbery committed by using threats of violence to a person falls within the meaning of “serious personal injury offence” — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 343(a), 752 “serious personal injury offence”, 752.1(1).	
Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)	31
Constitutional law — Courts — Access to justice — Court hearing fees — Province enacting regulations establishing graduated court hearing fees — Regulations containing exemption provision from fees for persons who are “indigent” or “impoverished” — Whether province can establish hearing fee scheme under its administration of justice power pursuant to s. 92(14) of Constitution Act, 1867 — Whether regulations imposing hearing fees denying some people access to courts infringing core jurisdiction of s. 96 superior courts — Whether provincial hearing fee scheme constitutionally valid — Constitution Act, 1867, ss. 92(14), 96 — Court Rules Act, R.S.B.C. 1996, c. 80 — Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, as amended by B.C. Reg. 10/96 and B.C. Reg. 75/98 — Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 20-5(1).	

SOMMAIRE (Suite)

un traitement porte-t-il atteinte au droit de l’accusé à l’équité procédurale? — Les dispositions du Code criminel relatives à la décision prévoyant un traitement sont-elles imprécises ou arbitraires au point d’être inconstitutionnelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.58, 672.62(1).	
R. c. Mack	3
Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Aveux — Aveux issus d’une opération « Monsieur Big » — Exposé au jury — Aveux du meurtre de son colocataire par l’accusé lors d’une opération Monsieur Big — Ces aveux doivent-ils être écartés en application de l’art. 24(2) de la Charte? — Dans la négative, les directives du juge du procès au jury sur les craintes liées à la valeur probante de ces aveux sont-elles adéquates? — Ses directives sur la fiabilité du témoignage du témoin à charge sont-elles également adéquates? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).	
R. c. Mohamed	280
Droit criminel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Droit à l’assistance d’un avocat — Réparation — Omission de la juge du procès de se demander si, en plus de l’atteinte au droit prévu à l’art. 10b), il avait été porté atteinte au droit garanti à l’art. 8 — Une atteinte au droit garanti à l’art. 8 n’aurait pas changé l’analyse relative à l’art. 24(2) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10b), 24(2).	
R. c. Steele	138
Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Demande de renvoi pour évaluation — Signification de « sévices graves à la personne » — Le vol qualifié perpétré par le recours à des menaces de violence contre une personne répond-il à la définition de « sévices graves à la personne »? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 343a), 752 « sévices graves à la personne », 752.1(1).	
Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)	31
Droit constitutionnel — Cours — Accès à la justice — Frais d’audience — Règlement provincial fixant des frais d’audience progressifs — Règlement comportant une disposition dispensant des frais d’audience les personnes « indigentes » (“ <i>indigent</i> ”) ou « démunies » (“ <i>impoverished</i> ”) — La province peut-elle établir un régime de frais d’audience en vertu du pouvoir que lui	

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

confère l'art. 92(14) de la Loi constitutionnelle de 1867 en matière d'administration de la justice? — Est-ce qu'un règlement qui impose des frais d'audience niant à certaines personnes l'accès aux tribunaux porte atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures visées à l'art. 96? — Le régime provincial de frais d'audience est-il constitutionnellement valide? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14), 96 — Court Rules Act, R.S.B.C. 1996, ch. 80 — Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, modifiées par B.C. Reg. 10/96 et B.C. Reg. 75/98 — Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, art. 20-5(1).

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 2014

3^e volume, 2014

Dax Richard Mack *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. MACK

2014 SCC 58

File No.: 35093.

2013: December 3; 2014: September 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions — “Mr. Big” confessions — Charge to jury — Accused confessing to murdering his roommate during Mr. Big operation — Whether accused’s confessions should be excluded under s. 24(2) of Charter — If not, whether trial judge’s jury charge adequate on evidentiary concerns of Mr. Big confessions — Whether trial judge’s jury charge also adequate on reliability of Crown witness’s testimony — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

After a murder victim was reported missing, the police received information that his roommate M had confessed to killing him and initiated an investigation. The investigation had two components: a Mr. Big operation and a wiretap authorization to intercept M’s phone calls. During the Mr. Big operation, M twice admitted to undercover police officers that he shot the victim and burned his body. That information led police to conduct a search of a firepit where they located fragments of bones and teeth later identified as belonging to the victim, and shell casings later determined to have been fired from a gun seized from M’s apartment. M was arrested and charged with first degree murder. At the time of M’s

Dax Richard Mack *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

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

RÉPERTORIÉ : R. c. MACK

2014 CSC 58

N° du greffe : 35093.

2013 : 3 décembre; 2014 : 26 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Aveux — Aveux issus d’une opération « Monsieur Big » — Exposé au jury — Aveux du meurtre de son colocataire par l’accusé lors d’une opération Monsieur Big — Ces aveux doivent-ils être écartés en application de l’art. 24(2) de la Charte? — Dans la négative, les directives du juge du procès au jury sur les craintes liées à la valeur probante de ces aveux sont-elles adéquates? — Ses directives sur la fiabilité du témoignage du témoin à charge sont-elles également adéquates? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Après que la disparition de la victime lui eut été signalée, la police a été informée que M avait avoué le meurtre de la victime, son colocataire. Elle a ouvert une enquête qui a comporté deux volets : une opération Monsieur Big et, sur autorisation d’un juge, l’interception des conversations téléphoniques de M. Pendant l’opération Monsieur Big, M a reconnu deux fois en présence d’agents banalisés qu’il avait abattu la victime et fait brûler sa dépouille. Ces aveux ont amené les policiers à fouiller un foyer en plein air dans lequel ils ont trouvé des fragments d’os et des dents dont on a ensuite déterminé qu’ils provenaient de la victime, ainsi que des douilles dont il a par la suite été établi qu’elles provenaient de

arrest, the Mr. Big operation had been in progress for four months and M had participated in 30 “scenarios” with undercover officers. He had been paid approximately \$5,000 for his work, plus expenses. At trial, the Crown conceded that its wiretap authorization did not comply with the *Criminal Code* and therefore, violated s. 8 of the *Charter*. As a result of this violation, the Crown did not adduce any of M’s calls, but did adduce his two confessions to the undercover police officers during the Mr. Big operation. However, M argued that the wiretap authorization was so intertwined with the Mr. Big operation that the illegality of the authorization necessitated excluding his confessions under s. 24(2) of the *Charter*. The trial judge rejected this argument and determined that s. 24(2) was not engaged. The trial judge provided instructions to the jury in relation to the evidence arising from the Mr. Big operation. He also cautioned the jury about the testimony of the Crown’s principal witness and provided a *Vetrovec* warning in relation to his evidence. The jury found M guilty of first degree murder and his appeal from conviction was dismissed by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 24(2) of the *Charter* was not engaged because M’s confessions to the undercover officers were not obtained in a manner that infringed M’s rights. Whether evidence was obtained in a manner that infringing an accused’s rights depends on the nature of the connection between the infringement and the evidence obtained. While a causal connection is not required, the nature and extent of the connection remains an important factor for the trial judge’s consideration. In this case, M confessed to the undercover officers while the illegal wiretap was in place. Although the trial judge found a temporal connection between M’s confessions and the wiretap, its significance was undermined by a tenuous causal connection. That finding was open to the trial judge and there is no basis for interfering with it.

Neither the courts below nor the parties had the benefit of this Court’s decision in *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, under which framework a Mr. Big confession will be excluded where its prejudicial effect outweighs its probative value, or where it is the product of

l’arme à feu saisie dans l’appartement de M. Ce dernier a été arrêté et accusé de meurtre au premier degré. Au moment de l’arrestation, l’opération Monsieur Big avait duré quatre mois et M avait participé à 30 « scénarios » avec des agents banalisés. M avait touché une rémunération d’environ 5000 \$, et ses dépenses lui avaient été remboursées. Au procès, le ministère public a admis que l’interception des conversations téléphoniques n’avait pas été autorisée conformément aux exigences du *Code criminel* et qu’elle avait donc porté atteinte aux garanties de l’art. 8 de la *Charte*. Il n’a donc pu utiliser les conversations interceptées, mais il a produit en preuve deux aveux faits par M à des agents banalisés au cours de l’opération Monsieur Big. M a cependant fait valoir que l’autorisation de mise sous écoute électronique était si étroitement liée à l’opération Monsieur Big que l’illégalité de son obtention commandait l’exclusion de ses aveux suivant le par. 24(2) de la *Charte*. Le juge du procès a rejeté la prétention et conclu que le par. 24(2) ne s’appliquait pas. Il a donné des directives au jury sur les éléments de preuve issus de l’opération Monsieur Big. Il a également incité les jurés à la prudence vis-à-vis du témoignage du principal témoin à charge et il leur a fait une mise en garde de type *Vetrovec* à l’égard de cette preuve. Le jury a déclaré M coupable de meurtre au premier degré, et la Cour d’appel a rejeté son appel de la déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* ne s’applique pas car les aveux de M aux agents banalisés n’ont pas été obtenus dans des conditions qui ont porté atteinte à ses droits. Une preuve est obtenue dans des conditions qui portent atteinte ou non aux droits garantis à l’accusé selon la nature du lien entre l’atteinte et la preuve. L’existence d’un lien causal n’est pas nécessaire, mais la nature et l’importance du lien demeurent des facteurs importants dont doit tenir compte le juge du procès. En l’espèce, M a fait ses aveux aux agents banalisés alors qu’il était illégalement sous écoute électronique. Bien qu’il ait conclu à l’existence d’un lien temporel entre les aveux de M et l’écoute électronique, le juge du procès a estimé que le caractère ténu du lien causal diminuait l’importance du lien temporel. Il lui était loisible de tirer cette conclusion et rien ne justifie de la modifier.

Ni les juridictions inférieures ni les parties n’ont pu invoquer l’arrêt *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, dans lequel notre Cour établit une démarche selon laquelle l’aveu obtenu dans le cadre d’une opération Monsieur Big est écarté lorsque son effet préjudiciable

an abuse of process. This poses no difficulty, however, as M's confessions would clearly be admissible under that framework.

The probative value of M's confessions was high because there was an abundance of evidence that was potentially confirmatory. First, M's purported confessions to his acquaintances A and L describe the same motive for killing the victim as M's confessions to the undercover officers. They also made reference to burning the victim's body. Second, immediately after confessing to one of the undercover officers, M led him to the firepit in which the victim's remains lay undiscovered. And third, shell casings fired from a gun found in M's apartment were found in the same firepit. On the other hand, the confessions' prejudicial effect was limited. The operation did not reveal unsavoury facts about M's history, nor did M participate in any scenarios that involved violence.

Nor did the undercover officers engage in any improper conduct that could ground an application for abuse of process. M was not presented with overwhelming inducements. He had prospects for legitimate work that would have paid even more than the undercover officers were offering. Nor did the officers threaten M with violence if he would not confess. The most that can be said is that the officers created an air of intimidation by referring to violent acts committed by members of the organization. M, however, was not coerced into confessing.

While the *Hart* framework was intended to respond to the evidentiary concerns raised by Mr. Big confessions, it does not erase them. Rather, it falls to the trial judge to adequately instruct the jury on how to approach these confessions. The nature and extent of the instructions required will vary from case to case. However, there is some guidance — short of a prescriptive formula — that can be provided. The trial judge should tell the jury that the reliability of the accused's confession is a question for them. The trial judge should then review with the jury the factors relevant to the confession and the evidence surrounding it. For example, the trial judge should alert the jury to the length of the operation, the number of interactions between the police and the accused, the nature of the relationship between the undercover officers and the accused, the nature and extent of the inducements offered, the presence of any threats, the conduct of the interrogation itself, and the personality of the accused. Moreover, the trial judge should discuss the fact that the confession itself may contain markers of reliability (or

l'emporte sur sa valeur probante ou lorsqu'il résulte d'un abus de procédure. Mais, peu importe, les aveux de M seraient clairement admissibles suivant cette démarche.

La valeur probante des aveux de M était grande du fait que de nombreux éléments de preuve étaient susceptibles de les corroborer. Premièrement, dans les aveux qu'il aurait faits à des connaissances, A et L, M invoque le même mobile pour le meurtre de la victime que dans ses aveux aux agents banalisés. Dans ses aveux, il mentionne également que la dépouille de la victime a été brûlée. Deuxièmement, juste après lui avoir avoué son crime, M a conduit l'un des agents banalisés au foyer en plein air où se trouvaient toujours les restes de la victime. Troisièmement, on a découvert dans ce foyer des douilles de l'arme à feu trouvée dans l'appartement de M. En revanche, l'effet préjudiciable des aveux était limité. L'opération n'avait rien révélé d'abject sur le passé de M, et ce dernier n'avait pris part à aucun scénario ayant comporté de la violence.

Les agents banalisés n'ont pas non plus eu une conduite irrégulière susceptible de justifier une demande fondée sur l'abus de procédure. M ne s'est pas vu offrir d'incitations irrésistibles. Il aurait pu exercer des fonctions légitimes encore plus rémunératrices. Les agents ne l'ont pas menacé de violence s'il ne passait pas aux aveux. Ils ont tout au plus créé un climat d'intimidation en faisant allusion à des actes de violence commis par des membres de l'organisation. Ses aveux n'ont toutefois pas été obtenus sous la contrainte.

La démarche établie dans *Hart* vise à pallier les problèmes que soulèvent, sur le plan de la preuve, les aveux obtenus dans le cadre d'une opération Monsieur Big, mais elle ne les fait pas disparaître. Il incombe plutôt au juge du procès de donner au jury des directives appropriées sur la manière de jauger ces aveux. La nature et l'ampleur des directives requises varient d'une affaire à l'autre. Faute d'une formule consacrée, certaines balises peuvent cependant être arrêtées. Le juge doit expliquer aux jurés qu'il leur incombe de décider si l'aveu de l'accusé est digne de foi ou non. Il doit ensuite examiner avec eux les facteurs qui sont pertinents pour l'appréciation de l'aveu et de la preuve y afférente. À titre d'exemple, il doit attirer leur attention sur la durée de l'opération, le nombre d'interactions entre les policiers et l'accusé, la nature de la relation qui s'est tissée entre les agents et l'accusé, la nature des incitations et leur importance, le recours à des menaces, la conduite de l'interrogatoire, ainsi que la personnalité de l'accusé. De plus, le juge du procès doit indiquer aux jurés que l'aveu

unreliability). Jurors should be told to consider the level of detail in the confession, whether it led to the discovery of additional evidence, whether it identified any elements of the crime that had not been made public, or whether it accurately described mundane details of the crime the accused would not likely have known had he not committed it.

With respect to the bad character evidence, the challenge is a more familiar one. The trial judge must instruct the jury that this sort of evidence has been admitted for the limited purpose of providing context for the confession. The jury should be instructed that it cannot rely on that evidence in determining whether the accused is guilty. Moreover, the trial judge should remind the jury that the simulated criminal activity was fabricated and encouraged by agents of the state.

In this case, the trial judge instructed the jury adequately and no error has been shown. The trial judge told the jury that it had to “carefully consider whether the themes of violence and the level of inducements may reasonably have compromised the reliability” of M’s confessions. He specifically instructed the jury that it had to “assess the environment, the themes of easy money, violence, the importance of honesty and integrity, any offers of exit points, and any threats or intimidation”. Ultimately, the trial judge left the final assessment of the reliability of M’s confessions to the jury. With respect to the bad character evidence, although the trial judge did not address it specifically, he provided the jury with a standard limiting instruction on the use that could be made of any evidence that bore on M’s character. Undoubtedly, the trial judge could have said more, but this does not mean his instructions were deficient.

Finally, the trial judge conveyed to the jury the reliability concerns with the evidence of A, the Crown’s principal witness. He reminded the jury that the defence position was that A was the killer. He told them that M’s knowledge of the murder could have come from A. He brought up A’s apparent lie to the police and cautioned the jury that it left open the question of whether they could rely on anything he said. And he told the jury that it would be dangerous to accept A’s evidence in the absence of confirmatory evidence. Nothing more was required.

peut renfermer des indices de sa fiabilité (ou de sa non-fiabilité). Il doit aussi les inviter à tenir compte de son caractère plus ou moins détaillé, du fait qu’il a mené ou non à la découverte d’autres éléments de preuve, de la mention de modalités du crime non révélées au public ou du fait qu’il décrit fidèlement ou non certaines données prosaïques que l’accusé n’aurait pas connues s’il n’avait pas commis le crime.

Pour ce qui est de la preuve de mauvaise moralité, la démarche qui s’impose est plus familière. Le juge doit expliquer au jury que cette preuve est admise seulement pour situer l’aveu dans son contexte. Il devrait préciser au jury qu’il ne peut se fonder sur cette seule preuve pour déclarer l’accusé coupable. De plus, il devrait lui rappeler que l’activité criminelle simulée est une pure invention des représentants de l’État, qui ont encouragé l’accusé à y participer.

Dans la présente affaire, le juge du procès a donné des directives appropriées au jury et nulle erreur de sa part n’a été démontrée. Il a expliqué aux jurés qu’ils devaient « examiner attentivement si les éléments que sont la violence et l’importance des gratifications offertes ont pu raisonnablement compromettre la fiabilité » des aveux de M. Il leur a enjoint expressément de « tenir compte du contexte, de l’attrait de l’argent facile, de la violence, de l’importance accordée à l’honnêteté et à l’intégrité, de toute porte de sortie offerte et de tout acte de menace ou d’intimidation ». Finalement, il a laissé au jury le soin de décider au final si les aveux de M étaient dignes de foi ou non. En ce qui a trait à la preuve de mauvaise moralité, sans l’aborder directement, il a donné au jury la directive restrictive habituelle sur l’utilisation qui peut être faite de tout élément de preuve relatif à la moralité de l’accusé. Le juge du procès aurait certes pu en dire davantage, mais ses directives ne sont pas pour autant lacunaires.

Enfin, le juge du procès a fait part aux jurés des doutes relatifs à la fiabilité du témoignage de A, le principal témoin à charge. Il leur a rappelé la thèse de la défense voulant que A soit l’assassin. Il leur a dit que c’était peut-être A qui avait informé M du meurtre. Il a indiqué que A avait manifestement menti aux policiers et que cela permettait de se demander si l’on pouvait ajouter foi à ses propos quels qu’ils soient. Il a également précisé qu’il était risqué d’ajouter foi au témoignage de A sans que celui-ci ne soit corroboré. Il n’était pas tenu d’en faire davantage.

Cases Cited

Applied: *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; **referred to:** *R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235; *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Terrico*, 2005 BCCA 361, 214 B.C.A.C. 135; *R. v. Fry*, 2011 BCCA 381, 311 B.C.A.C. 90; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part VI, s. 186(1)(b).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, McFadyen and O'Brien JJ.A.), 2012 ABCA 42, 66 Alta. L.R. (5th) 377, 522 A.R. 262, 544 W.A.C. 262, 253 C.R.R. (2d) 157, [2012] A.J. No. 174 (QL), 2012 CarswellAlta 255, affirming the accused's conviction for first degree murder. Appeal dismissed.

Laura K. Stevens, Q.C., and *Sarah N. DeSouza*, for the appellant.

James C. Robb, Q.C., and *David A. Labrenz, Q.C.*, for the respondent.

Michael Bernstein, for the intervener Attorney General of Ontario.

Lesley A. Ruzicka, for the intervener Attorney General of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] A jury convicted the appellant of the first degree murder of his roommate, Robert Levoir. His appeal from conviction was dismissed by the Alberta

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; **arrêts mentionnés :** *R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235; *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Terrico*, 2005 BCCA 361, 214 B.C.A.C. 135; *R. c. Fry*, 2011 BCCA 381, 311 B.C.A.C. 90; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie VI, art. 186(1)b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, McFadyen et O'Brien), 2012 ABCA 42, 66 Alta. L.R. (5th) 377, 522 A.R. 262, 544 W.A.C. 262, 253 C.R.R. (2d) 157, [2012] A.J. No. 174 (QL), 2012 CarswellAlta 255, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Laura K. Stevens, c.r., et *Sarah N. DeSouza*, pour l'appelant.

James C. Robb, c.r., et *David A. Labrenz, c.r.*, pour l'intimée.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Lesley A. Ruzicka, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Un jury a reconnu l'appelant coupable du meurtre au premier degré de son colocataire, Robert Levoir. La Cour d'appel de l'Alberta l'a débouté

Court of Appeal. He now appeals to this Court, with leave, seeking to have his conviction overturned and a new trial ordered. This appeal was heard in conjunction with *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544.

[2] The appellant advances three grounds of appeal. First, he contends that the trial judge should have excluded the confessions he made to undercover officers during a Mr. Big operation. Second, if the confessions were admissible, he argues that the trial judge did not adequately instruct the jury on the dangers associated with them. Third, he submits that the trial judge failed to properly instruct the jury on the dangers associated with the evidence of a central Crown witness, Michael Argueta.

[3] For reasons that follow, I would not give effect to any of these grounds and would dismiss the appeal.

II. Background Facts

A. *The Police Investigation Into the Death of Robert Levoir*

[4] Mr. Levoir went missing in November 2002. At the time of his disappearance, he was living with the appellant in Fort McMurray, Alberta.

[5] About a month after Mr. Levoir's disappearance, the police received a call from Jay Love, a friend of the appellant. Mr. Love told the police that the appellant had confessed to killing Mr. Levoir and burning his body. Acting on Mr. Love's tip, the police began investigating the appellant to determine if he was responsible for Mr. Levoir's disappearance. The investigation had two components: a Mr. Big operation, and a wiretap authorization to intercept the appellant's phone calls.

[6] The Mr. Big operation commenced in January 2004, approximately one year after the police received the call from Mr. Love. An undercover

après qu'il eut interjeté appel du verdict. Il se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour — sur autorisation — en vue de faire annuler sa déclaration de culpabilité et d'obtenir la tenue d'un nouveau procès. Le pourvoi a été entendu de pair avec le dossier *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544.

[2] L'appelant fait valoir trois moyens d'appel. Il soutient d'abord que le juge du procès aurait dû exclure les aveux qu'il a faits à des agents banalisés au cours d'une opération « Monsieur Big ». Il prétend ensuite, à supposer que les aveux étaient admissibles, que le juge du procès n'a pas suffisamment mis le jury en garde contre les risques qu'ils comportaient. Il argue enfin que le juge n'a pas donné de directives appropriées sur les risques que comportait l'admission du témoignage d'un des principaux témoins à charge, Michael Argueta.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de ne retenir aucun de ces moyens et de rejeter le pourvoi.

II. Contexte factuel

A. *L'enquête policière sur le décès de Robert Levoir*

[4] M. Levoir a été porté disparu en novembre 2002. Jusqu'alors, il habitait avec l'appelant à Fort McMurray, en Alberta.

[5] Environ un mois après la disparition, la police a reçu un appel d'un ami de l'appelant, Jay Love, qui a dit aux policiers que l'appelant avait avoué avoir tué M. Levoir, puis avoir mis le feu à sa dépouille. Sur la foi de ces renseignements, la police a ouvert une enquête pour déterminer si l'appelant était responsable de la disparition de M. Levoir. L'enquête comportait deux volets, une opération Monsieur Big et, sur autorisation d'un juge, l'interception des conversations téléphoniques de l'appelant.

[6] L'opération Monsieur Big a commencé en janvier 2004, soit environ un an après l'appel téléphonique de M. Love. Un agent banalisé que j'appellerai

officer, whom I will refer to as Ben,¹ was introduced to the appellant at a nightclub in Fort McMurray. The appellant was working at the club as a D.J.

[7] A week after their introduction, Ben asked the appellant to help him repossess a vehicle. The appellant did so and was paid \$200. During a conversation with Ben a few days later, the appellant mentioned his missing roommate. He told Ben that Mr. Levoir was a “crackhead” and a “drug addict”, and accused him of stealing from his son’s piggy bank. He added that “[a]s far as he was concerned”, Mr. Levoir was “pushing up daisies”.

[8] Early on in the Mr. Big operation, the appellant began to suspect that Ben was involved in criminal activity. Ben told the appellant that he worked for an organization headed up by a man named Liam who “had his fingers into a lot of things”. Throughout January and February 2004, the appellant did several more “jobs” for the organization. In early February, for example, the appellant was asked to pick up a package from a bus depot in Edmonton. When he returned to his hotel room where Ben was waiting, Ben opened the package and it contained \$30,000 in cash.

[9] Later in February 2004, during a conversation between the appellant and Ben, Ben mentioned that he had once been attacked by two men while working for the organization. Ben told the appellant that Liam had “looked after [the] two guys” in what Ben called the “weekend of reckoning”. Ben then asked the appellant if he had ever “beat[en]” anyone. The appellant replied that there were two occasions, once when he was in a fist fight, and another time that he could not talk about. Ben expressed his hope that the appellant would one day tell him about his “secre[t]”.

Ben¹ a été présenté à l’appelant dans une boîte de nuit de Fort McMurray où ce dernier était disc-jockey.

[7] Une semaine après qu’ils eurent fait connaissance, Ben a demandé à l’appelant de l’aider à récupérer un véhicule. L’appelant a accepté, puis touché 200 \$ en contrepartie. Lors d’une conversation, quelques jours plus tard, l’appelant a mentionné la disparition de son colocataire. Il a dit à Ben que M. Levoir était un [TRADUCTION] « accro du crack » et un « toxicomane » et il l’a accusé d’avoir volé de l’argent dans la tirelire de son fils. Il a ajouté que, « à son avis », M. Levoir « bouffait les pissenlits par la racine ».

[8] Dès le début de l’opération Monsieur Big, l’appelant a commencé à soupçonner Ben de tremper dans des affaires criminelles. Ben lui a expliqué qu’il travaillait pour une organisation dirigée par un dénommé Liam, qui [TRADUCTION] « touchait à beaucoup de choses ». Pendant les mois de janvier et de février 2004, l’appelant a effectué plusieurs autres « boulots » pour l’organisation. Au début de février, par exemple, on lui a demandé de passer prendre un colis à une gare routière d’Edmonton. Lorsqu’il est revenu à sa chambre d’hôtel où l’attendait Ben, ce dernier a ouvert le colis, qui contenait 30 000 \$ en espèces.

[9] Plus tard le même mois, au détour d’une conversation avec l’appelant, Ben a mentionné qu’il s’était déjà fait attaquer par deux hommes tandis qu’il travaillait pour l’organisation. Il a ajouté que Liam s’était [TRADUCTION] « occupé des deux types » au cours de ce que Ben a appelé le « week-end du règlement de compte ». Ben a alors demandé à l’appelant s’il avait déjà « tabassé » quelqu’un. Ce dernier a répondu que cela lui était arrivé deux fois, la première au cours d’une bagarre à coups de poing, la seconde lors d’un incident dont il ne pouvait parler. Ben a répondu qu’il espérait qu’un jour l’appelant pourrait lui révéler son « secret ».

¹ The officer’s name is protected by a publication ban, and he is referred to as “Undercover Officer #2” in the record.

¹ L’identité de l’agent est protégée par une interdiction de publication; il s’agit, dans le dossier, de l’[TRADUCTION] « agent balisé n° 2 ».

[10] Ben brought up the appellant's secret again in early March. He suggested that the person the appellant was talking about "[wasn't] walking anymore". The appellant nodded his head in agreement and added that "every man has a breaking point".

[11] In mid-March, the appellant drove to Vancouver at Ben's behest to have a meeting with Liam. The appellant and Liam met at an apartment in the city. Liam brought up the appellant's missing roommate and attempted to question him about the disappearance. The appellant asked Liam if he could "decline" to speak about the matter. Liam told the appellant that it was his choice, but that refusing to speak meant he would remain on the organization's "third line". The only way to advance to the "first line" was by talking about his roommate and revealing his secret. The appellant again refused, explaining that "loose lips sink ships".

[12] After the appellant's meeting with Liam, three weeks went by before Ben and the appellant met again in person. On April 9, 2004, Ben asked the appellant if he wanted to work. The appellant said that he did, and that he would "do what it took". Ben asked the appellant if he would be willing to sit down with Liam to talk about how his roommate had been killed. The appellant agreed to do so. Ben then asked the appellant why he killed Mr. Levoir, and the appellant responded that his former roommate had been "a liar, a thief, and a piece of shit drug dealer". The appellant told Ben that he shot Mr. Levoir five times — four times in the chest and once in the back — with a .223 rifle. The appellant also said that there was "nothing left" of Mr. Levoir because he had burned his body.

[13] The appellant initially offered to show Ben where Mr. Levoir's body had been burned. However, he quickly backtracked, telling Ben that "everything" he had just said was "bullshit" and that he had been "lying". Ben replied that he "really hope[d]" the appellant had been telling the truth. In response, the appellant changed his mind and took Ben out to a firepit on his father's property. The appellant told Ben that he had taken the ashes out of the firepit and that there was "nothing left" of Mr. Levoir.

[10] Ben est revenu sur le secret de l'appelant au début de mars. Il a laissé entendre que la personne dont l'appelant avait parlé [TRADUCTION] « n'était plus de ce monde ». L'appelant a opiné du bonnet et ajouté que « chacun a son point de rupture ».

[11] À la mi-mars, l'appelant s'est rendu en voiture à Vancouver à la demande de Ben pour y rencontrer Liam. L'appelant et Liam se sont retrouvés dans un appartement en ville. Liam a évoqué la disparition du colocataire de l'appelant et a essayé de faire parler ce dernier. L'appelant a demandé à Liam s'il pouvait [TRADUCTION] « s'abstenir » d'en parler. Liam a répondu que c'était à lui de décider, mais que s'il refusait d'en parler, il demeurerait dans la « troisième formation » au sein de l'organisation. La seule façon d'accéder à la « première » était de parler de son colocataire et de révéler son secret. L'appelant a de nouveau refusé, expliquant qu'« une indiscretion peut faire couler un navire ».

[12] Après cette rencontre, trois semaines se sont écoulées avant que Ben et l'appelant ne se revoient. Le 9 avril 2004, Ben a demandé à l'appelant s'il voulait du travail. L'appelant a répondu par l'affirmative, ajoutant qu'il était [TRADUCTION] « prêt à faire ce qu'il fallait ». Ben lui a demandé s'il était disposé à s'asseoir avec Liam pour parler des circonstances dans lesquelles son colocataire avait été tué. L'appelant a accepté. Ben lui a alors demandé pourquoi il avait tué M. Levoir. L'appelant a répondu que son ancien colocataire était « un menteur, un voleur et un sale trafiquant de drogue ». Il a dit avoir abattu M. Levoir de cinq balles — quatre à la poitrine et une au dos — au moyen d'une carabine de calibre .223. Il a précisé qu'il « ne restait plus rien » de la victime parce qu'il avait brûlé son cadavre.

[13] L'appelant a d'abord offert à Ben de lui montrer l'endroit où la dépouille de M. Levoir avait été brûlée, mais il s'est tout de suite ravisé en disant que [TRADUCTION] « tout » ce qu'il venait de dire était de la « foutaise » et qu'il avait « menti ». Ben a répondu qu'il « espérait vivement » qu'il ait dit la vérité. L'appelant a alors changé d'idée et conduit Ben à un foyer en plein air sur la propriété de son père. Il a expliqué à Ben qu'il en avait retiré les cendres et qu'il « ne restait plus rien » de M. Levoir.

[14] A few days later, the appellant was flown to Edmonton for a second meeting with Liam. That meeting took place on April 15, 2004. At the outset, the appellant described Mr. Levoir as a “crackhead” and accused him of stealing from his son’s piggy bank. When Liam asked the appellant how he had killed Mr. Levoir, the appellant replied that he shot him five times with a .223 rifle — four times in the chest and once in the back. He added that there had been a “big fire” at his dad’s place, and that there was “nothing left” of Mr. Levoir.

[15] The next week, on April 21, 2004, the appellant was arrested and charged with first degree murder. The police searched his father’s property, and Mr. Levoir’s remains were found in the firepit that the appellant had pointed out to Ben. Shell casings fired by a rifle found in the appellant’s apartment were also discovered in the firepit.

[16] At the time of his arrest, the Mr. Big operation had been in progress for four months and the appellant had participated in 30 “scenarios” with undercover officers. He had been paid approximately \$5,000 for his work with the organization, plus expenses.

B. *The Evidence of Jay Love*

[17] Jay Love, the man who initially brought the appellant to the attention of the police, testified as a witness for the Crown and recounted the appellant’s December 2002 confession. Mr. Love testified that he and the appellant went to a bar with another man named Michael Argueta on December 21, 2002. The appellant told Mr. Love that he was his best friend, and he asked Mr. Love if he could trust him. The appellant was intoxicated at the time. Mr. Love testified that the appellant was unhappy with Mr. Levoir because the appellant thought Mr. Levoir had stolen from his son’s piggy bank, that he was taking drugs in the house, and that he was using the appellant’s phone without permission.

[14] Quelques jours plus tard, l’appellant s’est rendu en avion à Edmonton pour une seconde rencontre avec Liam qui a eu lieu le 15 avril 2004. D’entrée de jeu, l’appellant a dit de M. Levoir que c’était un [TRADUCTION] « accro du crack » et il l’a accusé d’avoir volé de l’argent dans la tirelire de son fils. Interrogé par Liam sur la façon dont il avait tué M. Levoir, l’appellant a répondu qu’il s’était servi d’une carabine de calibre .223 pour l’abattre de cinq balles, quatre à la poitrine et une au dos. Il a ajouté qu’on avait fait « un grand feu » chez son père et qu’il « ne restait plus rien » de M. Levoir.

[15] La semaine suivante, le 21 avril 2004, l’appellant a été arrêté et accusé de meurtre au premier degré. La police a effectué une perquisition chez son père, et les restes de M. Levoir ont été retrouvés là où l’appellant avait dit à Ben avoir fait un feu. Des douilles provenant de la carabine trouvée dans l’appartement de l’appellant y ont également été découvertes.

[16] Au moment de l’arrestation, l’opération Monsieur Big avait duré quatre mois et l’appellant avait participé à 30 « scénarios » avec des agents banalisés. L’organisation avait versé à l’appellant une rémunération d’environ 5000 \$ et l’avait remboursé de ses dépenses.

B. *Le témoignage de Jay Love*

[17] L’homme qui a d’abord attiré l’attention de la police sur l’appellant, Jay Love, a témoigné pour la poursuite et relaté ce que l’appellant lui avait avoué en décembre 2002. Le 21 décembre 2002, il s’était rendu dans un bar en compagnie de l’appellant et d’un autre homme, Michael Argueta. Après avoir dit à M. Love qu’il était son meilleur ami, l’appellant lui avait demandé s’il pouvait lui faire confiance. L’appellant était alors intoxiqué. Au procès, M. Love a indiqué que l’appellant en voulait à M. Levoir parce qu’il le soupçonnait d’avoir volé de l’argent dans la tirelire de son fils, de consommer de la drogue à la maison et de se servir de son téléphone sans sa permission.

[18] The appellant then told Mr. Love that “Robbie” was dead. Mr. Love asked if the appellant had “outsource[d]” the killing, and the appellant replied “no, I did it myself”. The appellant also added that he burned Mr. Levoir’s body.

C. *The Evidence of Michael Argueta*

[19] Michael Argueta was also called as a Crown witness. Mr. Argueta was a friend of the appellant and he too testified that the appellant had confessed to him about killing Mr. Levoir. This confession was said to have occurred at a bar in Edmonton, where the appellant told Mr. Argueta that he had “gotten rid” of Mr. Levoir.

[20] Mr. Argueta and the appellant did not talk again until they were driving home to Fort McMurray the next day. Mr. Argueta testified that, during the drive, the appellant told him he shot Mr. Levoir. Mr. Argueta did not believe the appellant, and the appellant added that he burned Mr. Levoir’s body on his father’s property. Mr. Argueta also testified that the appellant had been “[v]ery agitated” by Mr. Levoir because Mr. Levoir owed the appellant money, had stolen from his son’s piggy bank, and had used his phone without permission.

[21] Mr. Argueta’s credibility was a central issue at trial. Prior to testifying, he had been interviewed by the police a number of times and he had never mentioned the appellant’s second confession during the car ride home. Indeed, in a statement given to police under oath, Mr. Argueta expressly denied talking to the appellant about Mr. Levoir’s disappearance during the drive home to Fort McMurray. In his testimony, Mr. Argueta admitted knowing that drug dealers from Vancouver had put a “price on Robbie Levoir’s head” back in 2002, before he disappeared. Ultimately, the defence took the position that Mr. Argueta had killed Mr. Levoir in order to collect on this bounty.

[18] L’appelant aurait alors dit à M. Love que « Robbie » était mort. M. Love lui aurait demandé s’il avait [TRADUCTION] « sous-traité » son assassinat, ce à quoi l’appelant aurait répondu « non, je m’en suis occupé moi-même ». L’appelant aurait ajouté avoir brûlé la dépouille.

C. *Le témoignage de Michael Argueta*

[19] Un ami de l’appelant, Michael Argueta, a également été appelé à la barre comme témoin à charge. Il a expliqué que l’appelant lui avait aussi avoué le meurtre de M. Levoir. L’aveu aurait eu lieu dans un bar d’Edmonton, où l’appelant lui aurait dit s’être [TRADUCTION] « débarrassé » de M. Levoir.

[20] M. Argueta et l’appelant ne s’étaient reparlé que le lendemain, alors qu’ils rentraient à Fort McMurray en voiture. Pendant le trajet, l’appelant lui aurait dit qu’il avait abattu M. Levoir. M. Argueta ne le croyait pas et l’appelant a ajouté qu’il avait brûlé le corps de la victime sur la propriété de son père. L’appelant aurait été [TRADUCTION] « très fâché » contre M. Levoir parce qu’il lui devait de l’argent, qu’il avait volé de l’argent dans la tirelire de son fils et qu’il s’était servi de son téléphone sans sa permission.

[21] La crédibilité de M. Argueta a constitué l’un des principaux sujets débattus lors du procès. Avant de témoigner, il avait été interrogé par la police à plusieurs reprises et n’avait jamais mentionné le second aveu de l’appelant intervenu pendant qu’ils rentraient chez eux en voiture. De fait, dans une déclaration sous serment à la police, M. Argueta niait expressément avoir parlé à l’appelant de la disparition de M. Levoir lors du trajet de retour vers Fort McMurray. Dans son témoignage, M. Argueta a reconnu qu’il savait que [TRADUCTION] « la tête de Robbie Levoir avait été mise à prix » par des trafiquants de drogue de Vancouver en 2002, avant sa disparition. La défense a finalement soutenu que M. Argueta avait tué M. Levoir pour toucher la prime offerte.

D. The Appellant's Evidence

[22] The appellant testified and denied killing Mr. Levoir. According to the appellant, he and Mr. Argueta had plans to go hunting on November 6, 2002. They invited Mr. Levoir to come along, and he did. The three men drove to the property owned by the appellant's father, intending to hunt on his land.

[23] The appellant testified that after the group arrived at his father's property, Mr. Levoir and Mr. Argueta separated from him. Several minutes later, the appellant heard a series of gunshots. He returned to the road and encountered Mr. Argueta. According to the appellant, he asked "[w]here's Robbie?", and Mr. Argueta responded "[t]hat's what you get for the price on his head for pissing off the big boys". The appellant then looked over and saw Mr. Levoir's body lying in the grass. Mr. Argueta then told the appellant to "[j]ust shut up, and don't worry about it", stating that he would "come back and look after it". The appellant also claimed that Mr. Argueta told him, in a conversation at a bar approximately one month later, that he had burned the body for two days in a firepit at the same property.

[24] As for his purported confession to Jay Love, the appellant claimed that Mr. Love had misheard him at the bar on December 21, 2002. He said that what Mr. Love had heard as a confession was actually an attempt on his part to tell Mr. Love that Mr. Argueta had killed the deceased. With respect to Mr. Argueta's evidence, the appellant said it was untrue. And while he admitted to making admissions to the undercover officers, he explained that he made those statements out of a desire for money, protection, a belief that the confessions were necessary for self-preservation, and to "sound big and tough and bad like them".

[25] The appellant also called two other witnesses who testified that, on separate occasions, Mr. Argueta made statements in which he suggested he was involved in Mr. Levoir's death.

D. Le témoignage de l'appellant

[22] L'appellant a témoigné. Il a nié avoir tué M. Levoir. Il a expliqué que M. Argueta et lui avaient prévu partir à la chasse le 6 novembre 2002. Ils avaient invité M. Levoir à les accompagner, et ce dernier avait accepté. Les trois hommes s'étaient rendus en voiture à la propriété du père de l'appellant dans l'intention d'y chasser.

[23] Après l'arrivée des trois hommes à la propriété, MM. Levoir et Argueta se seraient séparés de l'appellant. Quelques minutes plus tard, l'appellant aurait entendu une série de coups de feu. Il serait revenu sur la route et aurait rencontré M. Argueta, auquel il aurait demandé [TRADUCTION] « où est Robbie? ». M. Argueta aurait répondu « c'est ce qui arrive quand ta tête est mise à prix pour avoir provoqué de gros joueurs ». L'appellant aurait alors tourné le regard et aperçu le corps de M. Levoir gisant dans l'herbe. M. Argueta lui aurait dit « tais-toi et ne t'en fais pas », puis ajouté qu'il allait « revenir et s'en occuper ». Il lui aurait aussi dit, lors d'une conversation dans un bar environ un mois plus tard, qu'il avait brûlé la dépouille pendant deux jours dans un foyer en plein air sur la propriété en question.

[24] Concernant son supposé aveu à Jay Love, l'appellant a affirmé que celui-ci avait mal entendu ce qu'il lui avait dit au bar le 21 décembre 2002. Il a expliqué qu'il n'avait pas avoué le meurtre, mais bien tenté de révéler à M. Love que M. Argueta avait assassiné la victime. Quant au témoignage de M. Argueta, l'appellant a affirmé qu'il n'était pas véridique. Il a reconnu avoir fait des aveux aux agents banalisés, mais a soutenu les avoir faits pour obtenir argent et protection, parce qu'il croyait qu'ils s'imposaient pour assurer sa propre sécurité et pour [TRADUCTION] « avoir l'air aussi important, dur et méchant qu'eux ».

[25] L'appellant a fait entendre deux témoins qui ont expliqué que, à des moments différents, M. Argueta avait laissé entendre qu'il avait joué un rôle dans le décès de M. Levoir.

III. The Courts Below

A. *Court of Queen's Bench of Alberta, 2007 ABQB 182, 458 A.R. 52*

[26] At the appellant's trial, the Crown conceded that the wiretap authorization it had obtained to intercept the appellant's phone calls did not comply with the requirements of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and had therefore been obtained in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.² As a result of this violation, the Crown did not adduce any of the conversations that had been intercepted pursuant to the wiretap authorization. Nonetheless, the appellant moved to have all of the statements he made during the Mr. Big operation — none of which were recorded on the wiretaps — excluded as well. The appellant argued that the illegal wiretap was being used to design the undercover operation and that the operation would not have been conducted without it. As a result, the wiretap authorization was so intertwined with the Mr. Big operation that the illegality of the authorization necessitated excluding his statements to the undercover officers under s. 24(2) of the *Charter*.

[27] The trial judge, Mr. Justice Hillier, rejected this argument. He concluded that s. 24(2) of the *Charter* was not engaged because the appellant's incriminating statements to undercover officers had not been "obtained in a manner" that violated any of his rights under the *Charter* (para. 187). Although the appellant made his incriminating statements to the undercover officers while the illegal wiretap was in place, there was no causal connection between the existence of the illegal wiretap and the appellant's confessions to the undercover officers (para. 184). The most that could be said was that the wiretaps were "helpful" to the undercover officers

² Specifically, the Crown conceded that "investigative necessity" could not be established. A Part VI authorization is only available where "other investigative procedures have been tried and have failed, other investigative procedures are unlikely to succeed or the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures" (s. 186(1)(b)). In the Crown's view, this requirement could not be met in the face of an ongoing Mr. Big operation.

III. Les juridictions inférieures

A. *Cour du banc de la Reine de l'Alberta, 2007 ABQB 182, 458 A.R. 52*

[26] Au procès de l'appelant, le ministère public a admis que l'autorisation obtenue pour intercepter les conversations téléphoniques de l'appelant n'était pas conforme aux exigences du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et qu'elle portait donc atteinte aux garanties de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.² Il n'a donc pu mettre en preuve les conversations interceptées. L'appelant a néanmoins demandé à la Cour d'exclure également toutes les déclarations qu'il avait faites lors de l'opération Monsieur Big (mais qui n'avaient pas été interceptées et enregistrées). L'appelant soutenait que l'écoute électronique illégale avait servi à monter l'opération et que celle-ci n'aurait pas été possible sans elle. Par conséquent, l'autorisation de mise sous écoute électronique était si étroitement liée à l'opération Monsieur Big que l'illégalité de son obtention commandait l'exclusion, en application du par. 24(2) de la *Charte*, des déclarations de l'appelant aux agents banalisés.

[27] Le juge Hillier, qui a présidé le procès, a rejeté l'argument. Il a conclu que le par. 24(2) de la *Charte* ne s'appliquait pas car les déclarations incriminantes aux agents banalisés n'avaient pas été « obtenu[e]s dans des conditions » qui portaient atteinte aux droits de l'appelant garantis par la *Charte* (par. 187). Même si les déclarations incriminantes avaient été faites alors que l'appelant était illégalement sous écoute électronique, il n'y avait aucun lien causal entre, d'une part, l'écoute électronique illégale et, d'autre part, les aveux aux agents banalisés (par. 184). Tout au plus pouvait-on affirmer que l'écoute électronique avait été « utile »

² Plus précisément, le ministère public a admis que l'on ne pouvait démontrer que cette mesure était « nécessaire pour l'enquête ». Une autorisation d'écoute électronique ne peut être accordée aux termes de la partie VI que lorsque « d'autres méthodes d'enquête ont été essayées et ont échoué, ou ont peu de chance de succès, ou que l'urgence de l'affaire est telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête » (al. 186(1) b)). Selon le ministère public, cette condition ne pouvait être respectée en raison de l'opération Monsieur Big en cours.

during the Mr. Big operation, because they provided the officers with assurances that their “cover” had not been “blown” (para. 175). The trial judge did not accept that the wiretaps were used to design and carry out the Mr. Big operation.

B. *Alberta Court of Appeal (Côté, McFadyen and O’Brien J.J.A.), 2012 ABCA 42, 66 Alta. L.R. (5th) 377*

[28] On appeal, the appellant submitted that the trial judge erred in concluding that s. 24(2) of the *Charter* was not engaged, and that his instructions to the jury in relation to the evidence arising from the Mr. Big operation and Mr. Argueta’s credibility were deficient.

[29] The Court of Appeal rejected these arguments. It noted that a trial judge’s decision under s. 24(2) of the *Charter* is entitled to deference, and it could see no basis for interfering with the trial judge’s determination that the s. 8 violation and the accused’s statements to the undercover officers were not sufficiently related to trigger s. 24(2). In relation to the Mr. Big operation, the trial judge instructed the jury against engaging in propensity reasoning and pointed out the reliability concerns raised by the operation. In the Court of Appeal’s view, nothing further was required. Similarly, regarding Mr. Argueta’s testimony, the Court of Appeal observed that the trial judge had reminded the jury of the defence position that Mr. Argueta was the killer, and he had warned them of the reliability dangers associated with Mr. Argueta’s evidence. Here, too, the Court of Appeal could find no error.

IV. Issues

[30] The appellant raises three issues on appeal:

(a) Did the trial judge err in concluding that s. 24(2) of the *Charter* was not engaged?

aux agents pendant l’opération Monsieur Big en ce qu’elle leur avait permis de s’assurer que leur véritable identité n’avait pas été découverte (par. 175). Selon le juge du procès, l’écoute électronique n’a pas servi à monter l’opération Monsieur Big puis à la mener.

B. *Cour d’appel de l’Alberta (les juges Côté, McFadyen et O’Brien), 2012 ABCA 42, 66 Alta. L.R. (5th) 377*

[28] L’appelant a soutenu devant la Cour d’appel que le juge du procès avait eu tort de conclure que le par. 24(2) de la *Charte* ne s’appliquait pas et que ses directives au jury sur les éléments de preuve issus de l’opération Monsieur Big et sur la crédibilité de M. Argueta étaient lacunaires.

[29] La Cour d’appel rejette les prétentions. Elle fait observer que la décision du juge du procès fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* commande la déférence et qu’il n’y a aucune raison de modifier la conclusion suivant laquelle il n’existe pas de lien suffisamment étroit entre l’atteinte au droit garanti par l’art. 8 et les déclarations de l’accusé pour emporter l’application du par. 24(2). S’agissant de l’opération Monsieur Big, elle estime que le juge a mis le jury en garde contre un raisonnement fondé sur la propension et lui a signalé les doutes entourant la fiabilité des aveux obtenus. Selon elle, rien de plus n’était exigé. De même, en ce qui concerne le témoignage de M. Argueta, elle fait observer que le juge a rappelé aux jurés la thèse de la défense suivant laquelle M. Argueta était l’assassin et il les a mis en garde contre la non-fiabilité éventuelle du témoignage de M. Argueta. Là non plus, la Cour d’appel ne décèle pas d’erreur dans les directives du juge.

IV. Questions en litige

[30] L’appelant soulève trois questions devant la Cour.

a) Le juge du procès a-t-il eu tort de conclure que le par. 24(2) de la *Charte* ne s’appliquait pas?

- (b) Did the trial judge err in his instructions to the jury on the Mr. Big confessions?
- (c) Did the trial judge err in his instructions to the jury relating to Mr. Argueta's testimony?

- b) A-t-il donné au jury des directives erronées sur les aveux issus de l'opération Monsieur Big?
- c) A-t-il donné au jury des directives erronées sur le témoignage de M. Argueta?

V. Analysis

A. *Did the Trial Judge Err in Concluding That Section 24(2) of the Charter Was Not Engaged?*

[31] At the outset, it bears mentioning that the appellant's only challenge to the admissibility of the confessions he made to undercover officers during the Mr. Big operation came under s. 24(2) of the *Charter*. The appellant did not have the benefit of this Court's decision in *Hart*, in which a two-pronged framework for assessing the admissibility of Mr. Big confessions was set out. Under the *Hart* framework, a Mr. Big confession will be excluded where its prejudicial effect outweighs its probative value, or where it is the product of an abuse of process. In this context, the confession's probative value is a function of its reliability. Its prejudicial effect stems from the harmful character evidence that necessarily accompanies its admission (see *Hart*, at paras. 84-86).

[32] Neither the courts below nor the parties before this Court have considered whether the appellant's confessions would be admissible under the two-pronged framework set out in *Hart*. In my view, however, this poses no difficulty as these confessions would clearly be admissible under that framework.³

[33] To begin with, the probative value of the appellant's confessions is high. The inducements provided by the undercover officers were modest — the appellant was paid approximately \$5,000 over a four-month period, at a time when well-paying, legitimate work was readily available to him. He was not threatened by the officers. And he was told, in

V. Analyse

A. *Le juge du procès a-t-il eu tort de conclure que le par. 24(2) de la Charte ne s'appliquait pas?*

[31] Il convient de mentionner au départ que l'appelant ne conteste l'admissibilité des aveux qu'il a faits aux agents banalisés pendant l'opération Monsieur Big que sur le fondement du par. 24(2) de la *Charte*. Il ne pouvait invoquer l'arrêt *Hart* dans lequel notre Cour établit une démarche à deux volets pour statuer sur l'admissibilité d'un aveu obtenu dans le cadre d'une opération Monsieur Big. Suivant cette démarche, l'aveu n'est pas admissible en preuve lorsque son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante ou lorsqu'il résulte d'un abus de procédure. Dans ce contexte, la valeur probante de l'aveu tient à sa fiabilité, et son effet préjudiciable à la preuve de mauvaise moralité dont l'aveu s'accompagne nécessairement s'il est admis en preuve (voir *Hart*, par. 84-86).

[32] Ni les juridictions inférieures ni les parties devant notre Cour ne se sont demandé si les aveux de l'appelant seraient admissibles suivant la démarche à deux volets établie dans l'arrêt *Hart*. Mais, peu importe, ils le seraient clairement³.

[33] D'abord, la valeur probante des aveux de l'appelant est grande. Les gratifications offertes par les agents banalisés étaient modestes : l'appelant a touché environ 5 000 \$ sur une période de quatre mois, alors qu'il pouvait fort bien exercer des fonctions légitimes bien rémunérées. Il n'a pas fait l'objet de menaces de la part des agents. Et lors de

³ The appellant has had ample time since the release of this Court's decision in *Hart* to have the appeal reopened, with a view to contesting the admissibility of his confessions under the *Hart* framework. He has made no attempt to do so.

³ Depuis le prononcé de l'arrêt *Hart*, l'appelant a eu amplement le temps de demander une nouvelle audition du pourvoi afin de contester l'admissibilité de ses aveux au regard de la démarche adoptée par la Cour dans cet arrêt. Il ne l'a pas fait.

his first meeting with Liam, that he could decline to say anything and remain on the organization's "third line" — an option he initially accepted.

[34] Moreover, there was an abundance of evidence that was potentially confirmatory. First, the appellant's purported confessions to Mr. Argueta and Mr. Love described the same motive for killing Mr. Levoir as his confessions to the undercover officers. They also made reference to burning Mr. Levoir's body. Second, immediately after confessing to Ben, the appellant led him to the firepit in which Mr. Levoir's remains lay undiscovered. And third, shell casings fired from a gun found in the appellant's apartment were found in the same firepit. All of this made for a confession that was highly probative.

[35] On the other hand, while the confessions were accompanied by bad character evidence, the prejudice was limited. The appellant was not involved in any scenarios that involved violence, nor did the operation reveal prejudicial facts about the appellant's past history. The appellant's involvement with the organization was primarily limited to assisting with repossessing vehicles and delivering packages. In my view, any prejudicial effect arising from the Mr. Big confessions is easily outweighed by their probative value.

[36] Nor did the undercover officers engage in any improper conduct which could ground an application for abuse of process. The appellant was not presented with overwhelming inducements. He had prospects for legitimate work that would have paid even more than the undercover officers were offering. Nor did the officers threaten the appellant with violence if he would not confess. The most that can be said is that the officers created an air of intimidation by referring to violent acts committed by members of the organization. But the appellant was not coerced into confessing. This much is evidenced by the appellant's initial refusal to speak with Ben and Liam about Mr. Levoir's disappearance. Indeed, the undercover officers explicitly made clear

sa première rencontre avec Liam, on lui a dit qu'il pouvait refuser de parler et décider de demeurer dans la « troisième formation » de l'organisation, ce pour quoi il a d'abord opté.

[34] De plus, de nombreux éléments de preuve étaient susceptibles de corroborer les aveux. Premièrement, dans les aveux qu'il aurait faits à M. Argueta et à M. Love, l'appelant invoquait le même mobile pour le meurtre de M. Levoir que dans ses aveux aux agents banalisés. Dans ses aveux, il mentionnait également que la dépouille de M. Levoir avait été brûlée. Deuxièmement, juste après lui avoir avoué son crime, l'appelant avait conduit Ben au foyer en plein air où se trouvaient toujours les restes de M. Levoir. Et, troisièmement, on a trouvé dans ce même foyer des douilles de l'arme à feu trouvée dans l'appartement de l'appelant. Tous ces éléments conféraient aux aveux une très grande valeur probante.

[35] En revanche, même si les aveux se doublaient d'une preuve de mauvaise moralité, le préjudice était limité. L'appelant n'avait pris part à aucun scénario comportant des actes de violence, et l'opération n'avait révélé, sur son passé, aucun fait qui lui aurait été préjudiciable. Son rôle au sein de l'organisation s'est essentiellement borné à aider à la récupération de véhicules et à la livraison de colis. À mon avis, la valeur probante des aveux issus de l'opération Monsieur Big l'emporte nettement sur leur effet préjudiciable.

[36] De plus, les agents banalisés n'ont pas eu une conduite irrégulière susceptible de justifier une demande fondée sur l'abus de procédure. L'appelant ne s'est pas vu offrir d'incitations irrésistibles. Il aurait pu exercer des fonctions légitimes encore plus rémunératrices. Les agents ne l'ont pas menacé de violence s'il ne passait pas aux aveux. Ils ont tout au plus créé un climat d'intimidation en faisant allusion à des actes de violence commis par des membres de l'organisation. Mais on n'a pas obtenu ses aveux sous la contrainte, ce que montre bien son refus initial de parler avec Ben puis Liam de la disparition de M. Levoir. D'ailleurs, les agents lui ont expressément dit qu'il n'était pas obligé de leur parler de M. Levoir et qu'il pouvait conserver

to the appellant that he did not have to speak with them about Mr. Levoir, and that he could remain in his current role within the organization. None of the undercover officers' conduct approaches abuse.

[37] These comments aside, I return to the appellant's attack on the admissibility of his confessions under s. 24(2) of the *Charter*. Under s. 24(2), evidence will be excluded where: (1) the evidence was obtained in a manner that infringed or denied any of the rights or freedoms guaranteed by the *Charter*; and (2) admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute (*R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235, at para. 19).

[38] Whether evidence was "obtained in a manner" that infringed an accused's rights under the *Charter* depends on the nature of the connection between the *Charter* violation and the evidence that was ultimately obtained. The courts have adopted a purposive approach to this inquiry. Establishing a strict causal relationship between the breach and the subsequent discovery of evidence is unnecessary. Evidence will be tainted if the breach and the discovery of the impugned evidence are part of the same transaction or course of conduct. The required connection between the breach and the subsequent statement may be temporal, contextual, causal, or a combination of the three. A "remote" or "tenuous" connection between the breach and the impugned evidence will not suffice (*Wittwer*, at para. 21).

[39] The strength of the connection between a piece of evidence and a *Charter* breach is a question of fact (see *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463, at para. 40). A trial judge's decision under s. 24(2) of the *Charter* is entitled to considerable deference on appeal. Such a decision will only be interfered with where the trial judge has failed to consider the proper factors or has made an unreasonable finding (*R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 44, and *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 86).

[40] The appellant submits that the trial judge erred in concluding that the statements he made to

son poste au sein de l'organisation. Aucun de leurs actes n'a frôlé l'abus de procédure.

[37] Laissons de côté ces considérations pour revenir à la contestation par l'appellant de l'admissibilité de ses aveux sur le fondement du par. 24(2) de la *Charte*. Pour qu'une preuve soit écartée en application de ce paragraphe, (1) elle doit avoir été obtenue dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte* et (2) son admission doit être susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (*R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235, par. 19).

[38] Une preuve est « obtenu[e] dans des conditions » qui portent atteinte ou non aux droits garantis par la *Charte* à l'accusé selon la nature du lien entre l'atteinte et la preuve. Les tribunaux privilégient une analyse téléologique en la matière. Il n'est pas nécessaire d'établir un lien causal strict entre l'atteinte et l'obtention subséquente de la preuve. La preuve est viciée lorsque l'atteinte et la découverte de la preuve dont l'admissibilité est contestée s'inscrivent dans le cadre de la même opération ou conduite. Le lien exigé entre l'atteinte et la déclaration subséquente peut être temporel, contextuel, causal ou un mélange des trois. Un lien « faible » ou « ténu » n'est pas suffisant (*Wittwer*, par. 21).

[39] La fermeté du lien entre un élément de preuve et l'atteinte à un droit garanti par la *Charte* est une question de fait (voir *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463, par. 40). La décision du juge du procès fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* commande une grande déférence en appel. Elle ne peut être modifiée que si le juge n'a pas tenu compte des bons facteurs ou qu'il a tiré une conclusion déraisonnable (*R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 44, et *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 86).

[40] L'appellant soutient que le juge du procès a eu tort de conclure que ses déclarations aux agents

undercover officers were not “obtained in a manner” that violated his *Charter* rights. According to the appellant, the trial judge applied too stringent a test in reaching this conclusion. In particular, the trial judge mistakenly believed that a causal relationship between the breach and the acquisition of the evidence was required in order to engage s. 24(2) of the *Charter*.

[41] This ground of appeal is fact-driven and I would not give effect to it. Distilled to its essence, the appellant is effectively inviting the Court to reweigh the factors the trial judge considered in deciding that s. 24(2) was not engaged. The trial judge was aware that a causal relationship between the *Charter* breach and the acquisition of the evidence was not required. He noted that “the entire relationship” between the breach and the impugned evidence had to be considered, and that causation was not the “sole touchstone” of the analysis (para. 182). The trial judge acknowledged that there was a temporal relationship between the s. 8 breach and the appellant’s statements to the undercover officers. He went on to consider the causal relationship between the wiretap authorization and the appellant’s statements to undercover officers, and found that it was “so remote as to be insignificant” (para. 185). When he considered the temporal and causal relationships together, he was of the view that the statements had not been obtained in a manner that infringed the *Charter*.

[42] While it is true that the lack of a causal relationship played an important role in the trial judge’s analysis, this can only carry the appellant’s argument so far. A causal relationship is not required to support a finding that evidence was obtained in a manner that violated the *Charter*, but the nature and extent of the causal relationship remains an important factor for the trial judge’s consideration. In the trial judge’s view, the tenuous causal connection between the breach and the statements undermined the significance of the temporal relationship. That finding was open to him, and I see no basis for interfering with it.

banalisés n’avaient pas été « obtenu[e]s dans des conditions » qui portaient atteinte à ses droits constitutionnels. À son avis, le juge a appliqué un critère trop strict pour arriver à cette conclusion. En particulier, il a cru à tort qu’il fallait démontrer l’existence d’un lien causal entre l’atteinte et l’obtention des éléments de preuve pour que s’applique le par. 24(2) de la *Charte*.

[41] Ce moyen d’appel étant axé sur les faits, j’estime qu’il n’y a pas lieu d’y faire droit. L’appellant nous invite essentiellement à revenir sur les facteurs dont le juge a tenu compte pour décider que le par. 24(2) ne s’appliquait pas. Le juge savait qu’il n’était pas nécessaire d’établir un lien causal entre l’atteinte constitutionnelle et l’obtention des éléments de preuve. Il a relevé la nécessité de tenir compte du [TRADUCTION] « lien sous tous les rapports » entre l’atteinte et la preuve et a opiné que le lien causal n’est pas « la seule pierre angulaire » de l’analyse (par. 182). Il a reconnu l’existence d’un lien temporel entre l’atteinte au droit garanti par l’art. 8 et les déclarations de l’appellant aux agents banalisés. Il a ensuite examiné le lien causal entre l’autorisation d’écoute électronique et les déclarations pour conclure que « ce lien est si ténu qu’il est négligeable » (par. 185). Considérés ensemble, le lien temporel et le lien causal ont amené le juge du procès à opiner que les déclarations n’avaient pas été obtenues dans des conditions qui portaient atteinte aux droits garantis par la *Charte*.

[42] Certes, l’absence de lien causal joue un rôle important dans son analyse, mais le bien-fondé de la thèse de l’appellant n’est pas pour autant établi. L’existence d’un lien causal n’est pas nécessaire pour conclure que la preuve a été obtenue dans des conditions qui portaient atteinte aux droits garantis par la *Charte*, mais la nature et l’importance du lien causal demeurent des facteurs importants dont il faut tenir compte. Selon le juge du procès, le caractère ténu du lien causal relevé affaiblit l’importance du lien temporel. Il lui était loisible de tirer cette conclusion et je ne vois aucune raison de la modifier.

B. *Did the Trial Judge Err in His Instructions to the Jury on the Mr. Big Confessions?*

[43] In *Hart*, this Court identified two evidentiary concerns with confessions that are the product of a Mr. Big operation. The first is that the confessions may be unreliable. Mr. Big operations are intended to induce confessions, and the inducements offered to a suspect may incentivize the suspect to falsely confess. Second, Mr. Big confessions are invariably accompanied by bad character evidence in which the accused has shown a willingness to commit crimes to gain entry into a criminal organization (see *Hart*, at paras. 68-77).

[44] The common law rule of evidence that was set out in *Hart* was intended to respond to the evidentiary concerns raised by Mr. Big operations. However, while this rule responds to these two evidentiary concerns, it does not erase them. The focus of the rule is to determine whether a Mr. Big confession should be admitted into evidence. It does not decide the ultimate question of whether the confession is reliable, nor does it eliminate the prejudicial character evidence that accompanies its admission. Thus, even in cases where Mr. Big confessions are admitted into evidence, concerns with their reliability and prejudice will persist. It then falls to the trial judge to adequately instruct the jury on how to approach these confessions in light of these concerns.

[45] The appellant agrees that reliability and prejudice are the two evidentiary concerns that must be addressed in a trial judge's charge to the jury. With respect to reliability, the appellant submits that a "very strict" caution must be given about "danger" presented by Mr. Big confessions (A.F., at para. 95). The appellant points to the jury charge delivered in *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114, and argues that a similar instruction should be given in "most, if not all" cases involving Mr. Big confessions (A.F., at para. 96). In *Bonisteel*, the trial judge provided a strong caution regarding the

B. *Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives erronées sur les aveux issus de l'opération Monsieur Big?*

[43] Dans l'arrêt *Hart*, notre Cour fait état de deux problèmes que soulèvent, sur le plan de la preuve, les aveux obtenus dans le cadre d'une opération Monsieur Big. Le premier réside dans la non-fiabilité éventuelle des aveux. Une telle opération vise à soutirer des aveux au suspect qui, en raison de gratifications qui lui sont offertes, risque d'être incité à les faire même s'ils sont faux. Le second tient à ce que les aveux issus d'une telle opération s'accompagnent invariablement d'une preuve de mauvaise moralité selon laquelle l'accusé s'est montré disposé à commettre des actes criminels afin d'être admis au sein d'une organisation criminelle (voir *Hart*, par. 68-77).

[44] La nouvelle règle de preuve de common law établie dans l'arrêt *Hart* vise à pallier ces problèmes. Toutefois, même si elle s'y attaque, elle ne les fait pas disparaître. La règle vise essentiellement à déterminer si l'aveu issu d'une opération Monsieur Big doit être admis en preuve ou non. Elle ne permet pas de trancher la question ultime de savoir si l'aveu est fiable ou non et elle ne supprime pas le préjudice infligé par la preuve de moralité dont s'accompagne l'aveu. Ainsi, même lorsque l'aveu issu d'une opération Monsieur Big est admis en preuve, les craintes liées à sa non-fiabilité éventuelle et à son caractère préjudiciable demeurent. Il incombe alors au juge du procès de donner au jury des directives appropriées sur la manière de jauger ces aveux eu égard à ces préoccupations.

[45] L'appelant convient que la non-fiabilité éventuelle et le caractère préjudiciable constituent tous deux des problèmes au chapitre de la preuve et que le juge du procès doit en faire part au jury dans son exposé. Pour ce qui est de la non-fiabilité éventuelle, le juge doit se montrer d'une prudence [TRADUCTION] « extrême » en raison du « risque » que présente l'admission de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big (m.a., par. 95). L'appelant renvoie à l'exposé du juge dans l'affaire *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114, et soutient que des directives apparentées s'imposent

reliability concerns raised by Mr. Big confessions. The jury was told that people sometimes “confess to [crimes] they have not committed” (para. 66 (emphasis deleted)). Moreover, the jury was told that “confessions produced by an undercover operation such as this are viewed as inherently unreliable” (*ibid.*). Without independent confirmation, the trial judge described the Mr. Big confessions as “highly suspect” (*ibid.*).

[46] As for the bad character evidence that is admitted, the appellant submits that trial judges must provide a “*strong and specific*” limiting instruction that includes “specific directions” focused on the “significant efforts [the] police employed to cause and encourage” the accused’s participation in misconduct (A.F., at paras. 102-3 (emphasis in original)).

[47] With those considerations in mind, the appellant submits that the trial judge’s charge in this case — which addressed the concerns with reliability and prejudice — was deficient because it did not go far enough in warning the jury about the dangers inherent in this evidence and the need to proceed with extreme caution in relying upon it to convict.

[48] With respect, I disagree. The instructions given to the jury were, in my view, adequate in the circumstances. In so concluding, it bears repeating what this Court has said on numerous occasions: an accused is entitled to a jury that is properly — not perfectly — instructed (*R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 2). In reviewing the trial judge’s charge, what counts is its substance, not its adherence to or departure from prescriptive formulas (*R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273, at para. 69). The order of the charge and the words chosen by the trial judge are within his or her discretion (*R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 30).

dans « la plupart, sinon la totalité », des affaires où des aveux sont obtenus dans le cadre d’une opération Monsieur Big (m.a., par. 96). Dans *Bonisteel*, le juge du procès a fermement mis le jury en garde contre la non-fiabilité éventuelle des aveux issus d’une telle opération. Il lui a expliqué que des gens [TRADUCTION] « avouent parfois des crimes qu’ils n’ont pas commis » (par. 66 (soulignement omis)). De plus, il a précisé que « les aveux recueillis lors d’une opération comme celle qui s’est déroulée en l’espèce sont tenus pour intrinsèquement non dignes de foi » (*ibid.*). Faute de corroboration indépendante, les aveux issus d’une opération Monsieur Big étaient, selon lui, « très suspects » (*ibid.*).

[46] En ce qui concerne la preuve de mauvaise moralité admise, l’appelant prétend que le juge doit donner des directives restrictives à la fois [TRADUCTION] « *fermes et précises* », en particulier « sur les efforts importants déployés par les policiers pour inciter » l’accusé à prendre part à des actes répréhensibles (m.a., par. 102-103 (en italique dans l’original)).

[47] Au vu de ces considérations, l’appelant fait valoir que les directives du juge — qui font état en l’espèce des craintes de non-fiabilité éventuelle et du caractère préjudiciable — sont lacunaires parce qu’elles ne mettent pas le jury suffisamment en garde contre les risques inhérents à une telle preuve, ni ne lui enjoignent d’user de prudence extrême avant de déclarer l’accusé coupable sur son fondement.

[48] Soit dit en tout respect, je ne partage pas cet avis. Dans les circonstances, les directives étaient à mon avis adéquates. Je rappelle d’ailleurs ce que notre Cour a affirmé à de nombreuses reprises, à savoir que l’accusé a droit à ce que le jury reçoive des directives non pas parfaites, mais appropriées (*R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 2). Ce qui compte lors de l’examen des directives c’est leur teneur, non le respect ou le non-respect d’une formule consacrée (*R. c. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273, par. 69). Le choix des mots et l’ordre des différents éléments relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge (*R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 30).

[49] The functional approach to reviewing jury charges that this Court has repeatedly endorsed cuts against the appellant's contention that trial judges must, in all Mr. Big cases, give the jury a *Bonisteel* instruction. Indeed, the British Columbia Court of Appeal has rejected such an approach, preferring instead to subject these instructions to a contextual, case-by-case review (see, e.g., *R. v. Terrico*, 2005 BCCA 361, 214 B.C.A.C. 135, at paras. 42-43, and *R. v. Fry*, 2011 BCCA 381, 311 B.C.A.C. 90, at paras. 82-83 and 87).

[50] I agree with the approach of the British Columbia Court of Appeal. In my view, there is no magical incantation that must be read to juries by trial judges in all Mr. Big cases. Instead, trial judges are required to provide juries with the tools they need to address the concerns about reliability and prejudice that arise from these confessions. The nature and extent of the instructions required will vary from case to case.

[51] However, there is some guidance — short of a prescriptive formula — that can be provided to trial judges who must instruct juries in cases where a Mr. Big confession has been admitted into evidence.

[52] With respect to the reliability concerns raised by a Mr. Big confession, the trial judge should tell the jury that the reliability of the accused's confession is a question for them. The trial judge should then review with the jury the factors relevant to the confessions and the evidence surrounding it. As explained in *Hart*, the reliability of a Mr. Big confession is affected by the circumstances in which the confession was made and by the details contained in the confession itself. Thus, the trial judge should alert the jury to “the length of the operation, the number of interactions between the police and the accused, the nature of the relationship between the undercover officers and the accused, the nature and extent of the inducements offered, the presence of

[49] La démarche fonctionnelle que notre Cour a maintes fois fait sienne dans l'examen des directives au jury va à l'encontre de la thèse de l'appellant selon laquelle le juge du procès doit, chaque fois qu'une opération Monsieur Big a eu lieu, donner au jury des instructions semblables à celles jugées appropriées dans l'affaire *Bonisteel*. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a d'ailleurs rejeté cette approche et préféré soumettre les directives à un examen au cas par cas, selon le contexte (voir p. ex. *R. c. Terrico*, 2005 BCCA 361, 214 B.C.A.C. 135, par. 42-43, et *R. c. Fry*, 2011 BCCA 381, 311 B.C.A.C. 90, par. 82-83 et 87).

[50] Je souscris à l'approche préconisée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. À mon avis, nulle formule magique ne doit être prononcée par le juge du procès à l'intention du jury dans toute affaire où une opération Monsieur Big s'est déroulée. Le juge doit plutôt communiquer au jury les éléments dont il a besoin pour tenir compte de la non-fiabilité éventuelle des aveux et du préjudice susceptible de découler de ceux-ci. La nature et l'ampleur des directives requises varient d'une affaire à l'autre.

[51] Faute d'une formule consacrée, certaines balises peuvent cependant être établies à l'intention du juge appelé à instruire un jury dans une affaire où un aveu issu d'une opération Monsieur Big a été admis en preuve.

[52] En ce qui concerne la non-fiabilité éventuelle de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big, le juge doit expliquer aux jurés qu'il leur incombe de décider si l'aveu de l'accusé est digne de foi ou non. Il doit ensuite examiner avec eux les facteurs pertinents pour l'appréciation de l'aveu et de la preuve y afférente. Dans l'arrêt *Hart*, la Cour explique que la fiabilité d'un tel aveu dépend des circonstances dans lesquelles il est fait et des précisions qu'il renferme. Ainsi, le juge doit attirer l'attention du jury sur « la durée de l'opération, le nombre d'interactions entre les policiers et l'accusé, la nature de la relation qui s'est tissée entre les agents et l'accusé, la nature des incitations et leur importance, le recours à des menaces, la conduite de l'interrogatoire, ainsi

any threats, the conduct of the interrogation itself, and the personality of the accused” — all of which play a role in assessing the confession’s reliability (see *Hart*, at para. 102).

[53] Moreover, the trial judge should discuss the fact that the confession itself may contain markers of reliability (or unreliability). Jurors should be told to consider the level of detail in the confession, whether it led to the discovery of additional evidence, whether it identified any elements of the crime that had not been made public, or whether it accurately described mundane details of the crime the accused would not likely have known had he not committed it (see *Hart*, at para. 105).

[54] This is not to suggest that trial judges are required to provide a detailed catalogue of every piece of evidence that might bear on the reliability of the confession. The task is simply to alert the jury to the concern about the reliability of the confession, and to highlight the factors relevant to assessing it.

[55] With respect to the bad character evidence that accompanies a Mr. Big confession, the challenge is a more familiar one. The trial judge must instruct the jury that this sort of evidence has been admitted for the limited purpose of providing context for the confession. The jury should be instructed that it cannot rely on that evidence in determining whether the accused is guilty. Moreover, the trial judge should remind the jury that the simulated criminal activity — even that which the accused may have eagerly participated in — was fabricated and encouraged by agents of the state.

[56] In this case, the trial judge addressed the concerns about reliability and prejudice in his charge to the jury. The trial judge told the jury that it had to “carefully consider whether the themes of violence and the level of inducement may reasonably have compromised the reliability” of the appellant’s confessions. He specifically instructed the jury that it had to “assess the environment, the themes of easy money, violence, the importance of honesty and integrity, any offers of exit points, and

que la personnalité de l’accusé », des facteurs qui permettent tous de se prononcer sur la fiabilité de l’aveu (voir *Hart*, par. 102).

[53] De plus, le juge du procès doit indiquer aux jurés que l’aveu peut renfermer des indices de sa fiabilité (ou de sa non-fiabilité). Il doit aussi les inviter à tenir compte de son caractère plus ou moins détaillé, du fait qu’il a mené ou non à la découverte d’autres éléments de preuve, de la mention de modalités du crime non révélées au public ou du fait qu’il décrit fidèlement ou non certaines données prosaïques que l’accusé n’aurait pas connues s’il n’avait pas commis le crime (voir *Hart*, par. 105).

[54] Le juge du procès n’est pas pour autant tenu d’exposer en détail chacun des éléments de preuve qui sont susceptibles d’avoir une incidence sur la fiabilité de l’aveu. Sa fonction consiste simplement à attirer l’attention des jurés sur la non-fiabilité éventuelle de l’aveu et à leur signaler les facteurs pertinents pour se prononcer à ce sujet.

[55] Pour ce qui est de la preuve de mauvaise moralité dont se double l’aveu issu d’une opération Monsieur Big, la démarche qui s’impose est plus familière. Le juge explique au jury que cette preuve est admise seulement pour situer l’aveu dans son contexte. Il devrait préciser au jury qu’il ne peut se fonder sur cette seule preuve pour déclarer l’accusé coupable. De plus, il devrait rappeler aux jurés que l’activité criminelle simulée — même celle à laquelle l’accusé a ardemment voulu prendre part — est une pure invention des représentants de l’État, qui ont encouragé l’accusé à y participer.

[56] Dans le cas qui nous occupe, l’exposé fait état de la non-fiabilité éventuelle et du caractère préjudiciable. Le juge explique aux jurés qu’ils doivent [TRADUCTION] « examiner attentivement si les éléments que sont la violence et l’importance des gratifications offertes ont pu raisonnablement compromettre la fiabilité » des aveux de l’appelant. Il leur enjoint expressément de « tenir compte du contexte, de l’attrait de l’argent facile, de la violence, de l’importance accordée à l’honnêteté et à

any threats or intimidation”. Ultimately, the trial judge left the final assessment of the reliability of the appellant’s confessions to the jury:

Overall, it’s your responsibility to decide whether the statements attributed to Mr. Mack are reliable in whole or in part, bearing in mind Mr. Mack’s testimony that he was given pep talks every day . . . that he felt indebted . . . and very insecure, especially after he heard about the day of reckoning for the ice pick attack. Also that Mr. Mack felt out of his league, and whenever he started a story he felt pushed in a direction that he had done it.

When a statement may have arisen partly out of fear and partly from an inducement to easy money, it’s important to assess carefully how reliable it is, if at all. You need to assess that against all of the evidence in order to decide not only what was said, but whether what was said was truthful. [Emphasis added.]

[57] With respect to the bad character evidence that was admitted along with the Mr. Big confessions, although the trial judge did not address it specifically, he provided the jury with a standard limiting instruction on the use that could be made of any evidence that bore on the accused’s character:

You’ll recall in my opening remarks I alerted you that we would likely hear evidence that does not reflect Mr. Mack in a positive light, including views and conducts which are unfavourable to him. You have now heard some evidence of that type, and I remind you not to rely upon or use that evidence to conclude that Mr. Mack is guilty or even that he is more likely to be guilty of the crime with which he is charged based on that evidence.

In Canada people are not prosecuted or judged as guilty because they have certain beliefs or values. Evidence about things Mr. Mack may have said or acts he may have committed which you find objectionable, it has been provided to you for the very limited purpose of ensuring that you know the context for the other things

l’intégrité, de toute porte de sortie offerte et de tout acte de menace ou d’intimidation ». Finalement, le juge laisse au jury le soin de décider au final si les aveux de l’appelant sont dignes de foi ou non :

[TRADUCTION] Au bout du compte, il vous incombe de décider si les déclarations attribuées à M. Mack sont dignes de foi ou non, en totalité ou en partie, en gardant présent à l’esprit le témoignage de M. Mack selon lequel il faisait l’objet d’encouragements quotidiens [. . .], il se sentait redevable [. . .] et il était très inquiet, surtout après avoir entendu parler du règlement de compte pour l’agression au pic à glace. Il faut également tenir compte du fait que M. Mack se sentait dépassé et que chaque fois qu’il commençait à raconter quelque chose, il sentait qu’on le pressait d’avouer.

Lorsqu’une déclaration a pu être motivée en partie par la crainte et en partie par l’appât du gain facile, il importe d’apprécier sa fiabilité, à supposer qu’elle en ait. Vous devez alors bien apprécier sa fiabilité en fonction de l’ensemble de la preuve non seulement pour déterminer ce qui a été dit, mais aussi pour décider si ce qui a été dit était vrai. [Je souligne.]

[57] En ce qui a trait à la preuve de mauvaise moralité qui a été admise de pair avec les aveux issus de l’opération Monsieur Big, sans l’aborder directement, le juge du procès donne au jury la directive restrictive habituelle sur l’utilisation qui peut être faite de tout élément de preuve relatif à la moralité de l’accusé :

[TRADUCTION] Vous vous souviendrez que, dans mes remarques préliminaires, je vous ai signalé que vous entendriez vraisemblablement des éléments de preuve qui ne présentent pas M. Mack sous un jour favorable et qui font notamment état d’opinions et d’actes qui lui sont défavorables. Vous avez maintenant entendu certains témoignages en ce sens, et je vous rappelle de ne pas vous fonder sur eux pour conclure à la culpabilité de M. Mack, ni même pour conclure qu’il est plus probable qu’improbable qu’il soit coupable du crime dont il est accusé.

Au Canada, on ne poursuit pas une personne et on ne la juge pas coupable à cause de ses croyances ou de ses valeurs. La preuve de ce que M. Mack a pu dire ou faire et qui paraît répréhensible ne vous a été communiquée que dans le but bien délimité de vous faire connaître le contexte d’autres propos et d’autres actes qui se

that are said or done that relate directly to the offence with which he is charged. Background evidence, which we sometimes refer to as the narrative, is provided to you so you understand more accurately the overall circumstances and can then better assess what and whom to believe.

So I also repeat that you're not to decide this case based on your personal views of what you might consider to be Mr. Mack's value system or his opinions or even whether he might have committed some other wrongful acts or offences. We are concerned with only one charge: the murder of Robert Levoir. [Emphasis added.]

[58] When these instructions regarding reliability and bad character evidence are viewed through a functional lens, I am satisfied that they reveal no error. The trial judge plainly addressed the two concerns raised by the appellant's confessions to undercover officers. He directed the jury to "assess carefully" how reliable the appellant's confessions were, and pointed specifically to the police deception, the level of inducements, the "themes of easy money", and the presence of any threats or intimidation. During the trial and in his final instructions, the trial judge directed the jury to disregard the prejudicial character evidence that had been admitted in reaching a verdict.

[59] Undoubtedly, more could have been said by the trial judge in his discussion of the reliability of the Mr. Big confession. The trial judge, for example, could have specifically reviewed the payments received by the appellant during the operation, or the encouragements to confess that were provided by Ben and Liam. Equally, however, the trial judge could have detailed the evidence that was capable of supporting the reliability of the appellant's confessions, including the fact that the appellant had gainful employment available to him at the time the cash inducements were offered to him, that he correctly pointed out the location of Mr. Levoir's remains during his confession to Ben, and that shell casings fired by a rifle found in the appellant's apartment were discovered in the firepit. The trial judge did not do so, but this does not mean his charge was

rapportent directement à l'infraction reprochée. La preuve à vocation contextuelle que l'on appelle parfois « récit des faits » vous est fournie pour vous permettre de mieux comprendre le contexte global et de mieux décider en quoi et en qui mettre votre foi.

Je vous rappelle donc que vous ne devez pas trancher en l'espèce en vous fondant sur ce que vous croyez être le système de valeurs de M. Mack ou ses opinions, non plus qu'en vous demandant s'il a pu commettre quelque autre acte illicite ou infraction. La seule chose qui nous intéresse en l'espèce c'est l'acte reproché, en l'occurrence le meurtre de Robert Levoir. [Je souligne.]

[58] Considérées au regard de la méthode fonctionnelle, ces directives sur le caractère fiable ou non des aveux et sur la preuve de mauvaise moralité ne sont entachées d'aucune erreur. Le juge aborde franchement les deux problèmes que soulève l'admission des aveux de l'appelant aux agents banalisés. Il enjoint au jury de [TRADUCTION] « bien apprécier » la fiabilité des aveux de l'appelant et il renvoie expressément à la duperie des policiers, à l'importance des gratifications, à « l'attrait de l'argent facile » et à l'existence de tout acte de menace ou d'intimidation. Au cours du procès et dans ses directives finales, le juge invite les jurés à faire abstraction de la preuve de mauvaise moralité préjudiciable pour arriver à leur verdict.

[59] Certes, le juge du procès aurait pu en dire davantage sur la non-fiabilité éventuelle d'un aveu issu d'une opération Monsieur Big. Il aurait pu, par exemple, revenir spécifiquement sur les sommes touchées par l'appelant au cours de l'opération ou sur les exhortations de Ben et de Liam à passer aux aveux. Toutefois, il aurait pu également préciser les éléments de preuve propres à militer en faveur de la fiabilité des aveux de l'appelant, dont le fait que ce dernier aurait pu bien gagner sa vie lorsque les gratifications financières lui ont été offertes, le fait que l'appelant a indiqué avec précision l'endroit où se trouvaient les restes de M. Levoir lorsqu'il a avoué le meurtre à Ben et le fait que des douilles provenant de la carabine trouvée chez l'appelant ont été découvertes dans le foyer en plein air. Le juge n'en a fait rien, mais ses directives ne sont pas pour

deficient. A failure to say all that could have been said does not amount to a legal error:

... I cannot emphasize enough that the right of an accused to a properly instructed jury does not equate with the right to a perfectly instructed jury. An accused is entitled to a jury that understands how the evidence relates to the legal issues. This demands a functional approach to the instructions that were given, not an idealized approach to those instructions that might have been given.

(*Jacquard*, at para. 32, *per* Lamer C.J.)

[60] It must also be mentioned that trial counsel was provided a draft of the trial judge's charge in advance of it being delivered to the jury, and no objection was taken to the trial judge's handling of the Mr. Big confessions. While it is the trial judge's job to ensure that the jury is properly instructed, trial counsel are expected to "assist the trial judge and identify what in [his or her] opinion is problematic with the judge's instructions to the jury" (*Daley*, at para. 58). A failure to object at trial "may be indicative of the seriousness of the alleged violation" (*ibid.*). Here, although not determinative, trial counsel's failure to object supports my conclusion that the instructions on reliability and bad character evidence were adequate in the circumstances.

[61] In my view, the trial judge's charge left the jury equipped to deal with the concerns of reliability and prejudice that emerged from the Mr. Big confessions. No error has been shown. Accordingly, I would reject this ground of appeal.

C. *Did the Trial Judge Err in His Instructions to the Jury Relating to Mr. Argueta's Testimony?*

[62] In his charge, the trial judge instructed the jury to consider Mr. Argueta's evidence in light of the defence position that it was Mr. Argueta who killed Mr. Levoir. The trial judge referred to the possibility that the appellant's knowledge of the murder may have come from Mr. Argueta. In addition, he pointed out to the jury that even on

autant lacunaires. Ne pas avoir dit tout ce qui aurait pu l'être ne constitue pas une erreur de droit :

... je ne saurais trop insister sur le fait que le droit d'un accusé à un jury ayant reçu des directives appropriées n'équivaut pas au droit à un jury ayant reçu des directives parfaites. L'accusé a droit à un jury qui comprenne le lien qui existe entre la preuve et les questions juridiques soulevées. Cela requiert une analyse fonctionnelle des directives qui ont été données, et non pas une analyse idéalisée des directives qui auraient pu être données.

(*Jacquard*, par. 32, le juge en chef Lamer)

[60] Rappelons aussi que l'avocat de la défense s'est vu remettre au préalable l'ébauche de l'exposé destiné au jury et qu'il n'a pas fait objection aux directives sur les aveux issus de l'opération Monsieur Big. Bien qu'il incombe au juge du procès de bien instruire le jury, l'avocat de la défense est censé « [l']assist[er] en relevant les aspects des directives au jury qu'i[l] estim[e] problématiques » (*Daley*, par. 58). L'omission de faire objection lors du procès « peut être significative quant à la gravité de l'irrégularité reprochée » (*ibid.*). En l'espèce, bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'omission de l'avocat de la défense de faire objection à l'exposé me conforte dans l'opinion que les directives sur la fiabilité des aveux et sur la preuve de mauvaise moralité étaient appropriées dans les circonstances.

[61] À mon avis, les directives du juge ont permis au jury de tenir compte de la non-fiabilité éventuelle des aveux issus de l'opération Monsieur Big et du préjudice infligé par l'admission de ceux-ci. Nulle erreur n'a été démontrée. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

C. *Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives erronées sur le témoignage de M. Argueta?*

[62] Dans son exposé, le juge enjoint aux jurés d'examiner le témoignage de M. Argueta à la lumière de la thèse de la défense suivant laquelle M. Argueta aurait assassiné M. Levoir. Il évoque la possibilité que l'appelant ait été informé du meurtre par M. Argueta. Il signale également que M. Argueta a reconnu s'être parjuré lorsqu'il avait

Mr. Argueta's own account, he had lied to the police under oath when he told them that he and the appellant had not discussed Mr. Levoir's death on the drive back to Fort McMurray from Edmonton. The trial judge noted that Mr. Argueta had provided "no explanation" for this lie and that he appeared "quite unapologetic" about it. He cautioned the jury that Mr. Argueta's apparent lack of concern for the seriousness of the oath "leaves open the question of whether you may rely on anything he says".

[63] Because of these concerns, the trial judge provided a *Vetrovec*⁴ warning in relation to Mr. Argueta's evidence, instructing the jury that it would be "dangerous" for them to accept his testimony in the absence of other evidence that confirmed his account. The trial judge provided two examples of evidence that might be capable of supporting Mr. Argueta's evidence. The first was Mr. Argueta's testimony that the appellant was angry with Mr. Levoir because he suspected Mr. Levoir had stolen from his son's piggy bank and had "run up telephone bills at [the appellant's] place". The second was that the appellant "separately testified to what he knew about the price on [Mr.] Levoir's head", which was "similar to what Mr. Argueta said on that matter, but was not attributed as having come to [the appellant] from Mr. Argueta".

[64] The appellant contends that these instructions were deficient. In particular, he submits that the trial judge's instructions on the importance of Mr. Argueta's admitted lie to the police under oath was confusing, because the appellant's position at trial was that Mr. Argueta's statement to police was truthful and his testimony was a lie. Moreover, the appellant contends that the *Vetrovec* caution and the related instruction to seek out confirmatory evidence before relying on Mr. Argueta's evidence was misplaced, because if Mr. Argueta provided information about the murder that turned out to be true, this did not bolster the Crown's theory that the appellant was guilty of murder. Rather, it supported the defence position that Mr. Argueta, and not the appellant, had killed Mr. Levoir.

dit aux policiers ne pas avoir discuté avec l'appelant du décès de M. Levoir lors du trajet de retour en voiture entre Edmonton et Fort McMurray. Il indique que M. Argueta n'a offert [TRADUCTION] « aucune explication » de ce parjure et qu'il a semblé « ne pas en être du tout désolé ». Il précise au jury que cette indifférence apparente vis-à-vis de la solennité du serment « permet de se demander si on peut ajouter foi à ses propos quels qu'ils soient ».

[63] À cause de ces réserves, le juge fait une mise en garde de type *Vetrovec*⁴ à l'égard du témoignage de M. Argueta et explique aux jurés qu'il serait [TRADUCTION] « risqué » d'ajouter foi au témoignage sans que celui-ci ne soit corroboré par d'autres éléments. Il donne deux exemples de tels éléments. Le premier réside dans le témoignage de M. Argueta selon lequel l'appelant était fâché contre M. Levoir parce qu'il le soupçonnait d'avoir volé de l'argent dans la tirelire de son fils et d'avoir « monté des factures de téléphone chez [l'appelant] ». Le second s'entend du fait que l'appelant « a lui-même témoigné de ce qu'il savait de la mise à prix de la tête de [M.] Levoir », ce qui « s'apparente à ce que M. Argueta a dit à ce sujet, mais qui ne lui a pas été attribué par [l'appelant] ».

[64] L'appelant fait valoir qu'il s'agit de directives lacunaires. Il dit notamment qu'elles sont sources de confusion en ce qui concerne l'importance des propos mensongers que M. Argueta a reconnu avoir tenus aux policiers car, au procès, l'appelant a soutenu que M. Argueta avait dit la vérité aux policiers et que son aveu à lui était faux. De plus, l'appelant soutient que la mise en garde de type *Vetrovec* et, dans sa foulée, la directive de rechercher une preuve de corroboration avant d'ajouter foi au témoignage de M. Argueta, étaient injustifiées, car si les renseignements sur le meurtre donnés par M. Argueta s'étaient révélés exacts, cela n'étayait pas la thèse du ministère public suivant laquelle l'appelant était coupable du meurtre, mais confirmait plutôt la thèse de la défense, à savoir que l'assassin était M. Argueta, et non l'appelant.

⁴ See *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811.

⁴ Voir l'arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

[65] I would not give effect to the appellant's submissions. In my view, the trial judge's warning about Mr. Argueta's admitted lie to the police was not confusing. The appellant's submission to the contrary flows from a technical reading of the instruction. Read fairly and in context, the impugned instruction conveyed to the jury that, even on Mr. Argueta's own account, he had lied under oath without explanation. Thus, it was questionable whether the jury could rely on anything he said. When this instruction is read in conjunction with the trial judge's warning that it would be dangerous to rely on Mr. Argueta's evidence in the absence of confirmatory evidence, it cannot be understood as having endorsed Mr. Argueta's testimony over the previous version of events he gave to the police. The trial judge was merely conveying to the jury that Mr. Argueta's evidence was highly suspect and that it would be dangerous to use it to convict in the absence of confirmatory evidence. Had he not given such an instruction, his failure to do so would most assuredly have formed a ground of appeal.

[66] Second, I cannot accept the contention that the trial judge erred by instructing the jury to search for confirmatory evidence before relying on Mr. Argueta's testimony. Admittedly, the trial judge provided an example of evidence that was not capable of confirming Mr. Argueta's evidence. The appellant did not separately testify that he knew about the price on Mr. Levoir's head, as stated by the trial judge in his charge. Rather, he testified that he heard about the price on Mr. Levoir's head from Mr. Argueta. It is possible the trial judge simply misspoke, and meant to refer to the fact that both Mr. Argueta and the appellant testified that they knew the deceased was involved in the drug trade in British Columbia. No matter, the ultimate message left with the jury was clear, namely that it would be dangerous to rely on Mr. Argueta's evidence without confirmation. Importantly, the jury was told that it was for them to decide whether there was any evidence capable of confirming his testimony. The jury would clearly have understood that in order to acquit the appellant, it did not have to believe that Mr. Argueta was the killer; rather, it

[65] Je ne fais pas droit aux prétentions de l'appellant. À mon avis, la mise en garde du juge concernant la déposition mensongère que M. Argueta a reconnu avoir faite à la police n'était pas source de confusion. L'appellant interprète la directive de manière formaliste. Si on l'interprète de manière impartiale et contextuelle, la directive contestée explique aux jurés que M. Argueta a reconnu s'être parjuré et qu'il n'a offert aucune explication de sa conduite. Il y avait donc lieu de se demander si le jury pouvait ajouter foi à ses propos quels qu'ils soient. On ne peut conclure de cette directive, considérée de pair avec la mise en garde selon laquelle il était risqué de se fonder sur le témoignage de M. Argueta sans que celui-ci ne soit corroboré, que le juge retient le témoignage de M. Argueta au procès de préférence à la version des faits qu'il avait auparavant donnée à la police. Le juge explique seulement au jury que le témoignage de M. Argueta est extrêmement suspect et qu'il serait risqué de déclarer l'accusé coupable sur son fondement sans qu'il soit corroboré. S'il n'avait pas donné cette directive, son omission de le faire aurait assurément conféré un moyen d'appel à l'accusé.

[66] Par ailleurs, je ne puis convenir que le juge du procès a eu tort d'enjoindre aux jurés de rechercher une preuve de corroboration avant d'ajouter foi au témoignage de M. Argueta. Certes, il donne un exemple d'élément de preuve non susceptible de corroborer ce témoignage. Contrairement à ce qu'il dit dans son exposé, l'appellant n'a pas déclaré, lors de son témoignage, qu'il savait que la tête de M. Levoir était mise à prix. Il a plutôt affirmé avoir entendu M. Argueta le dire. Il est possible que le juge se soit simplement mal exprimé et qu'il ait voulu faire allusion au fait que, dans leurs témoignages, M. Argueta et l'appellant avaient tous deux dit savoir que la victime se livrait au trafic de la drogue en Colombie-Britannique. Mais peu importe, le message finalement transmis au jury est clair : il est risqué de se fonder sur le témoignage de M. Argueta sans corroboration de celui-ci. Fait important, le juge explique aux jurés qu'il leur appartient de décider si quelque élément de preuve est susceptible de corroborer le témoignage de M. Argueta. Les jurés auront bien compris que, pour acquitter l'appellant, ils n'avaient pas à croire

had to be satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant was the killer and that if they had a reasonable doubt, they must acquit.

[67] Putting aside the appellant's specific qualms, this ground of appeal can also be resolved with the help of common sense. The problems with Mr. Argueta's evidence were clear and obvious. The defence position was that Mr. Argueta was the killer and that he was lying in order to frame the appellant. There was evidence he had a motive to kill Mr. Levoir. And even taking his testimony at its highest, Mr. Argueta had committed perjury.

[68] At the end of the day, these were the problems the trial judge had to convey to the jury in his charge. In my view, that is exactly what he did. He reminded the jury that the defence position was that Mr. Argueta was the killer. He told them that the appellant's knowledge of the murder could have come from Mr. Argueta. He brought up Mr. Argueta's apparent lie to the police, and cautioned the jury that his lack of concern for the oath left open the question of whether they could rely on anything he said. And he told the jury that it would be dangerous to accept Mr. Argueta's evidence in the absence of confirmatory evidence. Nothing more was required. Trial counsel was apparently of the same view. He made no objection to the trial judge's instructions regarding Mr. Argueta's testimony. In my view, given that Mr. Argueta was, apart from the appellant, the most critical witness from the perspective of the defence, trial counsel's failure to object to the charge reinforces my conclusion that the trial judge adequately addressed the concerns raised by Mr. Argueta's testimony.

VI. Disposition

[69] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

que M. Argueta était l'assassin; il leur fallait plutôt être convaincus hors de tout doute raisonnable que l'appelant était l'assassin et, s'ils avaient un doute raisonnable, ils devaient l'acquitter.

[67] Abstraction faite des doutes précis exprimés par l'appelant, on peut également statuer sur ce moyen d'appel en recourant au simple bon sens. Le risque d'ajouter foi au témoignage de M. Argueta était clair et évident. Selon la défense, M. Argueta était l'assassin et mentait pour incriminer l'appelant. La preuve établissait qu'il avait un mobile pour tuer M. Levoir. Et même en considérant son témoignage sous le jour le plus favorable, il demeurait que M. Argueta s'était parjuré.

[68] En fin de compte, il s'agit de considérations que le juge du procès avait l'obligation de signaler aux jurés dans ses directives. À mon sens, c'est précisément ce qu'il a fait. Il leur a rappelé la thèse de la défense voulant que M. Argueta soit l'assassin. Il leur a dit que c'était peut-être M. Argueta qui avait informé l'appelant du meurtre. Il a indiqué que M. Argueta avait manifestement menti aux policiers et que le peu d'importance qu'il accordait au serment permettait de se demander si l'on pouvait ajouter foi à ses propos quels qu'ils soient. Il a également précisé qu'il était risqué d'ajouter foi au témoignage de M. Argueta sans que celui-ci ne soit corroboré. Il n'était pas tenu d'en faire davantage. C'est ce qu'a dû estimer l'avocat de la défense, car il n'a pas fait objection à la directive du juge concernant le témoignage de M. Argueta. Hormis l'appelant, M. Argueta était le témoin le plus important du point de vue de la défense, de sorte que l'omission de l'avocat de la défense de faire objection à l'exposé me conforte dans l'opinion que le juge du procès a bien fait état des réserves que suscitait le témoignage de M. Argueta.

VI. Dispositif

[69] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellant: Dawson Stevens Duckett & Shaigec, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton and Lethbridge.

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, Victoria.

Procureurs de l'appelant : Dawson Stevens Duckett & Shaigec, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton et Lethbridge.

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, Victoria.

Trial Lawyers Association of British Columbia and Canadian Bar Association — British Columbia Branch *Appellants/ Respondents on cross-appeal*

v.

Attorney General of British Columbia
Respondent/Appellant on cross-appeal

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Alberta, Advocates' Society, West Coast Women's Legal Education and Action Fund and David Asper Centre for Constitutional Rights *Interveners*

INDEXED AS: TRIAL LAWYERS ASSOCIATION OF BRITISH COLUMBIA v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL)

2014 SCC 59

File No.: 35315.

2014: April 14; 2014: October 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Courts — Access to justice — Court hearing fees — Province enacting regulations establishing graduated court hearing fees — Regulations containing exemption provision from fees for persons who are “indigent” or “impoverished” — Whether province can establish hearing fee scheme under its administration of justice power pursuant to s. 92(14) of Constitution Act, 1867 — Whether regulations imposing hearing fees denying some people access to courts infringing core jurisdiction of s. 96 superior courts — Whether provincial hearing fee scheme constitutionally valid — Constitution

Trial Lawyers Association of British Columbia et Association du Barreau canadien — Division de la Colombie-Britannique *Appelantes/Intimées au pourvoi incident*

c.

Procureur général de la Colombie-Britannique
Intimé/Appelant au pourvoi incident

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de l'Alberta, Advocates' Society, West Coast Women's Legal Education and Action Fund et David Asper Centre for Constitutional Rights *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : TRIAL LAWYERS ASSOCIATION OF BRITISH COLUMBIA c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL)

2014 CSC 59

N° du greffe : 35315.

2014 : 14 avril; 2014 : 2 octobre.

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

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

Droit constitutionnel — Cours — Accès à la justice — Frais d'audience — Règlement provincial fixant des frais d'audience progressifs — Règlement comportant une disposition dispensant des frais d'audience les personnes « indigentes » (“indigent”) ou « démunies » (“impoverished”) — La province peut-elle établir un régime de frais d'audience en vertu du pouvoir que lui confère l'art. 92(14) de la Loi constitutionnelle de 1867 en matière d'administration de la justice? — Est-ce qu'un règlement qui impose des frais d'audience niant à certaines personnes l'accès aux tribunaux porte atteinte

Act, 1867, ss. 92(14), 96 — Court Rules Act, R.S.B.C. 1996, c. 80 — Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, as amended by B.C. Reg. 10/96 and B.C. Reg. 75/98 — Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 20-5(1).

This case began as a family action. V and D were involved in a custody dispute. V went to court to have these issues resolved. In order to get a trial date, she had to undertake in advance to pay a court hearing fee. At the outset of the trial, V asked the judge to relieve her from paying the hearing fee. The judge reserved his decision on this request until the end of the trial. The parties were not represented by lawyers, and the hearing took 10 days. The hearing fee amounted to some \$3,600 — almost the net monthly income of the family. After legal fees had depleted her savings, V could not afford the hearing fee.

Aware that there was some authority for the proposition that hearing fees are unconstitutional, the judge invited submissions and interventions on the subject from outside parties and stayed V's obligation to pay the hearing fee. Ultimately, the B.C. branch of the Canadian Bar Association ("CBA"), the Trial Lawyers Association of British Columbia ("Trial Lawyers") and the Attorney General of British Columbia (the "Province") intervened.

The *Supreme Court Rules*, which were in place at the time this case began, were replaced in 2010 by the *Supreme Court Civil Rules*. The constitutionality of the hearing fees set out in both rules of court is challenged. The current hearing fees escalate from no fee for the first three days of trial, to \$500 for days four to ten, to \$800 for each day over ten. Rule 20-5(1) of the *Supreme Court Civil Rules* provides for an exemption from hearing fees if the court finds that a person is "impoverished". The exemption in place at the time of the trial provided that a judge could waive all fees for a person who is "indigent".

The trial judge in this case ruled that the hearing fee provision was unconstitutional. The Court of Appeal agreed that the scheme could not stand as it is, but held that if the exemption provision were expanded by reading in the

à la compétence fondamentale des cours supérieures visées à l'art. 96? — Le régime provincial de frais d'audience est-il constitutionnellement valide? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14), 96 — Court Rules Act, R.S.B.C. 1996, ch. 80 — Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, modifiées par B.C. Reg. 10/96 et B.C. Reg. 75/98 — Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, art. 20-5(1).

Au départ, la présente affaire était un litige de droit de la famille. V et D se disputaient la garde d'un enfant, et la première s'est adressée aux tribunaux pour faire trancher cette question et certaines autres. Pour faire fixer la date du procès, V a dû s'engager d'avance à payer des frais d'audience. Au début du procès, elle a demandé au juge de la dispenser du paiement de ces frais. Le juge a mis cette demande en délibéré jusqu'à la fin du procès. Les parties n'étaient pas représentées par avocat et l'audience a duré 10 jours. Les frais d'audience se sont élevés à quelque 3 600 \$, une somme pratiquement égale au revenu mensuel net de la famille. Après avoir épuisé ses économies pour payer les honoraires d'avocat, V n'avait plus les moyens de payer les frais d'audience.

Au fait de certaines sources appuyant la thèse de l'inconstitutionnalité des frais d'audience, le juge a invité des tierces parties à intervenir et à présenter des observations sur le sujet et il a suspendu l'obligation de V de payer les frais d'audience. La Division de la Colombie-Britannique de l'Association du Barreau canadien (« ABC »), la Trial Lawyers Association of British Columbia (« Trial Lawyers ») et le procureur général de la Colombie-Britannique (la « Province ») sont finalement intervenus.

Les *Supreme Court Rules*, qui étaient en vigueur au moment où la présente affaire a pris naissance, ont été remplacées en 2010 par les *Supreme Court Civil Rules*. La présente contestation de la constitutionnalité des frais d'audience vise tant ceux que fixaient les anciennes Règles que ceux établis dans les nouvelles. Les frais d'audience applicables actuellement passent de zéro pour les trois premiers jours d'audience à 500 \$ par jour du quatrième au dixième jour, puis à 800 \$ pour chaque jour après le dixième. Une dispense des frais d'audience est prévue au par. 20-5(1) des *Supreme Court Civil Rules* si le tribunal conclut qu'une personne est « *impoverished* » (« démunie »). L'exemption en vigueur au moment du procès précisait que le juge pouvait dispenser de tous les frais une personne « *indigent* » (« indigente »).

En l'espèce, le juge du procès a déclaré inconstitutionnelle la disposition relative aux frais d'audience. La Cour d'appel a elle aussi jugé que le régime ne pouvait être maintenu tel quel, mais elle a décidé que, si on élargissait

words “or in need”, it would pass constitutional muster. The Trial Lawyers and CBA appeal the remedy to this Court. The Province cross-appeals on the issue of the constitutionality of the hearing fees.

Held (Rothstein J. dissenting): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Levying hearing fees is a permissible exercise of the Province’s jurisdiction under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*; however, that power is not unlimited. It must be exercised in a manner that is consistent with s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and the requirements that flow by necessary implication from s. 96. Section 96 restricts the legislative competence of provincial legislatures and Parliament; neither level of government can enact legislation that removes part of the core or inherent jurisdiction of the superior courts. The historic task of the superior courts is to resolve disputes between individuals and decide questions of private and public law. Measures that prevent people from coming to the courts to have those issues resolved are at odds with this basic judicial function. Therefore, hearing fees that deny people access to the courts infringe the core jurisdiction of the superior courts and impermissibly impinge on s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

The connection between access to justice and s. 96 is further supported by considerations relating to the rule of law. The s. 96 function and the rule of law are inextricably intertwined. As access to justice is fundamental to the rule of law, it is natural that s. 96 provide some degree of constitutional protection for access to justice. Concerns about the rule of law in this case are not abstract or theoretical. If people cannot bring legitimate issues to court, laws will not be given effect, and the balance between the state’s power to make and enforce laws and the courts’ responsibility to rule on citizen challenges to them may be skewed.

Section 92(14), read in the context of the Constitution as a whole, does not give the provinces the power to administer justice in a way that denies the right of Canadians to access courts of superior jurisdiction. Any

la portée de la disposition accordant l’exemption en considérant qu’elle comporte les mots « *or in need* » (« ou dans le besoin »), cette disposition résisterait à un contrôle de constitutionnalité. Trial Lawyers et l’ABC se pourvoient devant notre Cour à l’encontre de la réparation accordée par la Cour d’appel. Pour sa part, la Province forme un appel incident sur la question de la constitutionnalité des frais d’audience.

Arrêt (le juge Rothstein est dissident) : Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Moldaver et Karakatsanis : La perception de frais d’audience représente un exercice acceptable de la compétence reconnue à la Province par le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, ce pouvoir n’est pas illimité. Il doit être exercé conformément à l’art. 96 de cette loi et aux exigences qui découlent de cet article par déduction nécessaire. L’article 96 a pour effet de restreindre le pouvoir de légiférer des législatures et du Parlement; aucun ordre de gouvernement ne peut édicter de lois qui supprimeraient une partie de la compétence fondamentale ou inhérente des cours supérieures. Ces cours ont toujours eu pour tâche de résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé et de droit public. Des mesures qui empêchent des gens de s’adresser à cette fin aux tribunaux vont à l’encontre de cette fonction fondamentale des cours de justice. Par conséquent, des frais d’audience qui ont pour effet de nier à des gens l’accès aux tribunaux portent atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures et contreviennent de façon inacceptable à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Des considérations relatives à la primauté du droit viennent étayer encore davantage l’existence du lien entre l’accès à la justice et l’art. 96. Le rôle que joue l’art. 96 et la primauté du droit sont inextricablement liés. Puisque l’accès à la justice est essentiel à la primauté du droit, il est naturel que l’art. 96 accorde une certaine protection constitutionnelle à l’accès à la justice. Les inquiétudes concernant la primauté du droit en l’espèce n’ont rien d’abstrait ou de théorique. Si les gens ne sont pas en mesure de saisir les tribunaux de questions légitimes, les lois ne seront pas appliquées, ce qui risque d’altérer l’équilibre entre le pouvoir de l’État de faire et d’appliquer des lois et la responsabilité des tribunaux de statuer sur les contestations de ces lois par des citoyens.

Considéré dans le contexte de l’ensemble de la Constitution, le par. 92(14) ne confère pas aux provinces le pouvoir d’administrer la justice d’une manière qui nie aux Canadiennes et aux Canadiens le droit d’avoir accès

attempt to do so will run afoul of the constitutional protection for the superior courts found in s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

Hearing fees are unconstitutional when they deprive litigants of access to the superior courts. That point is reached when the hearing fees in question cause undue hardship to the litigant who seeks the adjudication of the superior court. A hearing fee scheme that does not exempt impoverished people clearly oversteps the constitutional minimum. But providing exemptions only to the truly impoverished may set the access bar too high. A fee that is so high that it requires litigants who are not impoverished to sacrifice reasonable expenses in order to bring a claim may, absent adequate exemptions, be unconstitutional because it subjects litigants to undue hardship, thereby effectively preventing access to the courts. It is the role of the provincial legislatures to devise a constitutionally compliant hearing fee scheme. But as a general rule, hearing fees must be coupled with an exemption that allows judges to waive the fees for people who cannot, by reason of their financial situation, bring non-frivolous or non-vexatious litigation to court. A hearing fee scheme can include an exemption for the truly impoverished, but the hearing fees must be set at an amount such that anyone who is not impoverished can afford them. Higher fees must be coupled with enough judicial discretion to waive hearing fees in any case where they would effectively prevent access to the courts because they require litigants to forgo reasonable expenses in order to bring claims.

The hearing fee scheme at issue in this case places an undue hardship on litigants and impedes the right of British Columbians to bring legitimate cases to court and is unconstitutional. The current exemptions do not provide sufficient discretion to the trial judge to exempt litigants from having to pay hearing fees in appropriate circumstances.

V is excused from paying the hearing fee. The hearing fee scheme prevents access to the courts in a manner inconsistent with s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and the

aux cours de juridiction supérieure. Toute tentative en ce sens se heurtera à la protection constitutionnelle dont jouissent les cours supérieures en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Des frais sont inconstitutionnels lorsqu'ils privent des plaideurs de l'accès aux cours supérieures. Cette limite est atteinte dans les cas où les frais d'audience en question causent des difficultés excessives à un plaideur qui souhaite s'adresser à la cour supérieure. Un régime de frais d'audience qui ne dispense pas les personnes démunies de l'obligation de payer ces frais outrepassé clairement les limites minimales autorisées par la Constitution. Mais le fait de n'offrir des exemptions qu'aux personnes véritablement démunies pourrait se traduire par un coût d'accès trop élevé. Des frais si considérables qu'ils obligent des plaideurs non démunis à sacrifier des dépenses raisonnables pour présenter une réclamation peuvent, en l'absence d'exemptions adéquates, être inconstitutionnels parce qu'ils causent aux plaideurs des difficultés excessives et, de ce fait, les empêchent effectivement d'avoir accès aux tribunaux. C'est aux législateurs provinciaux qu'il appartient de concevoir des régimes de frais d'audience conformes à la Constitution. Mais, en règle générale, des frais d'audience doivent être assortis d'une exemption habilitant les juges à les écarter dans le cas des personnes qui, en raison de leur situation financière, ne pourraient soumettre aux tribunaux des litiges qui ne sont ni frivoles ni vexatoires. Un régime de frais d'audience peut comporter une exemption en faveur des personnes véritablement démunies, mais ces frais doivent être fixés à un montant tel que toute personne non démunie ait les moyens de les payer. Un régime exigeant le paiement de frais plus élevés doit conférer aux juges un pouvoir discrétionnaire suffisant pour leur permettre d'en dispenser les plaideurs dans tous les cas où ces frais empêcheraient effectivement ces personnes d'avoir accès aux tribunaux parce qu'ils les obligeraient à renoncer à des dépenses raisonnables afin de pouvoir exercer leurs recours.

Le régime de frais d'audience contesté en l'espèce cause des difficultés excessives aux plaideurs de la Colombie-Britannique et il porte atteinte à leur droit d'intenter des recours légitimes devant les tribunaux. Il est inconstitutionnel. Les exemptions actuelles n'accordent pas au juge du procès un pouvoir discrétionnaire suffisant pour dispenser les plaideurs d'avoir à payer les frais d'audience dans les cas qui s'y prêtent.

V est dispensée de payer les frais d'audience. Le régime de frais d'audience empêche l'accès aux tribunaux d'une manière qui contrevient à l'art. 96 de la *Loi*

underlying principle of the rule of law. It therefore falls outside the Province's jurisdiction under s. 92(14) to administer justice.

The proper remedy is to declare the hearing fee scheme as it stands unconstitutional and leave it to the legislature or the Lieutenant Governor in Council to enact new provisions, should they choose to do so. "Reading in" is a remedy sparingly used, and available only where it is clear the legislature, faced with a ruling of unconstitutionality, would have made the change proposed. This condition is not met here. Further, modifying the exemption as suggested might still not cover all litigants who cannot afford the hearing fee and other provisions might be required in order to avoid the onerous or undignified process of proving that one falls within the exception.

Per Cromwell J.: This case can be resolved on administrative law grounds and it is unnecessary to address the broader constitutional issues. There is a common law right of reasonable access to civil justice. This right of reasonable access may only be abrogated by clear statutory language. This common law right is preserved by the *Court Rules Act*. The common law right of access to civil justice allows court fees, but only if there is an exemption to ensure that no person is prevented from making an arguable claim or defence because he or she lacks the resources to carry on the proceeding. This is a flexible standard: whether a person has the ability to pay the fees depends not only on wealth and income, but also on the amount of their reasonable, necessary expenses and the magnitude of the fees. If the hearing fee exemptions cannot be interpreted to ensure that the common law right of access is not defeated, then the fees are *ultra vires* the *Court Rules Act*.

Here, the trial judge found as a fact that the hearing fees are unaffordable and therefore limit access for litigants who do not fall within the exemptions for the indigent and the impoverished. The plain meaning of the exemption, referring to persons who are "impoverished" and "indigent", cannot be interpreted to cover people of modest means who are prevented from having a trial

constitutionnelle de 1867 et au principe fondamental de la primauté du droit. Le régime outrepassé donc la compétence conférée à la Province en matière d'administration de la justice par le par. 92(14).

La réparation convenable consiste à déclarer que, dans sa forme actuelle, le régime de frais d'audience est inconstitutionnel et à laisser à la législature ou au lieutenant-gouverneur en conseil le soin d'édicter de nouvelles dispositions, s'ils décident de le faire. L'« interprétation extensive » est une réparation qui est rarement utilisée et qui ne peut l'être que dans les cas où il est clair que le législateur aux prises avec une déclaration d'inconstitutionnalité aurait apporté la modification proposée. Cette condition n'est pas remplie en l'espèce. En outre, il est même possible que la modification de l'exemption proposée ne permette pas d'englober tous les plaideurs qui n'ont pas les moyens de payer les frais d'audience, et il pourrait être nécessaire d'édicter d'autres dispositions pour éviter à un plaideur la démarche lourde ou humiliante de prouver que l'exception s'applique à lui.

Le juge Cromwell : La présente affaire peut être tranchée sur la base de principes de droit administratif et il n'est pas nécessaire de répondre aux questions constitutionnelles plus générales soulevées. Il existe en common law un droit d'accès raisonnable à la justice civile. Ce droit d'accès raisonnable ne peut être aboli que par des dispositions législatives claires. Ce droit reconnu par la common law est maintenu par la *Court Rules Act*. Le droit d'accès à la justice civile reconnu en common law autorise les frais d'audience, mais seulement s'il existe une exemption faisant en sorte qu'aucun justiciable ne sera empêché de présenter une demande ou une défense soutenable parce qu'il ne dispose pas des ressources nécessaires pour poursuivre l'instance. Il s'agit d'une norme souple : la question de savoir si une personne est en mesure de payer les frais dépend non seulement des biens qu'elle possède et de son revenu, mais également du montant des dépenses raisonnables et nécessaires qu'elle doit assumer, ainsi que de l'ampleur des frais exigés. Si les exemptions relatives aux frais d'audience ne peuvent être interprétées de manière à ne pas faire échec au droit d'accès reconnu en common law, les frais sont *ultra vires* de la *Court Rules Act*.

En l'espèce, le juge du procès a estimé, à titre de conclusion de fait, que les frais d'audience sont inabordables et qu'ils ont en conséquence pour effet de limiter l'accès aux tribunaux dans le cas des plaideurs qui n'entrent pas dans le champ d'application des exemptions visant les indigents et les démunis. Le sens ordinaire de l'exemption — qui fait état des personnes « *impoverished* »

because of the hearing fees. The hearing fees do not meet the common law standard preserved by the *Court Rules Act*. The exemptions under the *Court Rules Act* cannot be interpreted in a way that is consistent with the common law right of access to civil justice which is preserved by the *Court Rules Act*. Thus, the fees are *ultra vires* the regulation-making authority conferred by the *Court Rules Act*.

Per Rothstein J. (dissenting): The British Columbia hearing fee scheme does not offend any constitutional right. There is no express constitutional right to access the civil courts without hearing fees. Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* entrusts the administration of justice in the provinces to provincial legislatures. It is well established that provinces have the power under s. 92(14) to enact laws that prescribe conditions on access to the courts. Legislatures must balance a number of important values, including providing access to courts and ensuring that those same courts are adequately funded. They are accountable to voters for the choices they make. Absent a violation of the *Charter* and within the bounds of their constitutional jurisdiction, provincial legislatures have leeway to make policy decisions regarding the allocation of funding and the recovery of costs.

The hearing fee scheme in this case cannot be struck down on the basis of a novel reading of s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Section 96 protects the core jurisdiction of superior courts that is integral to their operations; however, it does not follow that legislation that places conditions on access to superior courts removes or infringes upon an aspect of their core jurisdiction. This Court has previously established a three-part test for determining whether legislation impermissibly removes an aspect of the core jurisdiction of superior courts. The majority does not apply this test because no aspect of the core jurisdiction of superior courts is removed by legislation that merely places limits on access to superior courts. In the absence of any demonstrated destruction of the core powers of the superior courts, there is no such removal sufficient to find a violation of s. 96. Instead, the majority significantly expands what is meant by the “core jurisdiction” of the superior courts beyond what is contemplated in the text or this Court’s jurisprudence

(« démunies ») et « indigent » (« indigentes ») — ne permet pas de considérer que cette exemption s’applique aux personnes qui disposent de moyens modestes et sont empêchées de s’adresser aux tribunaux en raison des frais d’audience. Les frais d’audience ne respectent pas la norme de common law qui est maintenue par la *Court Rules Act*. On ne peut interpréter les exemptions d’une manière compatible avec le droit d’accès à la justice civile que reconnaît la common law et qui est maintenu par la *Court Rules Act*. Par conséquent, ces frais outrepassent le pouvoir de réglementation conféré par la *Court Rules Act*.

Le juge Rothstein (dissident) : Le régime de frais d’audience de la Colombie-Britannique ne viole aucun droit constitutionnel. La Constitution ne garantit pas expressément aux justiciables un droit d’accès aux tribunaux civils sans qu’ils aient à verser des frais d’audience. Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confie aux assemblées législatives provinciales l’administration de la justice dans la province. Il est bien établi que les provinces possèdent, en vertu du par. 92(14), le pouvoir d’adopter des lois fixant des conditions régissant l’accès aux tribunaux. Les législatures doivent mettre en balance un certain nombre de valeurs importantes, notamment l’accès aux tribunaux et le financement adéquat de ces institutions. Elles doivent rendre compte aux électeurs des choix qu’elles font. Pourvu qu’ils ne violent pas la *Charte* et qu’ils agissent dans les limites de la compétence que leur confère la Constitution, les législateurs provinciaux possèdent la latitude voulue pour prendre des décisions de politique générale concernant l’affectation des deniers publics et la récupération des coûts.

Le régime de frais d’audience contesté en l’espèce ne peut être invalidé sur la base d’une interprétation nouvelle de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’article 96 protège la compétence fondamentale des cours supérieures essentielle à leurs activités; toutefois, il ne s’ensuit pas qu’une loi imposant aux justiciables des conditions d’accès aux cours supérieures a pour effet de retirer à ces tribunaux un aspect de leur compétence fondamentale ou encore de porter atteinte à un tel aspect. La Cour a déjà établi un critère à trois volets permettant de décider si un texte de loi prive de façon inacceptable les cours supérieures d’un aspect de leur compétence fondamentale. Les juges majoritaires n’appliquent pas ce critère, car aucun aspect de la compétence fondamentale des cours supérieures n’est retiré par le texte de loi, lequel ne fait qu’imposer des limites à l’accès aux cours supérieures. Vu l’absence de toute démonstration de la destruction des pouvoirs fondamentaux des cours supérieures, nous ne sommes en présence d’aucun retrait de compétence

on the scope of s. 96. The hearing fees are a financing mechanism and do not go to the very existence of the court as a judicial body or limit the types of powers it may exercise.

The unwritten principle of the rule of law does not support the striking down of legislation otherwise properly within provincial jurisdiction. The majority uses the rule of law to support reading a general constitutional right to access the superior courts into s. 96. Section 96 requires that the existence and core jurisdiction of superior courts be preserved, but this does not necessarily imply the general right of access to superior courts described by the majority. So long as the courts maintain their character as judicial bodies and exercise the core functions of courts, the demands of the Constitution are satisfied. In using an unwritten principle to support expanding the ambit of s. 96 to such an extent, the majority subverts the structure of the Constitution and jeopardizes the primacy of the written text. This purported constitutional right to access the courts circumvents the careful checks and balances built into the structure of the *Charter*. Unlike *Charter* rights, rights read into s. 96 are not subject to s. 1 justification or the s. 33 notwithstanding clause.

This Court has clearly and persuasively cautioned against using the rule of law to strike down legislation. To circumvent this caution, the majority characterizes the rule of law as a limitation on the jurisdiction of provinces under s. 92(14). Dressing the rule of law in division-of-powers clothing does not disguise the fact that the rule of law, an unwritten principle, cannot be used to support striking down the hearing fee scheme. Reading the unwritten principle of the rule of law too broadly would also render many of our written constitutional rights redundant and, in doing so, undermine the delimitation of those rights chosen by our constitutional framers. Provisions such as ss. 11(d) and 24(1) of the *Charter* would be unnecessary if the Constitution already contained a more general right to access superior courts. The rule of law is a vague and fundamentally disputed concept. To rely on

suffisant pour permettre de conclure à une violation de l'art. 96. Les juges majoritaires élargissent plutôt le sens de la notion de « compétence fondamentale » des cours supérieures bien au-delà de ce qu'envisage le texte de l'art. 96 ou la jurisprudence de notre Cour sur la portée de cette disposition. Les frais d'audience constituent un mode de financement, et ils ne touchent pas à l'existence même du tribunal en tant qu'organisme judiciaire, ni ne limitent les types de pouvoirs qu'il peut exercer.

Le principe non écrit de la primauté du droit ne peut être invoqué pour invalider un texte de loi qui relève par ailleurs nettement du pouvoir de légiférer des provinces. S'appuyant sur la primauté du droit, les juges majoritaires considèrent, par voie d'interprétation extensive, que l'art. 96 confère un droit général d'accès aux cours supérieures garanti par la Constitution. Cette disposition requiert que l'existence et la compétence fondamentale des cours supérieures soient protégées, mais cela n'implique pas nécessairement l'existence du droit général d'accès aux cours supérieures décrit par les juges majoritaires. Tant que les cours conservent leur caractère d'organismes judiciaires et qu'elles exercent les fonctions fondamentales relevant des tribunaux, les exigences de la Constitution sont respectées. En invoquant un principe non écrit pour étayer un élargissement aussi grand de la portée de l'art. 96, les juges majoritaires bouleversent la structure de la Constitution et compromettent la primauté du texte écrit. Ce prétendu droit constitutionnel d'accès aux tribunaux élude les délicats mécanismes de poids et de contrepoids intégrés à la structure de la *Charte*. Contrairement aux droits garantis par celle-ci, les droits qui sont considérés faire partie de l'art. 96 par voie d'interprétation extensive ne sont assujettis à aucun processus de justification fondé sur l'article premier de la *Charte* ou à la disposition de dérogation de l'art. 33.

La Cour a formulé une mise en garde claire et convaincante contre le recours à la primauté du droit pour invalider une loi. Afin de contourner cette mise en garde, la majorité qualifie la primauté du droit de limite à la compétence conférée aux provinces par le par. 92(14). Intégrer la primauté du droit à une motivation basée sur le partage des compétences ne change toutefois pas le fait que la primauté du droit, un principe non écrit, ne peut être invoquée pour appuyer l'invalidation du régime de frais d'audience. Donner une interprétation trop large du principe non écrit de la primauté du droit aurait également pour effet de rendre superflu un bon nombre de nos droits constitutionnels écrits et, ce faisant, elle compromettrait ainsi la délimitation de ces droits établie par les rédacteurs de notre Constitution. Des dispositions telles l'al. 11d) et le par. 24(1) de la *Charte* seraient inutiles si

this nebulous principle to invalidate legislation based on its content introduces uncertainty into constitutional law and undermines our system of positive law.

Even if there were a constitutional basis upon which to challenge the British Columbia hearing fee scheme, it would not be unconstitutional. The majority's approach to determining whether hearing fees prevent litigants from accessing the courts overlooks some important contextual considerations. In particular, the majority does not account for measures that offset the burden of hearing fees or eliminate them altogether. When these measures are taken into consideration, there is no indication that the hearing fees at issue would prevent litigants from bringing meritorious legal claims.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Distinguished: *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, rev'g 2005 BCCA 631, 262 D.L.R. (4th) 51; **applied:** *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; **referred to:** *Pleau v. Nova Scotia (Prothonotary)* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, aff'g (1985), 20 D.L.R. (4th) 399; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By Cromwell J.

Referred to: *Polewsky v. Home Hardware Stores Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 600; *Fabrikant v. Canada*, 2014 FCA 89, 459 N.R. 163; *Toronto-Dominion Bank v. Beaton*, 2012 ABQB 125, 534 A.R. 132; *R. v. Lord Chancellor, Ex parte Witham*, [1998] Q.B. 575; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Saleem*, [2000] 4 All E.R. 814; *Katz Group Canada Inc.*

la Constitution garantissait déjà un droit général d'accès aux cours supérieures. La primauté du droit est une notion vague et fondamentalement contestée. S'appuyer sur ce principe nébuleux pour invalider un texte de loi en raison de son contenu introduit de l'incertitude dans le droit constitutionnel et mine notre système de droit positif.

Même s'il existait une assise constitutionnelle permettant de contester le régime de frais d'audience de la Colombie-Britannique, ce régime ne serait pas inconstitutionnel. L'analyse qu'appliquent les juges majoritaires afin de déterminer si les frais d'audience empêchent des plaideurs d'avoir accès aux tribunaux néglige certaines considérations contextuelles importantes. En particulier, les juges majoritaires ne tiennent pas compte des mesures qui permettent soit d'atténuer le fardeau créé par les frais d'audience soit d'éliminer complètement ces frais. Lorsque ces mesures sont prises en considération, rien n'indique que les frais d'audience en cause empêcheraient des plaideurs d'intenter des recours légitimes.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Distinction d'avec l'arrêt : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, inf. 2005 BCCA 631, 262 D.L.R. (4th) 51; **arrêts appliqués :** *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; **arrêts mentionnés :** *Pleau v. Nova Scotia (Prothonotary)* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, conf. (1985), 20 D.L.R. (4th) 399; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Citée par le juge Cromwell

Arrêts mentionnés : *Polewsky c. Home Hardware Stores Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 600; *Fabrikant c. Canada*, 2014 CAF 89 (CanLII); *Toronto-Dominion Bank c. Beaton*, 2012 ABQB 125, 534 A.R. 132; *R. c. Lord Chancellor, Ex parte Witham*, [1998] Q.B. 575; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex p. Saleem*, [2000] 4 All E.R. 814; *Katz Group Canada Inc. c.*

v. Ontario (Health and Long-Term Care), 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810.

By Rothstein J. (dissenting)

OPSEU v. Ontario (Attorney General), [1987] 2 S.C.R. 2; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185; *De Fehr v. De Fehr*, 2001 BCCA 485, 156 B.C.A.C. 240; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch*, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1.

Statutes and Regulations Cited

A Mean to help and speed poor Persons in their Suits (Eng.), 11 Hen. 7, c. 12 [*Statute of Henry VII*].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 7, 11(d), 24(1), 33.
Constitution Act, 1867, ss. 92(14), 96.
Court Rules Act, R.S.B.C. 1996, c. 80.
Employment and Assistance Act, S.B.C. 2002, c. 40.
Employment and Assistance for Persons with Disabilities Act, S.B.C. 2002, c. 41.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, rr. 14-1, 20-5(1), (3), App. C, Sch. 1.
Supreme Court Family Rules, B.C. Reg. 169/2009, App. C, Sch. 1.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90 [rep. 168/2009], App. C, Sch. 1 [rep. & sub. 10/96; *idem* 75/98].

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Chiasson and Garson J.J.A.), 2013 BCCA 65, 43 B.C.L.R. (5th) 217, 334 B.C.A.C. 71, 572 W.A.C. 71, 359 D.L.R. (4th) 524, [2013] 7 W.W.R. 478, 286 C.R.R. (2d) 26, [2013] B.C.J. No. 243 (QL), 2013 CarswellBC 354, setting aside a decision of McEwan J., 2012 BCSC 748, 260 C.R.R. (2d) 1,

Ontario (Santé et Soins de longue durée), 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

SEFPO c. Ontario (Procureur général), [1987] 2 R.C.S. 2; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185; *De Fehr c. De Fehr*, 2001 BCCA 485, 156 B.C.A.C. 240; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Combined Air Mechanical Services Inc. c. Flesch*, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1.

Lois et règlements cités

A Mean to help and speed poor Persons in their Suits (Angl.), 11 Hen. 7, ch. 12 [*Statute of Henry VII*].
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 7, 11d), 24(1), 33.
Court Rules Act, R.S.B.C. 1996, ch. 80.
Employment and Assistance Act, S.B.C. 2002, ch. 40.
Employment and Assistance for Persons with Disabilities Act, S.B.C. 2002, ch. 41.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14), 96.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, art. 14-1, 20-5(1), (3), app. C, ann. 1.
Supreme Court Family Rules, B.C. Reg. 169/2009, app. C, ann. 1.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90 [abr. 168/2009], app. C, ann. 1 [abr. & rempl. 10/96; *idem* 75/98].

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Chiasson et Garson), 2013 BCCA 65, 43 B.C.L.R. (5th) 217, 334 B.C.A.C. 71, 572 W.A.C. 71, 359 D.L.R. (4th) 524, [2013] 7 W.W.R. 478, 286 C.R.R. (2d) 26, [2013] B.C.J. No. 243 (QL), 2013 CarswellBC 354, qui a infirmé une décision du juge McEwan, 2012 BCSC 748, 260

[2012] B.C.J. No. 1016 (QL), 2012 CarswellBC 1485. Appeal allowed and cross-appeal dismissed, Rothstein J. dissenting.

Darrell W. Roberts, Q.C., and Chantelle M. Rajotte, for the appellant/respondent on cross-appeal the Trial Lawyers Association of British Columbia.

Sharon D. Matthews, Q.C., Melina Buckley and Michael Sobkin, for the appellant/respondent on cross-appeal the Canadian Bar Association — British Columbia Branch.

Bryant A. Mackey and J. Gareth Morley, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Alain Préfontaine, for the intervener the Attorney General of Canada.

Rochelle Fox and Padraic Ryan, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Alain Gingras and Dana Pescarus, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Donald Padget, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Joseph J. Arvay, Q.C., Kelly D. Jordan and Tim A. Dickson, for the intervener the Advocates' Society.

Francesca V. Marzari and Kasari Govender, for the intervener the West Coast Women's Legal Education and Action Fund.

Paul Schabas and Cheryl Milne, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

C.R.R. (2d) 1, [2012] B.C.J. No. 1016 (QL), 2012 CarswellBC 1485. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, le juge Rothstein est dissident.

Darrell W. Roberts, c.r., et Chantelle M. Rajotte, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident Trial Lawyers Association of British Columbia.

Sharon D. Matthews, c.r., Melina Buckley et Michael Sobkin, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident l'Association du Barreau canadien — Division de la Colombie-Britannique.

Bryant A. Mackey et J. Gareth Morley, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Alain Préfontaine, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Rochelle Fox et Padraic Ryan, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alain Gingras et Dana Pescarus, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Donald Padget, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Joseph J. Arvay, c.r., Kelly D. Jordan et Tim A. Dickson, pour l'intervenante Advocates' Society.

Francesca V. Marzari et Kasari Govender, pour l'intervenant West Coast Women's Legal Education and Action Fund.

Paul Schabas et Cheryl Milne, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Overview

[1] The issue in this case is whether court hearing fees imposed by the Province of British Columbia that deny some people access to the courts are constitutional. The trial judge, upheld on appeal, held that the legislation imposing the fees was unconstitutional. I agree.

[2] In my view, the fees at issue here violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Although the province can establish hearing fees under its power to administer justice under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, the exercise of that power must also comply with s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which constitutionally protects the core jurisdiction of the superior courts. For the reasons discussed below, the fees impermissibly infringe on that jurisdiction by, in effect, denying some people access to the courts.

II. Facts

[3] This case began as a family action (2009 BCSC 434 (CanLII)). Ms. Vilardell and Mr. Dunham began a relationship in England and came to British Columbia, Canada, with their daughter. The relationship foundered, and the question arose — who should have custody of the child? Ms. Vilardell wanted to return with the child to Spain, her country of origin. Mr. Dunham wanted to keep the child in British Columbia. Ms. Vilardell also claimed an interest in Mr. Dunham's house.

[4] Ms. Vilardell went to court to have these issues resolved. In order to get a trial date, she had to undertake in advance to pay a court hearing fee. At the outset of the trial, Ms. Vilardell asked the

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

LA JUGE EN CHEF —

I. Aperçu

[1] En l'espèce, il s'agit de décider de la constitutionnalité des frais d'audience qu'impose la province de la Colombie-Britannique et qui nient à certaines personnes l'accès aux tribunaux. Le juge de première instance, dont la décision a été confirmée en appel, a conclu que le texte de loi établissant les frais était inconstitutionnel. Je partage son avis.

[2] À mon avis, les frais en cause violent l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que la province puisse imposer des frais d'audience en vertu du pouvoir que lui confère le par. 92(14) de cette même loi en matière d'administration de la justice, elle doit exercer ce pouvoir conformément à l'art. 96, lequel accorde la protection de la Constitution à la compétence fondamentale des cours supérieures. Pour les raisons exposées ci-après, les frais litigieux portent atteinte de façon inacceptable à cette compétence pour le motif que, de par leur effet, ils nient à certaines personnes l'accès aux tribunaux.

II. Faits

[3] Au départ, la présente affaire était un litige de droit de la famille (2009 BCSC 434 (CanLII)). Madame Vilardell et Monsieur Dunham ont amorcé leur relation en Angleterre, puis ils sont venus s'installer en Colombie-Britannique avec leur fille. Leur relation a pris fin et la question suivante s'est posée : Qui devrait avoir la garde de l'enfant? Madame Vilardell voulait retourner avec celle-ci en Espagne, son pays d'origine. Quant à M. Dunham, il souhaitait garder leur fille avec lui en Colombie-Britannique. Madame Vilardell revendiquait également un intérêt dans la demeure de M. Dunham.

[4] Madame Vilardell s'est adressée aux tribunaux pour qu'ils tranchent ces questions. Pour faire fixer la date du procès, elle a dû s'engager d'avance à payer des frais d'audience. Au début du procès,

judge to relieve her from paying the hearing fee. The judge reserved his decision on this request until the end of the trial, so he could address the question of ability to pay after hearing evidence respecting the parties' means, circumstances, and entitlement to property.

[5] The parties were not represented by lawyers, and the hearing took 10 days. The hearing fee amounted to some \$3,600 — almost the net monthly income of the family (2012 BCSC 748, 260 C.R.R. (2d) 1, at para. 396). Ms. Vilardell is not an “impoverished” person in the ordinary sense of the word. She is qualified as a veterinary surgeon in Europe. She was unemployed in the year leading up to the trial; the “family” income appears to have come mainly from her partner. She had some assets, including about \$10,000 in savings in a Canadian bank account, \$10,000 in a Barclays Investment Savings Account in the United Kingdom, and \$4,500 in a registered retirement account in Spain. However, after legal fees had depleted her savings, she could not afford the hearing fee.

[6] Aware that there was some authority for the proposition that hearing fees are unconstitutional (*Pleau v. Nova Scotia (Prothonotary)* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1 (S.C.)), the judge held that the Attorney General should be given an opportunity to intervene on Ms. Vilardell's application. He also invited submissions from the Law Society of British Columbia and the B.C. branch of the Canadian Bar Association. The judge stayed Ms. Vilardell's obligation to pay the hearing fee pending further order.

[7] Ultimately, the B.C. branch of the Canadian Bar Association and the Trial Lawyers Association of British Columbia intervened and challenged the hearing fee scheme as unconstitutional. They argued that people like Ms. Vilardell — possessing some means but not able to pay the hearing fee — have the right to have a court adjudicate their legal

M^{me} Vilardell a demandé au juge de la dispenser du paiement de ces frais. Le juge a mis cette demande en délibéré jusqu'à la fin du procès, afin de pouvoir statuer sur la question de la capacité de payer après avoir entendu la preuve concernant les moyens et la situation des parties, ainsi que leurs droits sur la propriété.

[5] Les parties n'étaient pas représentées par avocat et l'audience a duré 10 jours. Les frais d'audience se sont élevés à quelque 3 600 \$, une somme pratiquement égale au revenu mensuel net de la famille (2012 BCSC 748, 260 C.R.R. (2d) 1, par. 396). Madame Vilardell n'est pas une personne « démunie » (« *impoverished* ») suivant le sens ordinaire de ce mot. Elle est chirurgienne vétérinaire autorisée en Europe. Elle n'avait pas d'emploi durant l'année qui a précédé le procès; il semble que son conjoint était la source principale du revenu « familial ». Elle possédait certains biens, dont environ 10 000 \$ d'épargne dans un compte bancaire canadien, 10 000 \$ dans un compte d'épargne-placement de la Barclays au Royaume-Uni et 4 500 \$ dans un régime d'épargne-retraite en Espagne. Cependant, après avoir épuisé ses économies pour payer les honoraires d'avocat, elle n'avait plus les moyens de payer les frais d'audience.

[6] Au fait de certaines sources appuyant la thèse de l'inconstitutionnalité des frais d'audience (*Pleau c. Nova Scotia (Prothonotary)* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1 (C.S.)), le juge a statué qu'il fallait donner au procureur général la possibilité d'intervenir à l'égard de la demande de M^{me} Vilardell. Il a aussi invité la Law Society of British Columbia et la Division de la Colombie-Britannique de l'Association du Barreau canadien à présenter des observations. Le juge a suspendu l'obligation de M^{me} Vilardell de payer les frais d'audience jusqu'à ce qu'une nouvelle ordonnance soit rendue à cet égard.

[7] La Division de la Colombie-Britannique de l'Association du Barreau canadien et la Trial Lawyers Association of British Columbia sont finalement intervenues pour contester la constitutionnalité du régime de frais d'audience. Elles ont fait valoir que les personnes telle M^{me} Vilardell — qui disposent de certaines ressources, mais ne sont pas

disputes, and that the hearing fee regime in British Columbia essentially denies them that right.

[8] The trial judge ruled that the hearing fee provision was unconstitutional. The Court of Appeal agreed that the scheme could not stand as it is, but held that if the exemption provision were expanded by reading in the words “or in need”, it would pass constitutional muster (2013 BCCA 65, 43 B.C.L.R. (5th) 217). The Trial Lawyers Association of British Columbia and the Canadian Bar Association — British Columbia Branch appeal the remedy to this Court. The Province cross-appeals on the issue of the constitutionality of the hearing fees.

III. The Legislative Regime

[9] The *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, as amended by B.C. Reg. 10/96 and B.C. Reg. 75/98, in place at the time this case began, were enacted as subordinate legislation under the *Court Rules Act*, R.S.B.C. 1996, c. 80. In 2010, the *Supreme Court Rules* were replaced by the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009. The appellants challenge the constitutionality of the hearing fees set out in both rules of court.

[10] The current hearing fees are set out in Schedule 1 of Appendix C of the *Supreme Court Civil Rules* and the *Supreme Court Family Rules*, B.C. Reg. 169/2009. The fees escalate from no fee for the first three days of trial, to \$500 for days four to ten, to \$800 for each day over ten.

[11] Rule 20-5(1) of the *Supreme Court Civil Rules* provides for an exemption from hearing fees:

en mesure de payer les frais d’audience — ont le droit de faire trancher leurs différends par les tribunaux, et que le régime de frais d’audience de la Colombie-Britannique leur nie essentiellement ce droit.

[8] Le juge du procès a déclaré inconstitutionnelle la disposition relative aux frais d’audience. La Cour d’appel a elle aussi jugé que le régime ne pouvait être maintenu tel quel, mais elle a décidé que, si on élargissait la portée de la disposition accordant l’exemption en considérant qu’elle comporte les mots « *or in need* » (« ou dans le besoin »), cette disposition résisterait à un contrôle de constitutionnalité (2013 BCCA 65, 43 B.C.L.R. (5th) 217). La Trial Lawyers Association of British Columbia et l’Association du Barreau canadien — Division de la Colombie-Britannique se pourvoient devant notre Cour à l’encontre de la réparation accordée par la Cour d’appel. Pour sa part, la province forme un appel incident sur la question de la constitutionnalité des frais d’audience.

III. Le régime législatif

[9] Les *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, modifiées par B.C. Reg. 10/96 et B.C. Reg. 75/98, qui étaient en vigueur au moment où la présente affaire a pris naissance, avaient été édictées en tant que mesure législative subordonnée en application de la *Court Rules Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 80. Elles ont été remplacées en 2010 par les *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009. Les appelantes contestent la constitutionnalité des frais d’audience, autant ceux fixés dans les anciennes Règles que ceux établis dans les nouvelles.

[10] Les frais d’audience applicables actuellement se trouvent à l’annexe 1 de l’appendice C des *Supreme Court Civil Rules*, ainsi que dans les *Supreme Court Family Rules*, B.C. Reg. 169/2009. Les frais passent de zéro pour les trois premiers jours d’audience à 500 \$ par jour du quatrième au dixième jour, puis à 800 \$ pour chaque jour après le dixième.

[11] Une dispense des frais d’audience est prévue au par. 20-5(1) des *Supreme Court Civil Rules* :

If the court, on application made in accordance with sub-rule (3) before or after the start of a proceeding, finds that a person receives benefits under the *Employment and Assistance Act* or the *Employment and Assistance for Persons with Disabilities Act* or is otherwise impoverished, the court may order that no fee is payable by the person to the government under Schedule 1 of Appendix C in relation to the proceeding unless the court considers that the claim or defence

- (a) discloses no reasonable claim or defence, as the case may be,
- (b) is scandalous, frivolous or vexatious, or
- (c) is otherwise an abuse of the process of the court.

[12] In B.C., the party that sets a case down for trial (usually the plaintiff) is required to undertake to pay the hearing fee — regardless of whether the trial length is based on that party's estimate or the estimate of the other party or the court.

[13] Applications for the impoverishment exemption are usually spoken to in court, often on an *ex parte* basis. The registry provides the applicant with an application form, a blank affidavit, and a draft order (r. 20-5(3)).

IV. Issues

[14] This appeal raises the following issues:

1. Is B.C.'s hearing fee scheme constitutionally valid?
2. If not, what is the appropriate remedy?

[15] The appellants challenge the Province's hearing fees on a number of grounds, including the rule of law and access to an independent judiciary.

[TRANSLATION]

Si, par suite d'une demande présentée conformément au paragraphe (3) avant ou après le début de l'instance, le tribunal conclut qu'une personne touche des prestations en vertu de la *Employment and Assistance Act* ou de la *Employment and Assistance for Persons with Disabilities Act*, ou que cette personne est autrement démunie, il peut ordonner qu'elle soit dispensée de payer à l'État les frais fixés à l'annexe 1 de l'appendice C pour l'instance, sauf s'il estime que la demande ou la défense

- (a) soit ne renferme pas, selon le cas, de cause d'action ou de moyen raisonnable;
- (b) soit est scandaleuse, frivole ou vexatoire;
- (c) soit constitue, pour un autre motif, un recours abusif au tribunal.

[12] En Colombie-Britannique, la partie qui inscrit une affaire au rôle (généralement le demandeur) doit s'engager à payer les frais d'audience — que l'estimation concernant la durée du procès émane d'elle, de l'autre partie ou encore du tribunal.

[13] Les demandes d'exemption fondées sur l'état de personne démunie sont habituellement présentées de vive voix en salle d'audience et souvent en l'absence de l'autre partie. Le greffe du tribunal remet à l'intéressé un formulaire de demande, un affidavit vierge et un projet d'ordonnance (par. 20-5(3)).

IV. Questions en litige

[14] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Le régime de frais d'audience de la Colombie-Britannique est-il constitutionnellement valide?
2. S'il ne l'est pas, quelle est la réparation convenable?

[15] Les appelantes contestent les frais d'audience imposés par la province en s'appuyant sur un certain nombre de motifs, notamment la primauté du droit et l'accès à une magistrature indépendante.

[16] The Province argues that the hearing fee scheme is a valid exercise of the provincial power over the administration of justice under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*.

[17] The question arises: What, if any, are the limits of the scope of provincial authority over the administration of justice under s. 92(14)? The authority is a wide one, but it must be exercised harmoniously with the core jurisdiction of provincial superior courts protected by s. 96. The issue in this case comes down to whether s. 96 is infringed by legislation that imposes hearing fees that deny some people access to the courts.

V. Analysis

A. *The Province Has the Power to Impose Hearing Fees*

[18] The Province has the power to legislate with respect to the administration of justice under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. This includes the power to charge fees for court services.

[19] Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* provides:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to . . .

. . . .

14. The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of the Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil matters in those Courts.

[20] In *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, this Court said:

The legislature has the power to pass laws in relation to the administration of justice in the province under

[16] De son côté, la province soutient que le régime de frais d'audience découle d'un exercice valable du pouvoir conféré aux provinces en matière d'administration de la justice par le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[17] Cet argument soulève la question suivante : Le pouvoir conféré à la province à l'égard de l'administration de la justice par le par. 92(14) est-il assujéti à certaines limites et, dans l'affirmative, lesquelles? Il s'agit certes d'un vaste pouvoir, mais d'un pouvoir qui doit être exercé en harmonie avec la compétence fondamentale des cours supérieures provinciales que protège l'art. 96. La question qui se pose en l'espèce consiste en définitive à décider si un texte de loi qui impose des frais d'audience niant à certaines personnes l'accès aux tribunaux contrevient à l'art. 96.

V. Analyse

A. *La province a le pouvoir d'imposer des frais d'audience*

[18] En vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la province a le pouvoir de légiférer à l'égard de l'administration de la justice. Ce pouvoir comporte celui d'imposer des frais pour les services des tribunaux.

[19] Voici le texte du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives [à] . . .

. . . .

14. L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux;

[20] Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, notre Cour a affirmé ce qui suit :

Les assemblées législatives ont le pouvoir, en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, d'adopter

s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. This implies the power of the province to impose at least some conditions on how and when people have a right to access the courts. Therefore *B.C.G.E.U.* cannot stand for the proposition that every limit on access to the courts is automatically unconstitutional. [Emphasis added; para. 17.]

[21] Hearing fees fall squarely within the “administration of justice” and may be used to defray some of the cost of administering the justice system, to encourage the efficient use of court resources, and to discourage frivolous or inappropriate use of the courts.

[22] It was argued that *all* hearing fees are unconstitutional; as courts are a “first charge on government”, charging fees for time in court is as offensive to democracy as charging fees for voting. However, this argument is flawed because it focuses on the type of the fee, rather than the real problem — using fees to deny certain people access to the courts. Moreover, the argument raises policy issues relating to how governments should generate revenue and allocate their funds. Hearing fees paid by litigants who *can* afford them may be a justifiable way of making resources available for the justice system and increasing access to justice overall.

[23] I conclude that levying hearing fees is a permissible exercise of the Province’s jurisdiction under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*.

B. *The Provinces’ Power to Impose Hearing Fees Is Not Unlimited*

[24] On its face, s. 92(14) does not limit the powers of the provinces to impose hearing fees. However, that does not mean that the province can impose hearing fees in any fashion it chooses. Its power to impose hearing fees must be consistent with s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and the requirements that flow by necessary implication from s. 96. This

des lois relatives à l’administration de la justice dans la province. Ce pouvoir comporte celui d’imposer à tout le moins certaines conditions quant aux modalités d’accès aux tribunaux. L’arrêt *B.C.G.E.U.* ne permet pas d’affirmer que toute limite à l’accès aux tribunaux est automatiquement inconstitutionnelle. [Je souligne; par. 17.]

[21] Les frais d’audience relèvent nettement de l’« administration de la justice » et ils peuvent servir à payer une partie du coût d’administration du système de justice, à encourager l’utilisation efficiente des ressources judiciaires et à décourager le recours frivole ou inapproprié aux tribunaux.

[22] On a plaidé que *tous* les frais d’audience sont inconstitutionnels; comme les tribunaux sont [TRADUCTION] « une dépense prioritaire de l’État », le fait d’exiger des frais pour le temps d’audience des tribunaux est tout aussi attentatoire envers la démocratie que le serait le fait d’en exiger des personnes qui désirent voter. Toutefois, cet argument présente des failles, car il met l’accent sur le type de frais plutôt que sur le véritable problème : l’utilisation de frais pour nier à certaines personnes l’accès aux tribunaux. De plus, il soulève des considérations de politique générale touchant à la manière dont les gouvernements devraient générer des recettes et affecter leurs fonds. Faire payer des frais d’audience aux plaideurs qui le *peuvent* peut constituer un moyen justifiable de mettre des ressources à la disposition du système de justice et d’accroître globalement l’accès à la justice.

[23] Je conclus que la perception de frais d’audience représente un exercice acceptable de la compétence reconnue à la province par le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

B. *Le pouvoir des provinces d’imposer des frais d’audience n’est pas illimité*

[24] À première vue, le par. 92(14) ne limite pas le pouvoir des provinces d’imposer des frais d’audience. Cependant, cela ne signifie pas qu’elles peuvent en imposer comme bon leur semble. Elles doivent exercer ce pouvoir conformément à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aux exigences qui découlent de cet article par déduction nécessaire.

follows from two related tenets of constitutional interpretation.

[25] First, particular constitutional grants of power must be read together with other grants of power so that the Constitution operates as an internally consistent harmonious whole. Thus s. 92(14) does not operate in isolation. Its ambit must be determined, not only by reference to its bare wording, but with respect to other powers conferred by the Constitution. In this case, this requires us to consider s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

[26] Second, the interpretation of s. 92(14) must be consistent not only with other express terms of the Constitution, but with requirements that “flow by necessary implication from those terms”: *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 66, *per* Major J. As this Court has recently stated, “the Constitution must be interpreted with a view to discerning the structure of government that it seeks to implement. The assumptions that underlie the text and the manner in which the constitutional provisions are intended to interact with one another must inform our interpretation, understanding, and application of the text”: *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704, at para. 26 (emphasis added).

[27] It follows that in determining the power conferred on the province over the administration of justice, including the imposition of hearing fees, by s. 92(14), the Court must consider not only the written words of that provision, but how a particular interpretation fits with other constitutional powers and the assumptions that underlie the text.

[28] In this case, the other constitutional grant of power that must be considered is s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which has been held to guarantee

C’est ce qui ressort de deux préceptes connexes en matière d’interprétation constitutionnelle.

[25] Premièrement, les diverses dispositions constitutionnelles attributives de compétence doivent être interprétées en corrélation avec d’autres dispositions de cette nature pour que la Constitution s’applique comme un tout harmonieux et intrinsèquement cohérent. En conséquence, le par. 92(14) ne s’applique pas isolément. Il faut dégager la portée de cette disposition non pas uniquement en fonction de son seul texte, mais également au regard des autres pouvoirs conférés par la Constitution. En l’espèce, il nous faut donc considérer l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[26] Deuxièmement, l’interprétation donnée au par. 92(14) doit s’accorder non seulement avec les autres dispositions expresses de la Constitution, mais aussi avec les exigences qui « découlent de ces termes par déduction nécessaire » : *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 66, le juge Major. Comme l’a affirmé récemment notre Cour, « la Constitution doit être interprétée de façon à discerner la structure de gouvernement qu’elle vise à mettre en œuvre. Les prémisses qui sous-tendent le texte et la façon dont les dispositions constitutionnelles sont censées interagir les unes avec les autres doivent contribuer à notre interprétation et à notre compréhension du texte, ainsi qu’à son application » : *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704, par. 26 (je souligne).

[27] Il s’ensuit que, pour déterminer l’étendue des pouvoirs conférés par le par. 92(14) à la province en matière d’administration de la justice, notamment celui d’imposer des frais d’audience, la Cour doit étudier non seulement les termes mêmes de cette disposition, mais aussi la manière dont une interprétation donnée cadre avec d’autres pouvoirs constitutionnels et les prémisses qui sous-tendent le texte en question.

[28] Dans la présente affaire, l’autre disposition constitutionnelle attributive de compétence qui doit être prise en compte est l’art. 96 de la *Loi*

the core jurisdiction of provincial superior courts throughout the country.

[29] While s. 92(14) gives the provinces the responsibility for the administration of justice, s. 96 gives the federal government the power to appoint judges to the superior, district and county courts in each province. Taken together, these sections have been held to provide a constitutional basis for a unified judicial presence throughout the country: *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at paras. 11 and 52. Although the bare words of s. 96 refer to the appointment of judges, its broader import is to guarantee the core jurisdiction of provincial superior courts: Parliament and legislatures can create inferior courts and administrative tribunals, but “[t]he jurisdiction which forms this core cannot be removed from the superior courts by either level of government, without amending the Constitution” (*MacMillan Bloedel*, at para. 15). In this way, the Canadian Constitution “confers a special and inalienable status on what have come to be called the ‘section 96 courts’” (*MacMillan Bloedel*, at para. 52).

[30] Section 96 therefore restricts the legislative competence of provincial legislatures and Parliament — neither level of government can enact legislation that abolishes the superior courts or removes part of their core or inherent jurisdiction: *MacMillan Bloedel*, at para. 37; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Provincial Judges Reference*”), at para. 88.

[31] It is not suggested that legislating hearing fees that prevent people from accessing the courts would abolish or destroy the existence of the courts. The question is rather whether legislating hearing fees that prevent people from accessing the courts infringes on the core jurisdiction of the superior courts.

constitutionnelle de 1867, lequel a été interprété comme ayant pour effet de protéger la compétence fondamentale des cours supérieures provinciales partout au pays.

[29] Bien que le par. 92(14) confie aux provinces la responsabilité d’administrer la justice, l’art. 96 attribue au gouvernement fédéral le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province. Considérées ensemble, ces dispositions constituent les assises constitutionnelles d’une présence judiciaire unifiée dans l’ensemble du Canada : *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 11 et 52. Bien que les mots eux-mêmes traitent de la nomination des juges, l’art. 96 a un objectif plus général, qui consiste à protéger la compétence fondamentale des cours supérieures provinciales : le Parlement et les assemblées législatives des provinces peuvent créer des cours inférieures et des tribunaux administratifs, mais « [a]ucun des ordres de gouvernement ne peut retirer à une cour supérieure cette compétence fondamentale, sans que ne soit modifiée la Constitution » (*MacMillan Bloedel*, par. 15). En ce sens, la Constitution canadienne « confère un statut spécial et inaliénable à ce qu’on en est venu à appeler les “cours visées à l’art. 96” » (*MacMillan Bloedel*, par. 52).

[30] L’article 96 a donc pour effet de restreindre le pouvoir de légiférer des législatures et du Parlement — aucun ordre de gouvernement ne pouvant édicter de lois qui aboliraient les cours supérieures ou supprimeraient une partie de leur compétence fondamentale ou inhérente : *MacMillan Bloedel*, par. 37; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* »), par. 88.

[31] Personne ne prétend que le fait d’établir, dans un texte de loi, des frais d’audience qui empêchent des gens d’avoir accès aux tribunaux a pour effet d’abolir les tribunaux ou de les faire disparaître. La question consiste plutôt à se demander si l’édition d’une telle mesure a pour effet de porter atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures.

[32] The historic task of the superior courts is to resolve disputes between individuals and decide questions of private and public law. Measures that prevent people from coming to the courts to have those issues resolved are at odds with this basic judicial function. The resolution of these disputes and resulting determination of issues of private and public law, viewed in the institutional context of the Canadian justice system, are central to what the superior courts do. Indeed, it is their very book of business. To prevent this business being done strikes at the core of the jurisdiction of the superior courts protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. As a result, hearing fees that deny people access to the courts infringe the core jurisdiction of the superior courts.

[33] The jurisprudence under s. 96 supports this conclusion. The cases decided under s. 96 have been concerned either with legislation that purports to transfer an aspect of the core jurisdiction of the superior court to another decision-making body or with privative clauses that would bar judicial review: *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *MacMillan Bloedel*; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220. The thread throughout these cases is that laws may impinge on the core jurisdiction of the superior courts by denying access to the powers traditionally exercised by those courts.

[34] In *Residential Tenancies*, the law at issue unconstitutionally denied access to the superior courts by requiring that a certain class of cases be decided by an administrative tribunal. In *Crevier*, the law at issue unconstitutionally denied access to the superior courts by imposing a privative clause excluding the supervisory jurisdiction of the superior courts. In *MacMillan Bloedel*, the legislation at issue unconstitutionally barred access to the superior courts for a segment of society — young persons — by conferring an exclusive power on youth courts to try youths for contempt in the face of superior courts. This Court, *per* Lamer C.J., relied on *Crevier*,

[32] Les cours supérieures ont toujours eu pour tâche de résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé et de droit public. Des mesures qui empêchent des gens de s'adresser à cette fin aux tribunaux vont à l'encontre de cette fonction fondamentale des cours de justice. Considérées dans le contexte institutionnel du système de justice canadien, la résolution de ces différends et les décisions qui en résultent en matière de droit privé et de droit public sont des aspects centraux des activités des cours supérieures. De fait, les plaideurs constituent l'« achalandage » de ces tribunaux. Empêcher l'exercice de ces activités attaque le cœur même de la compétence des cours supérieures que protège l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, des frais d'audience qui ont pour effet de nier à des gens l'accès aux tribunaux portent atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures.

[33] La jurisprudence relative à l'art. 96 étaye cette conclusion. Ces décisions portaient soit sur des textes de loi censés confier un aspect de la compétence fondamentale de la cour supérieure à un autre organisme décisionnel, soit sur des clauses privatives visant à empêcher le contrôle judiciaire : *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *MacMillan Bloedel*; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. Le dénominateur commun à toutes ces décisions est la possibilité que des lois portent atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures en empêchant certaines personnes de faire appel à elles et aux pouvoirs qu'elles exercent depuis toujours.

[34] Dans l'arrêt *Location résidentielle*, la loi litigieuse niait de manière inconstitutionnelle l'accès aux cours supérieures en exigeant qu'une certaine catégorie d'affaires soient décidées par un tribunal administratif. Dans *Crevier*, la loi contestée niait, encore une fois inconstitutionnellement, l'accès aux cours supérieures en imposant une clause privative qui écartait le pouvoir de surveillance de ces tribunaux. Dans *MacMillan Bloedel*, le texte de loi litigieux refusait inconstitutionnellement à une partie de la population, les jeunes, l'accès aux cours supérieures en conférant aux tribunaux pour adolescents le pouvoir exclusif de juger les

concluding that “[it] establishes . . . that powers which are ‘hallmarks of superior courts’ cannot be removed from those courts” (*MacMillan Bloedel*, at para. 35).

[35] Here, the legislation at issue bars access to the superior courts in yet another way — by imposing hearing fees that prevent some individuals from having their private and public law disputes resolved by the courts of superior jurisdiction — the hallmark of what superior courts exist to do. As in *MacMillan Bloedel*, a segment of society is effectively denied the ability to bring their matter before the superior court.

[36] It follows that the province’s power to impose hearing fees cannot deny people the right to have their disputes resolved in the superior courts. To do so would be to impermissibly impinge on s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Rather, the province’s powers under s. 92(14) must be exercised in a manner that is consistent with the right of individuals to bring their cases to the superior courts and have them resolved there.

[37] This is consistent with the approach adopted by Major J. in *Imperial Tobacco*. The legislation here at issue — the imposition of hearing fees — must conform not only to the express terms of the Constitution, but to the “requirements . . . that flow by necessary implication from those terms” (para. 66). The right of Canadians to access the superior courts flows by necessary implication from the express terms of s. 96 of the *Constitution Act, 1867* as we have seen. It follows that the province does not have the power under s. 92(14) to enact legislation that prevents people from accessing the courts.

adolescents en cas d’outrage commis au cours des audiences d’une cour supérieure. Notre Cour, sous la plume du juge en chef Lamer, a cité *Crevier* et conclue que « [cet arrêt] établit qu’un pouvoir qui constitue une “marque [. . .] distinctive d’une cour supérieure” ne peut être retiré à ce tribunal » (*MacMillan Bloedel*, par. 35).

[35] En l’espèce, la loi litigieuse nie l’accès aux cours supérieures d’une autre façon — à savoir en établissant des frais d’audience qui empêchent certaines personnes de faire trancher leurs différends de droit privé et de droit public par les cours de juridiction supérieure, activité qui constitue la marque distinctive de la raison d’être de ces tribunaux. Tout comme dans *MacMillan Bloedel*, une partie de la population se voit effectivement nier la faculté de soumettre sa cause devant la cour supérieure.

[36] Par conséquent, le pouvoir de la province d’imposer des frais d’audience ne peut être exercé d’une manière qui nie aux gens le droit de faire trancher leurs différends par les cours supérieures. Leur nier ce droit reviendrait à porter atteinte de façon inacceptable à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La province doit plutôt exercer les pouvoirs que lui confère le par. 92(14) d’une manière compatible avec le droit des justiciables de soumettre leurs différends aux cours supérieures pour qu’elles les règlent.

[37] Cette conclusion est conforme à la démarche adoptée par le juge Major dans *Imperial Tobacco*. Le texte de loi en litige dans la présente affaire — qui impose des frais d’audience — doit respecter non seulement les termes exprès de la Constitution, mais également les « exigences [. . .] qui découlent [de ceux-ci] par déduction nécessaire » (par. 66). Comme nous l’avons vu, le droit d’accès des Canadiennes et des Canadiens aux cours supérieures découle par déduction nécessaire des termes exprès de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s’ensuit que la province ne dispose pas, en vertu du par. 92(14), du pouvoir d’adopter des lois qui empêchent les gens de s’adresser aux tribunaux.

[38] While this suffices to resolve the fundamental issue of principle in this appeal, the connection between s. 96 and access to justice is further supported by considerations relating to the rule of law. This Court affirmed that access to the courts is essential to the rule of law in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214. As Dickson C.J. put it, “[t]here cannot be a rule of law without access, otherwise the rule of law is replaced by a rule of men and women who decide who shall and who shall not have access to justice” (p. 230). The Court adopted, at p. 230, the B.C. Court of Appeal’s statement of the law ((1985), 20 D.L.R. (4th) 399, at p. 406):

... access to the courts is under the rule of law one of the foundational pillars protecting the rights and freedoms of our citizens. . . . Any action that interferes with such access by any person or groups of persons will rally the court’s powers to ensure the citizen of his or her day in court. Here, the action causing interference happens to be picketing. As we have already indicated, interference from whatever source falls into the same category. [Emphasis added.]

As stated more recently in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, *per* Karakatsanis J., “without an accessible public forum for the adjudication of disputes, the rule of law is threatened and the development of the common law undermined” (para. 26).

[39] The s. 96 judicial function and the rule of law are inextricably intertwined. As Lamer C.J. stated in *MacMillan Bloedel*, “[i]n the constitutional arrangements passed on to us by the British and recognized by the preamble to the *Constitution Act, 1867*, the provincial superior courts are the foundation of the rule of law itself” (para. 37). The very rationale for the provision is said to be “the maintenance of the rule of law through the protection of the judicial role”: *Provincial Judges Reference*, at para. 88. As access to justice is fundamental to the rule of law, and the rule of law is fostered by the continued existence of the s. 96 courts, it is

[38] Bien que cela soit suffisant pour trancher la question de principe que soulève le présent pourvoi, des considérations relatives à la primauté du droit viennent étayer encore davantage l’existence du lien entre l’art. 96 et l’accès à la justice. Dans *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, notre Cour a confirmé que l’accès aux tribunaux est essentiel à la primauté du droit. Comme l’a dit le juge en chef Dickson, « [i]l ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d’hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice » (p. 230). À la p. 230, la Cour a fait sien l’énoncé du droit formulé par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ((1985), 20 D.L.R. (4th) 399, p. 406) :

... [I]’accès aux tribunaux constitue sous le régime de la primauté du droit, un des piliers de base qui protège les droits et libertés de nos citoyens. [. . .] Du moment qu’une personne ou un groupe fait obstacle à cet accès, le tribunal exercera ses pouvoirs de manière à assurer aux justiciables leur accès au tribunal. En l’occurrence, l’entrave vient du piquetage. Comme nous l’avons déjà souligné, toutes les entraves, peu importe leur origine, tombent dans la même catégorie. [Je souligne.]

Comme l’a souligné tout récemment la juge Karakatsanis dans *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, « en l’absence d’un forum public accessible pour faire trancher les litiges, la primauté du droit est compromise et l’évolution de la common law, freinée » (par. 26).

[39] Le rôle de protection des tribunaux que joue l’art. 96 et la primauté du droit sont inextricablement liés. Comme l’a indiqué le juge en chef Lamer dans l’arrêt *MacMillan Bloedel*, « [s]elon les ententes constitutionnelles qui nous ont été transmises par l’Angleterre et qui sont reconnues dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les cours supérieures provinciales constituent le fondement de la primauté du droit » (par. 37). La raison d’être même de la disposition est, affirme-t-on, « [le] maintien de la primauté du droit par la protection du rôle des tribunaux » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 88. Puisque l’accès

only natural that s. 96 provide some degree of constitutional protection for access to justice.

[40] In the context of legislation which effectively denies people the right to take their cases to court, concerns about the maintenance of the rule of law are not abstract or theoretical. If people cannot challenge government actions in court, individuals cannot hold the state to account — the government will be, or be seen to be, above the law. If people cannot bring legitimate issues to court, the creation and maintenance of positive laws will be hampered, as laws will not be given effect. And the balance between the state's power to make and enforce laws and the courts' responsibility to rule on citizen challenges to them may be skewed: *Christie v. British Columbia (Attorney General)*, 2005 BCCA 631, 262 D.L.R. (4th) 51, at paras. 68-69, *per* Newbury J.A.

[41] This Court's decision in *Christie* does not undermine the proposition that access to the courts is fundamental to our constitutional arrangements. The Court in *Christie* — a case concerning a 7 percent surcharge on legal services — proceeded on the premise of a fundamental right to access the courts, but held that not “every limit on access to the courts is automatically unconstitutional” (para. 17). In the present case, the hearing fee requirement has the potential to bar litigants with legitimate claims from the courts. The tax at issue in *Christie*, on the evidence and arguments adduced, was not shown to have a similar impact.

[42] Nor does the argument that legislatures generally have the right to determine the cost of government services undermine the proposition that laws cannot prevent citizens from accessing the superior courts. (Indeed, the Attorney General does not assert such a proposition.) The right of the province

à la justice est essentiel à la primauté du droit, et que celle-ci est favorisée par le maintien des cours visées à l'art. 96, il est naturel que cet article accorde une certaine protection constitutionnelle à l'accès à la justice.

[40] En présence d'un texte de loi qui nie effectivement à des gens le droit de soumettre leurs différends aux tribunaux, les inquiétudes concernant le maintien de la primauté du droit n'ont rien d'abstrait ou de théorique. Si les gens ne sont pas en mesure de contester en justice les mesures prises par l'État, ils ne peuvent obliger celui-ci à rendre des comptes — l'État serait alors au-dessus des lois ou perçu comme tel. Si les gens ne sont pas en mesure de saisir les tribunaux de questions légitimes, cela gênera la création et le maintien de règles de droit positif, car les lois ne seront pas appliquées. Et cela risquera d'altérer l'équilibre entre le pouvoir de l'État de faire et d'appliquer des lois et la responsabilité des tribunaux de statuer sur les contestations de ces lois par des citoyens : *Christie c. British Columbia (Attorney General)*, 2005 BCCA 631, 262 D.L.R. (4th) 51, par. 68-69, la juge Newbury.

[41] L'arrêt *Christie* de notre Cour n'affaiblit pas la proposition voulant que l'accès aux tribunaux constitue un aspect fondamental de nos arrangements constitutionnels. Dans cet arrêt — qui concernait une surtaxe de 7 pour 100 imposée sur les services juridiques — la Cour est partie du principe qu'il existe un droit fondamental à l'accès aux tribunaux, mais elle a conclu que « [les] limite[s] à l'accès aux tribunaux [ne sont pas toutes] automatiquement inconstitutionnelle[s] » (par. 17). En l'espèce, l'obligation de payer les frais d'audience risque d'empêcher des plaideurs dont les réclamations sont légitimes d'avoir accès aux tribunaux. Au vu de la preuve et des arguments présentés dans *Christie*, il n'a pas été démontré que la taxe en cause dans cette affaire produisait le même effet.

[42] L'argument selon lequel les législatures ont généralement le droit de fixer le coût des services offerts par l'État n'affaiblit pas lui non plus la proposition voulant qu'on ne puisse, par des lois, empêcher les citoyens d'avoir accès aux cours supérieures. (D'ailleurs, le procureur général n'affirme

to impose hearing fees is limited by constitutional constraints. In defining those constraints, the Court does not impermissibly venture into territory that is the exclusive turf of the legislature. Rather, the Court is ensuring that the Constitution is respected.

[43] I conclude that s. 92(14), read in the context of the Constitution as a whole, does not give the provinces the power to administer justice in a way that denies the right of Canadians to access courts of superior jurisdiction. Any attempt to do so will run afoul of the constitutional protection for the superior courts found in s. 96.

C. When Do Hearing Fees Become Unconstitutional?

[44] The remaining question is how to determine when hearing fees deny access to superior courts.

[45] Litigants with ample resources will not be denied access to the superior courts by hearing fees. Even litigants with modest resources are often capable of arranging their finances so that, with reasonable sacrifices, they may access the courts. However, when hearing fees deprive litigants of access to the superior courts, they infringe the basic right of citizens to bring their cases to court. That point is reached when the hearing fees in question cause undue hardship to the litigant who seeks the adjudication of the superior court.

[46] A hearing fee scheme that does not exempt impoverished people clearly oversteps the constitutional minimum — as tacitly recognized by the exemption in the B.C. scheme at issue here. But providing exemptions only to the truly impoverished may set the access bar too high. A fee that is so high that it requires litigants who are not impoverished to sacrifice reasonable expenses in order to bring a claim may, absent adequate exemptions, be unconstitutional because it subjects litigants to undue

rien de tel.) Le droit de la province d'imposer des frais d'audience est limité par des contraintes d'ordre constitutionnel. En définissant ces contraintes, notre Cour ne s'aventure pas de manière inacceptable dans un domaine relevant exclusivement de la législature. Au contraire, elle veille au respect de la Constitution.

[43] Je conclus que, considéré dans le contexte de l'ensemble de la Constitution, le par. 92(14) ne confère pas aux provinces le pouvoir d'administrer la justice d'une manière qui nie aux Canadiennes et aux Canadiens le droit d'avoir accès aux cours de juridiction supérieure. Toute tentative en ce sens se heurtera à la protection constitutionnelle dont jouissent les cours supérieures en vertu de l'art. 96.

C. Dans quels cas des frais d'audience sont-ils inconstitutionnels?

[44] Il reste à décider dans quels cas des frais d'audience nient l'accès aux cours supérieures.

[45] Des frais d'audience ne nient pas aux plaideurs bien nantis l'accès aux cours supérieures. De plus, même des plaideurs disposant de ressources modestes sont souvent capables d'organiser leurs finances de façon à pouvoir, moyennant certains sacrifices raisonnables, avoir accès aux tribunaux. Toutefois, lorsque des frais d'audience privent des plaideurs de l'accès aux cours supérieures, ces frais portent alors atteinte au droit fondamental des citoyens de soumettre leurs différends aux tribunaux. Cette limite est atteinte dans les cas où les frais d'audience en question causent des difficultés excessives à un plaideur qui souhaite s'adresser à la cour supérieure.

[46] Un régime de frais d'audience qui ne dispense pas les personnes démunies de l'obligation de payer ces frais outrepassé clairement les limites minimales autorisées par la Constitution — comme en témoigne tacitement l'exemption prévue par le régime de la Colombie-Britannique contesté en l'espèce. Mais le fait de n'offrir des exemptions qu'aux personnes véritablement démunies pourrait se traduire par un coût d'accès trop élevé. Des frais si considérables qu'ils obligent des plaideurs non

hardship, thereby effectively preventing access to the courts.

[47] Of course, hearing fees that prevent litigants from bringing frivolous or vexatious claims do not offend the Constitution. There is no constitutional right to bring frivolous or vexatious cases, and measures that deter such cases may actually increase efficiency and overall access to justice.

[48] It is the role of the provincial legislatures to devise a constitutionally compliant hearing fee scheme. But as a general rule, hearing fees must be coupled with an exemption that allows judges to waive the fees for people who cannot, by reason of their financial situation, bring non-frivolous or non-vexatious litigation to court. A hearing fee scheme can include an exemption for the truly impoverished, but the hearing fees must be set at an amount such that anyone who is not impoverished can afford them. Higher fees must be coupled with enough judicial discretion to waive hearing fees in any case where they would effectively prevent access to the courts because they require litigants to forgo reasonable expenses in order to bring claims. This is in keeping with a long tradition in the common law of providing exemptions for classes of people who might be prevented from accessing the courts — a tradition that goes back to the *Statute of Henry VII*, 11 Hen. 7, c. 12, of 1495, which provided relief for people who could not afford court fees.

démunis à sacrifier des dépenses raisonnables pour présenter une réclamation peuvent, en l'absence d'exemptions adéquates, être inconstitutionnels parce qu'ils causent aux plaideurs des difficultés excessives et, de ce fait, les empêchent effectivement d'avoir accès aux tribunaux.

[47] Il va de soi que des frais d'audience qui empêchent les plaideurs de présenter des réclamations frivoles ou vexatoires ne portent pas atteinte à la Constitution. Il n'existe aucun droit constitutionnel d'intenter des recours frivoles ou vexatoires, et des mesures qui découragent l'exercice de tels recours peuvent en fait accroître l'efficacité du système judiciaire et améliorer globalement l'accès à la justice.

[48] C'est aux législateurs provinciaux qu'il appartient de concevoir des régimes de frais d'audience conformes à la Constitution. Mais, en règle générale, des frais d'audience doivent être assortis d'une exemption habilitant les juges à les écarter dans le cas des personnes qui, en raison de leur situation financière, ne pourraient soumettre aux tribunaux des litiges qui ne sont ni frivoles ni vexatoires. Un régime de frais d'audience peut comporter une exemption en faveur des personnes véritablement démunies, mais ces frais doivent être fixés à un montant tel que toute personne non démunie ait les moyens de les payer. Un régime exigeant le paiement de frais plus élevés doit conférer aux juges un pouvoir discrétionnaire suffisant pour leur permettre d'en dispenser les plaideurs dans tous les cas où ces frais empêcheraient effectivement ces personnes d'avoir accès aux tribunaux parce qu'ils les obligeraient à renoncer à des dépenses raisonnables afin de pouvoir exercer leurs recours. Ce pouvoir discrétionnaire est conforme à une longue tradition de la common law consistant à exempter des frais judiciaires certaines catégories de personnes susceptibles d'être empêchées de s'adresser aux tribunaux, une tradition qui remonte à la loi intitulée *Statute of Henry VII*, 11 Hen. 7, ch. 12, de 1495, qui dispensait des frais judiciaires les personnes qui n'avaient pas les moyens de les payer.

D. Application to Hearing Fee at Issue

[49] To recap, provinces may impose hearing fees as part of the administration of justice. However, this power does not extend to hearing fees that effectively prevent litigants from accessing the courts because they cannot afford the fees.

[50] On the findings of the trial judge, the hearing fee scheme at issue in this case places an undue hardship on litigants and impedes the right of British Columbians to bring legitimate cases to court.

[51] The trial judge held that the primary purpose of the hearing fee scheme is to provide an incentive for efficient use of court time and a disincentive for lengthy and inefficient trials (para. 309). The secondary purpose of the scheme is to provide sufficient revenue to offset the costs of providing civil justice in Provincial Court Small Claims matters, Supreme Court civil claims, and Supreme Court family claims (paras. 302-7). To put it in other words, the Province's aim is to establish a revenue-neutral trial service.

[52] The trial judge, affirmed by the Court of Appeal, found that B.C.'s hearing fees go beyond these purposes and limit access to courts for litigants who are not indigent or impoverished (and therefore who do not fall under the exemption provision), but for whom the hearing fees are nonetheless unaffordable. This is supported by the evidence. At trial, the appellants filed a report by economist Robert Carson, who used a "Market Basket Measure" ("MBM") developed in 2003 by Human Resources Development Canada to measure poverty. Assuming that the test for the indigency exemption was based on an MBM measure of poverty, he concluded that a significant percentage of the population would not be exempted from hearing fees (because their income is above MBM), but would nonetheless have great difficulty affording the hearing fees for a 10-day trial, like the one in this case, because the fees would

D. Application aux frais d'audience en cause

[49] Pour récapituler, les provinces peuvent exiger des frais d'audience pour les besoins de l'administration de la justice, mais ce pouvoir n'autorise pas des frais d'audience qui empêchent effectivement les plaideurs n'ayant pas les moyens de les payer d'avoir accès aux tribunaux.

[50] Selon les conclusions du juge du procès, le régime de frais d'audience contesté en l'espèce cause des difficultés excessives aux plaideurs de la Colombie-Britannique et porte atteinte à leur droit d'intenter des recours légitimes devant les tribunaux.

[51] Le juge du procès a conclu que le régime de frais d'audience a pour objectif premier d'encourager une utilisation efficiente du temps d'audience et de décourager la tenue de procès longs et inefficaces (par. 309). Son objectif secondaire consiste à produire suffisamment de revenus pour financer la prestation des services liés à la justice civile dans les affaires de petites créances devant la Cour provinciale, ainsi que les poursuites civiles et les affaires de droit de la famille en Cour suprême (par. 302-307). En d'autres termes, la province veut établir des services d'audience neutres sur le plan des revenus.

[52] Le juge du procès a conclu — conclusion qu'a confirmée la Cour d'appel — que les frais d'audience de la Colombie-Britannique vont au-delà de ce qui est requis pour réaliser ces objectifs et limitent l'accès aux tribunaux pour les plaideurs qui ne sont ni indigents ni démunis (et ne sont en conséquence pas visés par la disposition accordant l'exemption), mais qui sont néanmoins incapables de payer ces frais d'audience. Cette conclusion est étayée par la preuve. Au procès, les appelantes ont déposé un rapport préparé par l'économiste Robert Carson, qui a utilisé une « mesure du panier de consommation » (« MPC ») créée en 2003 par Développement des ressources humaines Canada pour mesurer la pauvreté. Appliquant un critère d'exemption pour cause d'indigence basé sur une mesure de pauvreté MPC, M. Carson a estimé qu'un pourcentage appréciable de la population ne serait

equal or exceed any income in excess of MBM. In other words, the effect of the fees is unconstitutional, because for many litigants, bringing a claim would require sacrificing reasonable expenses.

[53] Mr. Carson's summary is as follows:

In 2005 the median after tax income of couples households in B.C., without children, was \$53,468. About 8.7% of couples without children had incomes below MBM which is, in my opinion, a conservative (that is, a relatively low) estimate of the line between poverty and income sufficient to meet people's basic needs. Adding \$15,000 to MBM results in an estimate of 82,500 couples whose incomes were above MBM and therefore, too high to qualify for exemption from hearing fees, using an MBM based test, but still well below the median level. In this group, comprising one couple in five, incomes ranged from \$21,745, the amount required simply to cover basic needs to \$36,745, an amount sufficient to increase average daily expenditures per household member by about \$20 above MBM. At the upper end of the income range in this group, fees for a ten day trial would equal the daily spendable income, in excess of MBM, for almost three months.

Among couples households with children median income was \$68,357 in 2005. MBM for B.C. couples with children was about \$34,750 in that year. About 15% of couples with children had incomes below MBM. Adding \$15,000 to MBM resulted in an estimate of 67,000 couples with relatively low incomes who would not meet an MBM based test for indigence. The addition of \$15,000 to MBM income increased spendable income by about \$11 per day per household member, in couples families with children. The number of couples with incomes exceeding MBM either marginally, or by as much as \$15,000 per year, is about equal to the number of couples with incomes below MBM who could qualify for exemption. In other words, there are at least as many people who

pas exemptée des frais d'audience (du fait que le revenu de ces personnes dépasse la MPC), mais éprouverait tout de même beaucoup de difficulté à payer les frais d'audience d'un procès de 10 jours, comme celui tenu en l'espèce, parce que ces frais seraient égaux ou supérieurs à tout revenu excédant la MPC. Autrement dit, de par leur effet, les frais sont inconstitutionnels parce que, pour bien des plaideurs, le fait d'intenter un recours devant les tribunaux les obligerait à sacrifier des dépenses raisonnables.

[53] Voici le résumé de M. Carson :

[TRADUCTION] En 2005, le revenu médian après impôt des couples sans enfants en Colombie-Britannique s'établissait à 53 468 \$. Environ 8,7 % de ces couples touchaient un revenu inférieur à la MPC, chiffre qui constitue à mon avis une estimation prudente (c'est-à-dire relativement peu élevée) de la limite entre la pauvreté et un revenu suffisant pour répondre aux besoins essentiels d'une personne. Si l'on ajoute 15 000 \$ à la MPC, on peut estimer à 82 500 le nombre de couples dont le revenu était supérieur à la MPC — et donc trop élevé pour que ces couples soient exemptés des frais d'audience selon un critère fondé sur la MPC — mais malgré tout bien inférieur au revenu médian. Dans ce groupe, qui rassemblait un couple sur cinq, les revenus variaient de 21 745 \$, la somme requise pour satisfaire tout juste aux besoins essentiels, et 36 745 \$, une somme suffisante pour permettre d'augmenter d'environ 20 \$ au-dessus de la MPC les dépenses quotidiennes moyennes par membre du ménage. Au haut de cette fourchette de revenus, les frais d'audience d'un procès de dix jours correspondraient au revenu dépensable quotidien excédant la MPC pour une période de presque trois mois.

Le revenu médian des couples avec enfants s'élevait à 68 357 \$ en 2005. La même année, la MPC pour ces couples en Colombie-Britannique était d'environ 34 750 \$. Environ 15 % de ces couples touchaient un revenu inférieur à la MPC. Si l'on ajoute 15 000 \$ à la MPC, on peut estimer à 67 000 le nombre de couples disposant d'un revenu relativement faible et qui ne satisferaient pas à un critère d'indigence fondé sur la MPC. L'ajout de 15 000 \$ à la MPC a pour effet d'augmenter le revenu dépensable d'environ 11 \$ par jour par membre du ménage chez les couples avec enfants. Le nombre de couples dont le revenu dépasse de peu ou d'une somme allant jusqu'à 15 000 \$ par année la MPC est à peu près égal au nombre de couples disposant d'un revenu inférieur à la MPC qui

would not be exempt from fees, but who would be hard pressed to meet the cost of hearing fees, as there are who could claim exemption.

Among female loan [sic] parent families in private households, median income in 2005 was \$33,151. About four in ten such households would meet an MBM based test for indigence. Adding \$15,000 to MBM results in an estimate of 31,600 families with incomes between MBM and \$43,700. About one loan [sic] parent female headed family in four would not meet an MBM based test for indigence but would, at the outside, be able to spend \$12 per day per family member more than MBM. Similar calculations, for loan [sic] parent families headed by males, adds about 7,000 families to those I would consider to be living on modest incomes, with similarly limited ability to bear the costs of hearing fees.

Among single men median pre-tax income in 2005 was \$28,175 and among single women, it was \$22,833. About 28% of all singles had incomes below MBM and about one in five had incomes between MBM and the medians. Medians exceeded MBM by \$12,645 (men) and \$7,300 (women). It is my opinion that among single people in B.C. at least half either would either have to seek indigent status, or would find hearing fees to be a significant barrier to their access to a court.

On the basis of fairly limited information with respect to income distribution and the extent and quality of participation in paid work among First Nations people, recent immigrants and the disabled it is my opinion that people in these groups are certain to be over-represented among those likely to qualify for indigent status, and among those with incomes that are too high to qualify for indigence, but low enough that hearing fees would represent a significant barrier to recourse to a court. [Emphasis added.]

[54] Mr. Carson's evidence was based on the Province's previous hearing fee scheme, in place at the time this case began. However, in my view, it is equally relevant to the current hearing fee regime. Under the current *Supreme Court Civil Rules*, the

pourraient avoir droit à l'exemption. En d'autres mots, il y a au moins autant de gens qui ne seraient pas dispensés des frais, mais qui auraient beaucoup de difficulté à les assumer, que de gens qui pourraient réclamer l'exemption.

En 2005, le revenu médian des familles avec mère seule s'élevait à 33 151 \$. Parmi ces ménages, environ quatre sur dix satisferaient à un critère d'indigence fondé sur la MPC. Si l'on ajoute 15 000 \$ à la MPC, on peut estimer à 31 600 le nombre de familles dont le revenu se situe entre la MPC et 43 700 \$. Environ une famille avec mère seule sur quatre ne satisferait pas à un critère fondé sur la MPC mais serait, à la limite, capable de dépenser 12 \$ de plus que la MPC pour chacun de ses membres. Les mêmes calculs à l'égard des familles avec père seul donnent environ 7 000 familles de plus à celles qui, je considère, vivent avec des revenus modestes, et ces familles additionnelles disposent d'une capacité similaire de supporter le coût des frais d'audience.

En 2005, le revenu médian avant impôt des hommes vivant seuls s'établissait à 28 175 \$ tandis que celui des femmes vivant seules était de 22 833 \$. Environ 28 % de toutes ces personnes touchaient des revenus inférieurs à la MPC et environ une sur cinq touchait des revenus se situant entre la MPC et les revenus médians. Les revenus médians dépassaient la MPC de 12 645 \$ (hommes) et de 7 300 \$ (femmes). À mon avis, au moins la moitié des personnes vivant seules en Colombie-Britannique devraient solliciter le statut d'indigent ou considéreraient que les frais d'audience constituent un obstacle important à leur accès aux tribunaux.

Sur la base des données assez limitées concernant la répartition du revenu ainsi que sur l'étendue et la qualité de la participation au marché du travail des [membres des] Premières Nations, des nouveaux immigrants et des handicapés, je suis d'avis que les membres de ces groupes sont certainement surreprésentés parmi les personnes susceptibles d'être admissibles au statut d'indigent et parmi celles dont les revenus sont d'une part trop élevés pour leur permettre d'obtenir ce statut, mais d'autre part suffisamment bas pour que les frais d'audience représentent un obstacle important à l'accès aux tribunaux. [Je souligne.]

[54] La preuve présentée par M. Carson était basée sur l'ancien régime de frais d'audience de la province, celui en vigueur au moment où la présente affaire a pris naissance. À mon avis, toutefois, cette preuve est tout aussi pertinente à l'égard du régime

fee for a 10-day trial is \$3,500 — almost the same as under the previous *Supreme Court Rules*.

[55] Indeed, the effect of B.C.'s hearing fee scheme is illustrated in this case. Ms. Vilardell is not “impoverished”, and is therefore not caught by the exemption provision. However, the fee for Ms. Vilardell's 10-day trial amounted to her family's net monthly income. This was on top of \$23,000 already spent on lawyer fees. She could not afford the fee. That the fee arbitrarily was imposed only on Ms. Vilardell and escalated with the length of the trial — even though she did not control the length of the trial — worsened her situation.

[56] The Province argues that the exemption provision for impoverished litigants should be interpreted broadly to allow a judge to waive the hearing fees in appropriate cases, thereby avoiding the potentially unconstitutional impact of the scheme. I cannot accept this submission.

[57] The current exemption, cited above, provides an exemption for people receiving benefits under the *Employment and Assistance Act*, S.B.C. 2002, c. 40, and the *Employment and Assistance for Persons with Disabilities Act*, S.B.C. 2002, c. 41, or for persons who are “otherwise impoverished”. The exemption in place at the time of the trial provided that a judge could waive all fees for a person who is “indigent”. I conclude that these exemptions do not provide sufficient discretion to the trial judge to exempt litigants from having to pay hearing fees in appropriate circumstances.

[58] I agree with the view of the trial judge that the plain meaning of the words “impoverished” and “indigent” does not cover people of modest means

de frais d'audience actuel. Selon les *Supreme Court Civil Rules* applicables présentement, les frais exigés pour un procès de 10 jours s'élèvent à 3 500 \$ — soit presque la même somme qu'en vertu des anciennes règles.

[55] De fait, la présente affaire illustre bien l'effet du régime de frais d'audience de la Colombie-Britannique. Madame Vilardell n'est pas « démunie » (« *impoverished* ») et elle n'est donc pas visée par la disposition accordant l'exemption. Cependant, les frais de son procès de 10 jours correspondaient au revenu net mensuel de sa famille et s'ajoutaient aux 23 000 \$ qu'elle avait déjà dépensés en honoraires d'avocat. Elle n'avait pas les moyens de payer les frais en question. Le fait que, arbitrairement, les frais étaient imposés uniquement à M^{me} Vilardell et croissaient en fonction de la durée du procès — même si M^{me} Vilardell n'avait pas d'emprise sur ce facteur — aggravait la situation de cette dernière.

[56] La province préconise une interprétation extensive de l'exemption applicable aux plaideurs démunis, interprétation qui permettrait aux juges d'écarter les frais d'audience dans les cas qui s'y prêtent et éviterait ainsi l'incidence potentiellement inconstitutionnelle du régime. Je ne puis retenir cet argument.

[57] L'exemption actuelle — dont le texte a été reproduit précédemment — dispense du paiement des frais les personnes qui touchent des prestations en vertu de la *Employment and Assistance Act*, S.B.C. 2002, ch. 40, ou de la *Employment and Assistance for Persons with Disabilities Act*, S.B.C. 2002, ch. 41, ainsi que celles qui sont « autrement démunies » (« *otherwise impoverished* »). L'exemption en vigueur au moment du procès précisait que le juge pouvait dispenser de tous les frais une personne « indigente » (« *indigent* »). Je conclus que les exemptions précitées n'accordent pas au juge du procès un pouvoir discrétionnaire suffisant pour dispenser les plaideurs d'avoir à payer les frais d'audience dans les cas qui s'y prêtent.

[58] Je partage l'avis du juge du procès que, dans leur sens ordinaire, les mots « *impoverished* » (« démunie ») et « *indigent* » (« indigent ») n'englobent

who are nonetheless prevented from having a trial because of the hearing fees:

The AGBC . . . reconciles the principle that the courts are meant to be accessible by pointing to the indigency exemption. It is clear, however, that if indigency is not redefined to include those who would otherwise be described as middle class, many will be forced to forego the assertion of their rights and interests in a courtroom for lack of money. I again note that in this particular case the cost of hearing fees for 10 days approached the net income of the family for a month.

. . . The AGBC’s answer dares the courts to redefine indigency — while maintaining the label — in a manner that would bring the whole exercise into disrepute. The courts simply do not engage in calling things what they are not, and could not be enlisted into an executive function by administering a more general form of means test to those who come before them, without compromising the appearance of independence, and the fact of equality before the law, as the TLABC has noted: see para. 180 herein. The “indigency” remedy does not cure this obvious impediment to access to justice. [paras. 396 and 398]

[59] Like the trial judge, I am of the view that the courts must read “impoverished” in its ordinary sense. A judge may waive fees for the very poor, and no one else. As the trial judge noted, while a person who cannot afford a fee of \$100 or \$200 may properly be described as “indigent” or “impoverished”, it is awkward to use these terms to describe a middle class family’s inability to pay a fee that amounts to a month’s net salary. As the trial judge found, there “may be something at odds between the indigency test and the level of the fees” (para. 26).

pas les personnes qui disposent de moyens modestes mais sont néanmoins incapables de s’adresser aux tribunaux en raison des frais d’audience :

[TRADUCTION] Le PG de la C.-B. [. . .] réconcilie [les frais avec] le principe voulant que les tribunaux soient censés être accessibles en soulignant l’existence de l’exemption fondée sur l’indigence. Toutefois, il est évident que, si l’indigence n’est pas redéfinie de manière à viser les personnes qu’on décrit par ailleurs comme la classe moyenne, de nombreux justiciables seront obligés de renoncer à faire valoir leurs droits et leurs intérêts dans une salle d’audience parce qu’ils n’ont pas assez d’argent. En l’espèce, je le rappelle, les frais de 10 jours d’audience correspondaient pratiquement au revenu mensuel net de la famille.

. . . La réponse du PG de la C.-B. met les tribunaux au défi de redéfinir l’indigence — mais en conservant néanmoins cette appellation — d’une manière qui déconsidérerait entièrement l’opération. Les tribunaux n’ont tout simplement pas l’habitude de désigner les choses par ce qu’elles ne sont pas, et ils ne sauraient être mobilisés pour exercer une fonction relevant de l’exécutif en appliquant aux parties qui comparaissent devant eux une forme plus générale de critère de détermination des ressources financières sans compromettre par là la perception d’indépendance de la magistrature et la garantie d’égalité devant la loi, comme l’a fait remarquer la [Trial Lawyers Association of British Columbia] (voir le par. 180 qui précède). La réparation fondée sur le « statut d’indigent » ne supprime pas cet obstacle manifeste à l’accès à la justice. [par. 396 et 398]

[59] À l’instar du juge du procès, j’estime que les tribunaux doivent donner au mot « *impoverished* » (« démunie ») son sens ordinaire. Les juges ne peuvent dispenser du paiement des frais que les personnes très pauvres, et personne d’autre. Comme l’a fait remarquer le juge du procès, bien qu’une personne n’ayant pas les moyens de payer des frais de 100 \$ ou de 200 \$ puisse à juste titre être qualifiée d’« indigente » ou de « démunie », il semble inapproprié d’employer ces mots pour décrire l’incapacité d’une famille de la classe moyenne de payer des frais équivalents à un mois de salaire net. Comme l’a constaté le juge du procès, il [TRADUCTION] « est possible que quelque chose cloche entre le critère d’indigence et le montant des frais » (par. 26).

[60] Other objections to the exemption provision can be raised. Litigants are required to come before the court, explain why they are indigent and beg the court to publicly acknowledge this status and excuse the payment of fees. This is arguably an affront to dignity and imposes a significant burden on the potential litigant of adducing proof of impoverishment — a burden she may be unable or unwilling to assume. This burden may further hamper access to the court. In clear cases of impoverishment, the task may be relatively straightforward. However, if “impoverished” were extended to the large group of additional people that the evidence indicates is prevented from going to court because of the current hearing fees, the task might be much more complex. In such circumstances, there is a practical concern the exemption application itself may contribute to hardship.

[61] The contention that this hearing fee regime promotes proportionality and efficiency by weeding out unmeritorious cases and encouraging shorter trials, thereby actually increasing access to the courts, does not answer the findings of the trial judge that it unconstitutionally prevents access to the courts. Moreover, the trial judge held that it is “dubious” that the hearing fees at issue here increase efficacy and fairness (para. 310). They penalize long trials simply because they are long, and do so by incremental leaps. But long trials are not necessarily inefficient. Prolonged trials may be caused by the nature of the case or the evidence. Litigants in long but efficient trials ought not to be penalized by hearing fees — particularly fees that escalate with the length of the trial.

[62] Moreover, the plaintiff who is required to pay the hearing fee may not control the length or efficiency of the trial — the defendant may be

[60] D’autres objections peuvent être formulées à l’encontre de la disposition accordant l’exemption. Les plaideurs doivent se présenter devant le tribunal, lui expliquer en quoi ils sont indigents et le prier de leur reconnaître publiquement ce statut et de les dispenser du paiement des frais. Il est possible de soutenir que cette disposition porte atteinte à la dignité et impose à un éventuel plaideur le lourd fardeau d’apporter la preuve qu’il est démuné — fardeau dont il n’est peut-être pas capable ou désireux de s’acquitter. Un tel fardeau pourrait réduire encore davantage l’accès aux tribunaux. Dans les cas où une personne est de toute évidence démunie, la tâche peut être relativement simple. Par contre, elle pourrait devenir beaucoup plus complexe si la portée du mot « *impoverished* » (« démuné ») s’étendait au large groupe additionnel de personnes qui, selon la preuve, sont empêchées de s’adresser aux tribunaux par les frais d’audience actuels. Dans de telles circonstances, on craint qu’en pratique la demande d’exemption elle-même puisse ajouter aux difficultés.

[61] La prétention voulant que le régime de frais d’audience favorise la proportionnalité et l’efficacité en écartant les causes sans fondement et en encourageant la tenue de procès plus courts, et que, ce faisant, il accroisse dans les faits l’accès aux tribunaux, ne réfute pas la conclusion du juge du procès selon laquelle le régime empêche de manière inconstitutionnelle le recours aux tribunaux. En outre, de l’avis du juge du procès, l’argument voulant que les frais d’audience en cause accroissent l’efficacité et l’équité est [TRADUCTION] « douteux » (par. 310). Ils pénalisent la tenue de longs procès simplement parce qu’ils sont longs, et ils le font en augmentant par bonds substantiels. Mais un long procès n’est pas nécessairement inefficace. Un procès peut se prolonger en raison soit de la nature de l’instance soit de la preuve. Les parties à des procès longs mais efficaces ne devraient pas être pénalisées en se voyant imposer des frais d’audience — particulièrement des frais qui croissent en fonction de la durée du procès.

[62] Qui plus est, il est possible que le demandeur tenu de payer les frais d’audience n’ait aucune emprise sur la durée du procès ou sur son efficacité;

responsible for prolonging the matter. The ability of the trial judge to make orders for costs against such a defendant does not address the real problem — before being able to set a matter down for trial, the plaintiff must undertake to pay hearing fees that may escalate through no fault of her own. If she cannot afford the prospective fees, she may reasonably conclude that she cannot bring her dispute to the court.

[63] Most fundamentally, unlike cost awards, the imposition of the hearing fees at issue are not dependent on efficiency or the merit of one's claim. The hearing fees imposed by this scheme escalate to \$800 per day after 10 days of trial — the highest price tag in the country — without any relationship to the efficiency of the proceeding. These hearing fees do not promote efficient use of court time; at best they promote *less* use of court time.

[64] I conclude that the hearing fee scheme prevents access to the courts in a manner inconsistent with s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and the underlying principle of the rule of law. It therefore falls outside the Province's jurisdiction under s. 92(14) to administer justice.

VI. What Is the Appropriate Remedy?

[65] This leaves the question of the appropriate remedy. The trial judge struck down the scheme as unconstitutional. The Court of Appeal preferred the remedy of “reading in” the words “or in need” into the exemption provision.

[66] “Reading in” is a remedy sparingly used, and available only where it is clear that the legislature, faced with a ruling of unconstitutionality, would have made the change proposed: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. I am not satisfied that this condition is met here. The legislature or Lieutenant

en effet, le prolongement de l'instance peut être imputable au défendeur. Le pouvoir qu'a le juge du procès de condamner aux dépens un tel défendeur ne résout pas le véritable problème : avant d'être en mesure d'inscrire une affaire au rôle, la partie demanderesse doit s'engager à payer des frais d'audience dont le montant risque d'augmenter sans aucune faute de sa part. Si elle n'a pas les moyens de payer ces frais, elle pourrait raisonnablement conclure qu'il lui est impossible de porter son litige devant le tribunal.

[63] Aspect plus fondamental encore, contrairement à l'adjudication des dépens, les frais d'audience contestés ne sont pas imposés en fonction de l'efficacité de l'instance ou du mérite de la demande. Après 10 jours d'audience, les frais exigés en application de ce régime grimpent à 800 \$ par jour — le montant le plus élevé au Canada — indépendamment de l'efficacité de l'instance. Ces frais d'audience ne favorisent pas une utilisation efficace du temps du tribunal; au mieux ils favorisent une utilisation *moindre* de ce temps.

[64] Je conclus que le régime de frais d'audience empêche l'accès aux tribunaux d'une manière qui contrevient à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et au principe fondamental de la primauté du droit. Cette mesure outrepassé donc la compétence conférée à la province en matière d'administration de la justice par le par. 92(14).

VI. Quelle est la réparation convenable?

[65] Il reste maintenant à déterminer la réparation convenable. Le juge du procès a invalidé le régime pour cause d'inconstitutionnalité. La Cour d'appel a préféré considérer, par voie d'« interprétation extensive », que la disposition accordant l'exemption comporte les mots « *or in need* » (« ou dans le besoin »).

[66] L'interprétation extensive est une réparation qui est rarement utilisée et qui ne peut l'être que dans les cas où il est clair que le législateur aux prises avec une déclaration d'inconstitutionnalité aurait apporté la modification proposée : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. Je ne suis pas convaincue que

Governor in Council has a number of options, from abandoning or modifying the hearing fee to changing the exemption provision. Moreover, any expansion of the exemption provision will be at odds with the legislative objective of deterring use of the courts. “Reading in” to cure the constitutional defect of the hearing fee scheme would defeat the purpose of the legislation.

[67] I would also note that modifying the exemption as suggested by the Court of Appeal might still not cure the problem; it is not clear that the term “or in need” will cover all litigants who cannot afford the hearing fee, and other provisions might be required in order to avoid the onerous or undignified process of proving that one falls within the exception.

[68] The proper remedy is to declare the hearing fee scheme as it stands unconstitutional and leave it to the legislature or the Lieutenant Governor in Council to enact new provisions, should they choose to do so.

VII. Conclusion

[69] The appeal is allowed and the cross-appeal is dismissed, both without costs. I would affirm the declaration of unconstitutionality of the trial judge and set aside the order of the Court of Appeal expanding the exemption provision. Ms. Vilardell is excused from paying the hearing fee.

The following are the reasons delivered by

[70] CROMWELL J. — I prefer to resolve this case on administrative law grounds and find that it is

cette condition est remplie en l’espèce. Dans la présente affaire, la législature ou le lieutenant-gouverneur en conseil disposent d’un certain nombre de solutions : abandon ou modification des frais d’audience, ou encore modification de la disposition accordant l’exemption. En outre, tout élargissement de la portée de cette disposition serait incompatible avec l’objectif du législateur qui consiste à décourager le recours aux tribunaux. Appliquer une « interprétation extensive » pour corriger l’inconstitutionnalité du régime de frais d’audience irait à l’encontre de cet objectif.

[67] Je tiens également à souligner qu’il est même possible que la modification de l’exemption proposée par la Cour d’appel ne permette pas de remédier au problème. En effet, il n’est pas certain que l’expression « *or in need* » (« dans le besoin ») permettrait d’englober tous les plaideurs qui n’ont pas les moyens de payer les frais d’audience, et il pourrait être nécessaire d’édicter d’autres dispositions pour éviter à un plaideur la démarche lourde ou humiliante de prouver que l’exception s’applique à lui.

[68] La réparation convenable consiste à déclarer que, dans sa forme actuelle, le régime de frais d’audience est inconstitutionnel et à laisser à la législature ou au lieutenant-gouverneur en conseil le soin d’édicter de nouvelles dispositions, s’ils décident de le faire.

VII. Conclusion

[69] Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté, sans dépens dans les deux cas. Je confirmerais la déclaration d’inconstitutionnalité prononcée par le juge du procès et j’annulerais l’ordonnance de la Cour d’appel élargissant la portée de la disposition accordant l’exemption. Madame Vilardell est dispensée de payer les frais d’audience.

Version française des motifs rendus par

[70] LE JUGE CROMWELL — Je préfère trancher la présente affaire sur la base de principes de droit

unnecessary to address the broader constitutional issues raised by the appellants. The submissions made by the Attorney General of British Columbia in my view make it desirable to follow this narrower route to the resolution of the appeal.

[71] First, the Attorney General concedes that there is a common law right of reasonable access to civil justice: R.F., at para. 10. I agree. Courts in Canada and the United Kingdom have recognized the existence of this right: *Polewsky v. Home Hardware Stores Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 600 (S.C.J.), at para. 60, *Fabrikant v. Canada*, 2014 FCA 89, 459 N.R. 163, at para. 7, *Toronto-Dominion Bank v. Beaton*, 2012 ABQB 125, 534 A.R. 132, at paras. 17-20; in the United Kingdom, see *R. v. Lord Chancellor, Ex parte Witham*, [1998] Q.B. 575, at p. 585, *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Saleem*, [2000] 4 All E.R. 814 (C.A.), at p. 820.

[72] It is widely accepted, and the Attorney General agrees, that this right of reasonable access may only be abrogated by clear statutory language: *Polewsky*, at para. 60; *Witham*, at p. 585; *Saleem*, at p. 821. The Attorney General does not suggest that there is any such clear language in the *Court Rules Act*, R.S.B.C. 1996, c. 80. On the contrary, the Attorney General's position is that this common law right is *preserved* by the Act: R.F., at para. 10.

[73] The Attorney General also rightly points out that since the hearing fees in dispute here are found in subordinate legislation made under the authority of the *Court Rules Act*, they should be reviewed for consistency with the Act. As I have said, the Attorney General's position, which I accept, is that the right is preserved, not abrogated by the Act: R.F., at paras. 10 and 12. It follows, as the Attorney General submits, that subordinate legislation purportedly adopted pursuant to the *Court Rules Act* which is inconsistent with the common law right of access to civil justice is *ultra vires*: *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and*

administratif et je conclus qu'il n'est pas nécessaire de répondre aux questions constitutionnelles plus générales soulevées par les appelantes. Compte tenu des observations présentées par le procureur général de la Colombie-Britannique, il est à mon avis préférable d'emprunter cette voie plus étroite pour résoudre le pourvoi.

[71] Premièrement, le procureur général concède qu'il existe en common law un droit d'accès raisonnable à la justice civile : m.i., par. 10. Je suis d'accord. Les tribunaux du Canada et du Royaume-Uni ont reconnu l'existence de ce droit : *Polewsky c. Home Hardware Stores Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 600 (C.S.J.), par. 60, *Fabrikant c. Canada*, 2014 CAF 89 (CanLII), par. 7, *Toronto-Dominion Bank c. Beaton*, 2012 ABQB 125, 534 A.R. 132, par. 17-20; au Royaume-Uni, voir *R. c. Lord Chancellor, Ex parte Witham*, [1998] Q.B. 575, p. 585, *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex p. Saleem*, [2000] 4 All E.R. 814 (C.A.), p. 820.

[72] Il est largement admis — point que reconnaît le procureur général — que ce droit d'accès raisonnable ne peut être aboli que par des dispositions législatives claires : *Polewsky*, par. 60; *Witham*, p. 585; *Saleem*, p. 821. Le procureur général ne prétend pas que de telles dispositions existent dans la *Court Rules Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 80. Au contraire, il fait valoir que ce droit reconnu par la common law est *maintenu* par cette loi : m.i., par. 10.

[73] En outre, le procureur général souligne à juste titre que, comme les frais d'audience en litige sont prévus par un texte législatif subordonné pris en application de la *Court Rules Act*, il faut vérifier la compatibilité de ces frais avec la Loi. Comme je l'ai indiqué plus tôt, le procureur général plaide — position à laquelle je souscris — que le droit en cause est maintenu, et non aboli par la Loi : m.i., par. 10 et 12. Il s'ensuit, comme le soutient le procureur général, qu'un texte législatif subordonné apparemment fondé sur la *Court Rules Act* et incompatible avec le droit d'accès à la justice civile reconnu par la common law est en conséquence

Long-Term Care), 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810, at para. 24.

[74] The Attorney General submits, and I agree, that the common law right of access to civil justice allows court fees, but only if there is an exemption to ensure that no person is prevented from making an arguable claim or defence because he or she lacks the resources to carry on the proceeding: R.F., at para. 71. This is a flexible standard: whether a person has the ability to pay the fees depends not only on wealth and income, but also on the amount of their reasonable, necessary expenses and the magnitude of the fees: *ibid.*, at para. 72.

[75] Finally, the Attorney General submits, again in my view correctly, that if the hearing fee exemptions cannot be interpreted to ensure that the common law right of access is not defeated, then the fees are *ultra vires* the *Court Rules Act*: R.F., at para. 47.

[76] The trial judge found as a fact that the hearing fees are unaffordable and therefore limit access for litigants who do not fall within the exemptions for the indigent and the impoverished. This finding and the evidentiary basis for it are reviewed in the Chief Justice's reasons, at paras. 52-55. Like the Chief Justice, I accept this key factual conclusion of the trial judge. It follows that the issue then becomes whether the exemptions under the *Court Rules Act* can be interpreted so that they are consistent with the common law right of access to civil justice, which is preserved, as the Attorney General submits, by the *Court Rules Act*.

[77] On that question, I agree with the Chief Justice and the trial judge: the plain meaning of the exemption, referring to persons who are "impoverished" and "indigent", cannot be interpreted to cover people of modest means who are prevented from

ultra vires: *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810, par. 24.

[74] Le procureur général prétend, avis que je partage, que le droit d'accès à la justice civile reconnu en common law autorise les frais d'audience, mais seulement s'il existe une exemption faisant en sorte qu'aucun justiciable ne sera empêché de présenter une demande ou une défense soutenable parce qu'il ne dispose pas des ressources nécessaires pour poursuivre l'instance : m.i., par. 71. Il s'agit d'une norme souple : la question de savoir si une personne est en mesure de payer les frais dépend non seulement des biens qu'elle possède et de son revenu, mais également du montant des dépenses raisonnables et nécessaires qu'elle doit assumer, ainsi que de l'ampleur des frais exigés : *ibid.*, par. 72.

[75] Enfin, le procureur général soutient, encore une fois à juste titre selon moi, que si les exemptions relatives aux frais d'audience ne peuvent être interprétées de manière à ne pas faire échec au droit d'accès reconnu en common law, les frais sont *ultra vires* de la *Court Rules Act* : m.i., par. 47.

[76] Le juge du procès a estimé, à titre de conclusion de fait, que les frais d'audience sont inabornables et qu'ils ont en conséquence pour effet de limiter l'accès aux tribunaux dans le cas des plaideurs qui n'entrent pas dans le champ d'application des exemptions visant les indigents et les démunis. Cette conclusion et la preuve sur laquelle elle repose sont examinées dans les motifs de la Juge en chef, aux par. 52-55. À l'instar de la Juge en chef, j'accepte cette conclusion factuelle déterminante du juge du procès. Il s'agit donc maintenant d'interpréter les exemptions prévues par la *Court Rules Act* afin de décider si elles sont compatibles avec le droit d'accès à la justice civile que reconnaît la common law et qui, comme l'affirme le procureur général, est maintenu par cette loi.

[77] Je partage l'avis de la Juge en chef et du juge du procès sur cette question; le sens ordinaire de l'exemption — qui fait état des personnes « *impoverished* » (« démunies ») et « *indigent* » (« indigentes ») — ne permet pas de considérer que cette

having a trial because of the hearing fees: trial judge's reasons, 2012 BCSC 748, 260 C.R.R. (2d) 1, at paras. 396-98; reasons of the Chief Justice, at para. 61.

[78] In summary, the hearing fees do not meet the common law standard which the Attorney General correctly accepts is preserved by the *Court Rules Act*. The exemption cannot be interpreted in a way that would do so. It follows, in accordance with the Attorney General's submissions, that the fees are *ultra vires* the regulation-making authority conferred by the *Court Rules Act*.

[79] I would therefore allow the appeal, dismiss the cross-appeal, set aside the order of the Court of Appeal and in its place declare that the hearing fees are *ultra vires* the *Court Rules Act*. Ms. Vilardell does not have to pay the hearing fee. It is not necessary for me to answer the constitutional question. I would make no order as to costs.

The following are the reasons delivered by

[80] ROTHSTEIN J. (dissenting) — Courts do not have free range to micromanage the policy choices of governments acting within the sphere of their constitutional powers. This appeal concerns the constitutionality of a hearing fee scheme contained in the British Columbia *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, to encourage the efficient use of courtroom time in civil courts and to recoup some of the costs for the provision of such time. The appellants submit that the imposition of hearing fees is unconstitutional. The majority finds that the hearing fees *do* fall within the powers of a province to make laws in relation to the administration of justice in the province but that they are nevertheless unconstitutional when they cause undue hardship to some litigants and effectively prevent their access to courts. In the majority's view, s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, supported by the rule of law, provides a general right to access the courts. They

exemption s'applique aux personnes qui disposent de moyens modestes et sont empêchées de s'adresser aux tribunaux en raison des frais d'audience : motifs du juge du procès, 2012 BCSC 748, 260 C.R.R. (2d) 1, par. 396-398; motifs de la Juge en chef, par. 61.

[78] En résumé, les frais d'audience ne respectent pas la norme de common law qui, comme le reconnaît à juste titre le procureur général, est maintenue par la *Court Rules Act*. L'exemption ne peut être interprétée d'une manière qui permette de satisfaire à cette norme. Par conséquent, comme le prétend le procureur général, ces frais outrepassent le pouvoir de réglementation conféré par la *Court Rules Act*.

[79] En conséquence, j'accueillerais le pourvoi, je rejetterais le pourvoi incident, j'annulerais l'ordonnance de la Cour d'appel et je déclarerais plutôt que les frais d'audience sont *ultra vires* de la *Court Rules Act*. Madame Vilardell n'est pas tenue de payer les frais d'audience. Il n'est pas nécessaire que je réponde à la question constitutionnelle. Je ne rendrais aucune ordonnance concernant les dépens.

Version française des motifs rendus par

[80] LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) — Les tribunaux ne sont pas libres de « microgérer » les décisions de politique générale prises par les gouvernements dans les limites des pouvoirs que leur reconnaît la Constitution. Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité d'un régime de frais d'audience établi par les *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, de la Colombie-Britannique pour encourager l'utilisation efficiente du temps d'audience des tribunaux civils et récupérer une partie des frais engagés pour fournir ce temps. Les appelantes prétendent que le fait d'exiger des frais d'audience est inconstitutionnel. Les juges majoritaires concluent que de tels frais relèvent *concrètement* du pouvoir des provinces d'adopter des lois relatives à l'administration de la justice dans la province, mais qu'ils sont néanmoins inconstitutionnels lorsqu'ils causent à certains plaignants des difficultés excessives et les empêchent

find that this right is undermined by hearing fees that Canadians cannot afford.

[81] In my respectful view, the British Columbia hearing fee scheme does not offend any constitutional right. The majority must base its finding on an overly broad reading of s. 96, with support from the unwritten constitutional principle of the rule of law, because there is no express constitutional right to access the civil courts without hearing fees.

[82] In engaging, on professed constitutional grounds, the question of the affordability of government services to Canadians, the majority enters territory that is quintessentially that of the legislature. The majority looks at the question solely from the point of view of the party to litigation required to undertake to pay the hearing fee. It does not consider, and has no basis or evidence upon which to consider, the questions of the financing of court services or the impact of reduced revenues from reducing, abolishing, or expanding the exemption from paying hearing fees. Courts must respect the role and policy choices of democratically elected legislators. In the absence of a violation of a clear constitutional provision, the judiciary should defer to the policy choices of the government and legislature. How will the government deal with reduced revenues from hearing fees? Should it reduce the provision of court services? Should it reduce the provision of other government services? Should it raise taxes? Should it incur debt? These are all questions that are relevant but that the Court is not equipped to answer. I respectfully dissent.

effectivement d'avoir accès aux tribunaux. De l'avis des juges majoritaires, l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, étayé par la primauté du droit, établit un droit général d'accès aux tribunaux. Ils estiment que le fait d'exiger des Canadiennes et Canadiens des frais d'audience qu'ils n'ont pas les moyens de payer porte atteinte à ce droit.

[81] À mon humble avis, le régime de frais d'audience de la Colombie-Britannique ne viole aucun droit constitutionnel. Parce que la Constitution ne garantit pas expressément aux justiciables un droit d'accès aux tribunaux civils sans qu'ils aient à verser des frais d'audience, la majorité est obligée de fonder sa conclusion sur une interprétation trop extensive de l'art. 96 et d'invoquer le principe constitutionnel non écrit de la primauté du droit.

[82] En examinant, sur la base de motifs présentés comme constitutionnels, la question du caractère abordable de services gouvernementaux offerts aux Canadiennes et Canadiens, les juges majoritaires s'aventurent sur un terrain qui relève par essence des législateurs provinciaux. Ils considèrent cette question uniquement du point de vue du plaideur qui doit s'engager à payer les frais d'audience. Ils ne prennent pas en compte — et ne disposent d'ailleurs d'aucune assise ou preuve pour le faire — la question du financement des services judiciaires ou l'incidence de la baisse des recettes qui résulterait de la réduction ou de l'abolition des frais d'audience, ou encore de l'élargissement de l'exemption du paiement de ces frais. Les tribunaux doivent respecter le rôle et les choix de politique générale des législateurs démocratiquement élus. En l'absence de violation d'une disposition constitutionnelle claire, les tribunaux devraient s'en remettre aux décisions de politique générale du gouvernement et de la legislature. Comment le gouvernement composera-t-il avec la réduction des revenus tirés des frais d'audience? Devrait-il offrir moins de services judiciaires? Devrait-il réduire la prestation d'autres services judiciaires? Devrait-il augmenter les impôts? Devrait-il emprunter? Toutes ces questions sont pertinentes, mais notre Cour n'est pas outillée pour y répondre. Avec égards pour l'opinion contraire, je dois exprimer ma dissidence.

I. Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867*

[83] Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* entrusts the administration of justice in the provinces to provincial legislatures. Legislatures must balance a number of important values, including providing access to courts and ensuring that those same courts are adequately funded. They are accountable to voters for the choices they make. In a constitutional democracy such as ours, courts must be wary of subverting democracy and its accountability mechanisms beneath an overly expansive vision of constitutionalism.

[84] In *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, Beetz J. stated that unlike in a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* case,

in a distribution of powers case, once it is demonstrated that the enacting legislature is competent, the balancing of conflicting values depends on the political judgment of such legislature and cannot be reviewed by the courts without their passing upon the wisdom of the legislation. [p. 56]

Accordingly, absent a violation of the *Charter* and within the bounds of their constitutional jurisdiction, provincial legislatures have leeway to make policy decisions regarding the allocation of funding and the recovery of costs.

[85] In this appeal, the majority do not dispute that the provinces are competent to prescribe hearing fees under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. Yet they nevertheless proceed to assess whether the hearing fees infringe a general right to access the courts, a right derived from an overly expansive understanding of both s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and the unwritten principle of the rule of law. In my view, this inquiry unduly enlarges the role of courts and hampers the ability of legislatures to respond to complex legislative challenges.

I. Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*

[83] Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confie aux assemblées législatives provinciales l'administration de la justice dans la province. Les législatures doivent mettre en balance un certain nombre de valeurs importantes, notamment l'accès aux tribunaux et le financement adéquat de ces institutions. Elles doivent rendre compte aux électeurs des choix qu'elles font. Dans une démocratie constitutionnelle comme la nôtre, les tribunaux doivent se garder de porter atteinte à la démocratie et à ses mécanismes de reddition de compte en invoquant une vision trop extensive du constitutionnalisme.

[84] Dans l'arrêt *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, le juge Beetz a affirmé que, à la différence d'une affaire fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*,

dans une affaire de partage des pouvoirs, lorsqu'on a démontré que le législateur a agi dans les limites de sa compétence, l'établissement de l'équilibre entre des valeurs contradictoires repose sur le jugement politique de ce législateur et ne peut pas être révisé par les tribunaux sans qu'ils examinent la sagesse de la mesure législative. [p. 56]

Par conséquent, pourvu qu'ils ne violent pas la *Charte* et qu'ils agissent dans les limites de la compétence que leur confère la Constitution, les législateurs provinciaux possèdent la latitude voulue pour prendre des décisions de politique générale concernant l'affectation des deniers publics et la récupération des coûts.

[85] Dans le présent pourvoi, bien que les juges majoritaires ne contestent pas l'existence du pouvoir des provinces d'imposer des frais d'audience en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ils se demandent néanmoins si les frais d'audience portent atteinte à un droit général d'accès aux tribunaux, droit qu'ils tirent d'une conception trop extensive à la fois de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et du principe non écrit de la primauté du droit. À mon avis, une telle analyse élargit indûment le rôle des tribunaux et limite la capacité des législatures de relever des défis législatifs complexes.

[86] I therefore take exception to the majority striking down the British Columbia hearing fee scheme on a novel reading of s. 96 and the rule of law. On the contrary, it is well established that provinces have the power under s. 92(14) to enact laws that prescribe conditions on access to the courts. In *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, this Court expressly held:

The legislature has the power to pass laws in relation to the administration of justice in the province under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. This implies the power of the province to impose at least some conditions on how and when people have a right to access the courts. [Emphasis added; para. 17.]

[87] This is not to deny that universal, free (or at least affordable) access to courts is a laudable goal; it is merely to say that s. 96 and the unwritten principle of the rule of law cannot be used to force provincial governments to expend funds or forgo cost recovery to bring this goal to fruition. As this Court recently found, “the allocation of resources between competing priorities remains a policy and economic question; it is a political decision and the legislature and the executive are accountable to the people for it” (*Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 43, *per* Karakatsanis J.).

II. Section 96 of the Constitution Act, 1867

[88] The majority states that s. 96 of the *Constitution Act, 1867* limits the power of the provinces to administer justice under s. 92(14). It is true that s. 96 protects the core jurisdiction of superior courts that is integral to their operations. In *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, this Court stated:

Destroying part of the core jurisdiction would be tantamount to abolishing the superior courts of general

[86] En conséquence, je ne saurais souscrire à la décision des juges majoritaires d’invalider le régime de frais d’audience de la Colombie-Britannique sur la base d’une interprétation nouvelle de l’art. 96 et de la primauté du droit. Au contraire, il est bien établi que les provinces possèdent, en vertu du par. 92(14), le pouvoir d’adopter des lois fixant des conditions régissant l’accès aux tribunaux. Dans *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, notre Cour a expressément conclu en ce sens :

Les assemblées législatives ont le pouvoir, en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, d’adopter des lois relatives à l’administration de la justice dans la province. Ce pouvoir comporte celui d’imposer à tout le moins certaines conditions quant aux modalités d’accès aux tribunaux. [Je souligne; par. 17.]

[87] Cela ne signifie pas que l’accès universel et gratuit (ou à tout le moins abordable) aux tribunaux ne constitue pas un objectif louable, mais simplement qu’on ne peut invoquer l’art. 96 et le principe non écrit de la primauté du droit pour forcer les gouvernements provinciaux soit à déboursier des fonds, soit à renoncer à récupérer certains frais pour réaliser cet objectif. Comme l’a récemment conclu notre Cour, « l’affectation des ressources en fonction de priorités concurrentes relève de la politique et de l’économie; cette mesure ressortit au législatif et à l’exécutif, qui en sont responsables vis-à-vis de la population » (*Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 43, la juge Karakatsanis).

II. L’article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

[88] Les juges majoritaires affirment que l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* limite le pouvoir que confère aux provinces le par. 92(14) en matière d’administration de la justice. Il est vrai que l’art. 96 protège la compétence fondamentale des cours supérieures essentielle à leurs activités. Dans l’arrêt *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, notre Cour a affirmé ce qui suit :

Détruire une partie de la compétence fondamentale reviendrait à abolir les cours supérieures de juridiction

jurisdiction, which is impermissible without constitutional amendment. [para. 37, *per Lamer C.J.*]

[89] However, it does not follow that legislation that places conditions on access to superior courts removes or infringes upon an aspect of their core jurisdiction. In *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, Dickson J. (as he then was) established a three-part test for determining whether legislation impermissibly removes an aspect of the core jurisdiction of superior courts. This Court later affirmed and summarized the test as follows:

The first branch of the test is an historical inquiry into “whether the power or jurisdiction conforms to the power or jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation” (p. 734). . . . The second step asks whether the function in question is “judicial” in its institutional setting, and [Dickson J.] contrasts “judicial” functions with policy making functions. The final branch of the test involves an assessment of the “tribunal’s function as a whole in order to appraise the impugned function in its entire institutional context” (p. 735).

(*MacMillan Bloedel*, at para. 12, citing *Residential Tenancies*)

[90] But the majority on this appeal does not apply this test because no aspect of the core jurisdiction of superior courts is removed by legislation that merely places limits on access to superior courts. In the absence of any demonstrated destruction of the core powers of the superior courts, there is no such removal sufficient to find a violation of s. 96. Instead, the majority approach significantly expands what is meant by the “core jurisdiction” of the superior courts beyond what is contemplated in the text or this Court’s jurisprudence on the scope of s. 96. The cases cited by the majority speak of the inability of governments to remove “core or inherent jurisdiction”, as doing so “emasculates the court, making it something other than a superior court” (*MacMillan Bloedel*, at paras. 29-30; see also

générale, ce qui est inacceptable en l’absence d’une modification de la Constitution. [par. 37, le juge en chef Lamer]

[89] Il ne s’ensuit pas pour autant qu’une loi imposant aux justiciables des conditions d’accès aux cours supérieures a pour effet de retirer à ces tribunaux un aspect de leur compétence fondamentale ou encore de porter atteinte à un tel aspect. Dans l’arrêt *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a établi un critère à trois volets permettant de décider si un texte de loi prive de façon inacceptable les cours supérieures d’un aspect de leur compétence fondamentale. Par la suite, notre Cour a confirmé ce critère et l’a résumé ainsi :

Le premier volet du critère consiste à effectuer une recherche historique pour déterminer « si le pouvoir ou la compétence correspondent au pouvoir ou à la compétence qu’exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération » (p. 734). [. . .] La deuxième étape consiste à se demander si la fonction en question est « judiciaire » dans son cadre institutionnel, et le juge Dickson met les fonctions « judiciaires » en opposition avec les fonctions d’établissement de politiques. La dernière étape consiste à examiner la « fonction globale du tribunal afin d’évaluer dans tout son contexte institutionnel la fonction attaquée » (p. 735).

(*MacMillan Bloedel*, par. 12, citant *Location résidentielle*)

[90] Cependant, dans le présent pourvoi, les juges majoritaires n’appliquent pas ce critère, car aucun aspect de la compétence fondamentale des cours supérieures n’est retiré par le texte de loi, lequel ne fait qu’imposer des limites à l’accès aux cours supérieures. Vu l’absence de toute démonstration de la destruction des pouvoirs fondamentaux des cours supérieures, nous ne sommes en présence d’aucun retrait de compétence suffisant pour permettre de conclure à une violation de l’art. 96. L’approche appliquée par les juges majoritaires a plutôt pour effet d’élargir le sens de la notion de « compétence fondamentale » des cours supérieures bien au-delà de ce qu’envisage le texte de l’art. 96 ou la jurisprudence de notre Cour sur la portée de cette disposition. Les arrêts cités par les

Residential Tenancies; Crevier v. Attorney General of Quebec, [1981] 2 S.C.R. 220). The British Columbia government's measures cannot be said to have "emasculated" B.C. courts or to have made them something "other than a superior court". The hearing fees are a financing mechanism and do not go to the very existence of the court as a judicial body or limit the types of powers it may exercise. The concept of core jurisdiction in s. 96 cannot justify striking down the regulations at issue in this appeal.

III. The Rule of Law

[91] The majority reads the unwritten principle of the rule of law as supporting the striking down of legislation otherwise properly within provincial jurisdiction. It is true that this Court has, on occasion, turned to unwritten principles to fill in "gaps in the express terms of the constitutional text" (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 104). But there are no such gaps in the text of s. 92(14). With respect, gaps do not exist simply because the courts believe that the text should say something that it does not. This Court, in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, reiterated its earlier insistence on the primacy of the written constitutional text, stating that unwritten principles "could not be taken as an invitation to dispense with the written text of the Constitution" (para. 53, affirming *Re Remuneration of Judges*, at paras. 93 and 104). The written constitutional provisions guide government action and provide the touchstone for judicial review, anchoring the authority of courts to invalidate non-compliant laws enacted by democratically elected governments.

juges majoritaires traitent de l'impossibilité pour les gouvernements de retirer aux tribunaux leur « compétence fondamentale ou inhérente », car un tel retrait « affaiblit la cour, en en faisant quelque chose d'autre qu'une cour supérieure » (*MacMillan Bloedel*, par. 29-30; voir aussi les arrêts *Location résidentielle* et *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220). Il est impossible d'affirmer que les mesures prises par le gouvernement de la Colombie-Britannique ont « affaibli » les tribunaux de cette province ou en ont fait quelque chose d'« autre qu'une cour supérieure ». Les frais d'audience constituent un mode de financement, et ils ne touchent pas à l'existence même du tribunal en tant qu'organisme judiciaire, ni ne limitent les types de pouvoirs qu'il peut exercer. La notion de compétence fondamentale à l'art. 96 ne saurait justifier l'invalidation du règlement en cause dans le présent pourvoi.

III. La primauté du droit

[91] Les juges majoritaires considèrent que le principe non écrit de la primauté du droit peut être invoqué pour invalider un texte de loi qui relève par ailleurs nettement du pouvoir de légiférer des provinces. Certes, la Cour s'est déjà appuyée, à l'occasion, sur des principes non écrits pour « combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel » (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 104). Toutefois, le texte du par. 92(14) ne comporte pas de tels vides. Avec égards, un vide n'existe pas du seul fait que les tribunaux estiment que le texte en question devrait dire quelque chose qu'il ne dit pas. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, notre Cour a de nouveau insisté sur la primauté de la Constitution écrite, affirmant que la reconnaissance de principes non écrits « n'est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution » (par. 53, confirmant le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, par. 93 et 104). Les textes constitutionnels guident l'action gouvernementale et servent de balises pour le contrôle judiciaire et de point d'ancrage du pouvoir des tribunaux d'invalider les lois non conformes adoptées par des gouvernements démocratiquement élus.

[92] There is no express right of general access to superior courts for civil disputes in the text of the Constitution. Rather, the Constitution specifies the particular instances in which access to courts is guaranteed. Section 24(1) of the *Charter* provides that persons whose *Charter* rights have been infringed or denied may apply to the courts for a remedy. It is in this sense that this Court, in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, held that access to courts for the purpose of vindicating *Charter* rights is protected (pp. 228-29). Section 11(d) of the *Charter* guarantees persons charged with an offence the right “to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal”.

[93] But the majority uses the rule of law to support reading a general constitutional right to access the superior courts into s. 96. This provision of the *Constitution Act, 1867* requires that the existence and core jurisdiction of superior courts be preserved, but this does not, for the reasons herein, necessarily imply the general right of access to superior courts described by the majority. So long as the courts maintain their character as judicial bodies and exercise the core functions of courts, the demands of the Constitution are satisfied. In using an unwritten principle to support expanding the ambit of s. 96 to such an extent, the majority subverts the structure of the Constitution and jeopardizes the primacy of the written text.

[94] This purported constitutional right to access the courts circumvents the careful checks and balances built into the structure of the *Charter*. Unlike *Charter* rights, rights read into s. 96 are absolute. They are not subject to s. 1 justification or the s. 33 notwithstanding clause. These provisions reflect a recognition that, in certain circumstances, governments will be permitted to enact legislation or take

[92] Le texte de la Constitution ne prévoit aucun droit d'accès général explicite aux cours supérieures pour y faire trancher des litiges civils. La Constitution précise plutôt les circonstances particulières dans lesquelles l'accès aux tribunaux est garanti. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* précise que les personnes victimes de violation ou de négation de droits qui leur sont garantis par la *Charte* peuvent s'adresser aux tribunaux pour obtenir une réparation. C'est dans cet esprit que notre Cour a statué, dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, que l'accès aux tribunaux est protégé lorsqu'il s'agit de faire respecter les droits garantis par la *Charte* (p. 228-229). L'alinéa 11d) de la *Charte* garantit à tout inculpé le droit d'« être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ».

[93] Cependant, s'appuyant sur la primauté du droit, les juges majoritaires considèrent, par voie d'interprétation extensive, que l'art. 96 confère un droit général d'accès aux cours supérieures garanti par la Constitution. Cette disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867* requiert que l'existence et la compétence fondamentale des cours supérieures soient protégées, mais, pour les raisons exposées dans les présents motifs, cela n'implique pas nécessairement l'existence du droit général d'accès aux cours supérieures décrit par les juges majoritaires. Tant que les cours conservent leur caractère d'organismes judiciaires et qu'elles exercent les fonctions fondamentales relevant des tribunaux, les exigences de la Constitution sont respectées. En invoquant un principe non écrit pour étayer un élargissement aussi grand de la portée de l'art. 96, les juges majoritaires bouleversent la structure de la Constitution et compromettent la primauté du texte écrit.

[94] Ce prétendu droit constitutionnel d'accès aux tribunaux élude les délicats mécanismes de poids et de contrepoids intégrés à la structure de la *Charte*. Contrairement aux droits garantis par celle-ci, les droits qui sont considérés faire partie de l'art. 96 par voie d'interprétation extensive possèdent un caractère absolu. En effet, ils ne sont assujettis à aucun processus de justification fondé sur l'article premier

action that places limits on *Charter* rights. Indeed, s. 33 contemplates and permits the legislative override of, among other things, the fundamental freedoms described in s. 2, the right to life, liberty and security of the person embodied by s. 7, and numerous rights applicable in the criminal context. The question my colleagues avoid answering is why access to superior courts for civil disputes warrants even stronger protection than those rights expressly enumerated in the *Charter*.

[95] I now turn to the specific unwritten constitutional principle invoked by the majority.

[96] The majority proposes to invalidate those provincial laws relating to the administration of justice that, in their view, are contrary to the rule of law. The unwritten principle of the rule of law, as defined by this Court, consists of three elements:

- (1) “[T]he law is supreme over officials of the government as well as private individuals, and thereby preclusive of the influence of arbitrary power” (*Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 748);
- (2) The rule of law “requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order” (*ibid.*, at p. 749); and
- (3) “[T]he exercise of all public power must find its ultimate source in a legal rule” (*Reference re Secession of Quebec*, at para. 71, quoting *Re Remuneration of Judges*, at para. 10).

As this Court found in *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, “none of the principles that the rule of law

de la *Charte* ou à la disposition de dérogation de l’art. 33. L’existence de ces dispositions témoigne du fait que, dans certaines circonstances, il est permis aux gouvernements d’édicter des lois ou de prendre des mesures qui limitent les droits garantis par la *Charte*. D’ailleurs, l’art. 33 prévoit qu’il peut être dérogé par voie législative aux libertés fondamentales énoncées à l’art. 2, au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne consacré à l’art. 7, ainsi qu’à de nombreux droits applicables en matière criminelle, et il autorise de telles dérogations. La question à laquelle mes collègues évitent de répondre est celle de savoir pourquoi l’accès aux cours supérieures en matière civile justifie une protection encore plus grande que celle accordée aux droits expressément énumérés dans la *Charte*.

[95] Je vais maintenant examiner le principe constitutionnel non écrit qu’invoque la majorité.

[96] Les juges majoritaires proposent d’invalider les lois provinciales relatives à l’administration de la justice qui, à leur avis, contreviennent à la primauté du droit. Selon la définition qu’en a donnée notre Cour, le principe non écrit de la primauté du droit se compose de trois éléments :

- (1) « [L]e droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l’influence de l’arbitraire » (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 748);
- (2) La primauté du droit « exige la création et le maintien d’un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l’ordre normatif » (*ibid.*, p. 749);
- (3) « [L]’exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d’une règle de droit » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 71, citant le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, par. 10).

Comme a conclu notre Cour dans *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, « aucun des principes

embraces speak directly to the terms of legislation” (para. 59).

[97] This Court has clearly and persuasively cautioned against using the rule of law to strike down legislation:

So understood, it is difficult to conceive of how the rule of law could be used as a basis for invalidating legislation such as the Act based on its content. . . .

This does not mean that the rule of law as described by this Court has no normative force. As McLachlin C.J. stated in *Babcock*, at para. 54, “unwritten constitutional principles”, including the rule of law, “are capable of limiting government actions”. See also *Reference re Secession of Quebec*, at para. 54. But the government action constrained by the rule of law as understood in *Reference re Manitoba Language Rights* and *Reference re Secession of Quebec* is, by definition, usually that of the executive and judicial branches. Actions of the legislative branch are constrained too, but only in the sense that they must comply with legislated requirements as to manner and form (i.e., the procedures by which legislation is to be enacted, amended and repealed). [Emphasis added.]

(*Imperial Tobacco*, at paras. 59-60)

[98] To circumvent this caution against using the rule of law as a basis for striking down legislation, the majority characterizes the rule of law as a limitation on the jurisdiction of provinces under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. The majority acknowledges that imposing hearing fees is a permissible exercise of the province’s jurisdiction according to the *written* constitutional text — that is, s. 92(14) (para. 23). But they ultimately conclude that the hearing fees fall outside the province’s jurisdiction in part because the fees are inconsistent with the *unwritten* principle of the rule of law (paras. 38-40). Dressing the rule of law in division-of-powers clothing does not disguise the fact that the rule of law, an unwritten principle, cannot be used to support striking down the hearing fee scheme.

qu’embrasse la primauté du droit ne vise directement les termes de la loi » (par. 59).

[97] La Cour a formulé une mise en garde claire et convaincante contre le recours à la primauté du droit pour invalider une loi :

Lorsqu’on l’interprète de cette manière, il est difficile de concevoir que la primauté du droit puisse servir à invalider une loi comme celle qui nous occupe en raison de son contenu. . . .

Cela ne signifie pas que la primauté du droit, telle que décrite par cette Cour, n’a aucune force normative. Comme l’a affirmé la juge en chef McLachlin dans *Babcock*, par. 54, les « principes constitutionnels non écrits », incluant la primauté du droit, « [peuvent] limiter les actes du gouvernement ». Voir aussi *Renvoi sur la sécession du Québec*, par. 54. Mais les actes du gouvernement que limite la primauté du droit, comme l’entendent le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* et le *Renvoi sur la sécession du Québec*, sont habituellement, par définition, ceux des pouvoirs exécutif et judiciaire. Les actes du pouvoir législatif sont aussi limités, mais seulement dans le sens où ils doivent respecter des conditions légales de manière et de forme (c.-à-d. les procédures d’adoption, de modification et d’abrogation des lois). [Je souligne.]

(*Imperial Tobacco*, par. 59-60)

[98] Afin de contourner cette mise en garde contre le recours à la primauté du droit en tant que fondement permettant d’invalider une loi, la majorité qualifie la primauté du droit de limite à la compétence conférée aux provinces par le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La majorité reconnaît que la perception de frais d’audience représente un exercice acceptable de la compétence reconnue à la province par le texte constitutionnel *écrit* — c’est-à-dire le par. 92(14) (par. 23). Cependant, les juges majoritaires concluent en définitive que les frais d’audience outrepassent en partie la compétence dont dispose la province, parce que ces frais sont incompatibles avec le principe *non écrit* de la primauté du droit (par. 38-40). Intégrer la primauté du droit à une motivation basée sur le partage des compétences ne change toutefois pas le fait que la primauté du droit, un principe non écrit, ne peut être invoquée pour appuyer l’invalidation du régime de frais d’audience.

[99] In using the rule of law to support the striking down of legislation that is indisputably within the scope of s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, without attention to this Court’s entrenched understanding of the rule of law, the majority ignores this Court’s caution in *Imperial Tobacco*:

The rule of law is not an invitation to trivialize or supplant the Constitution’s written terms. Nor is it a tool by which to avoid legislative initiatives of which one is not in favour. On the contrary, it requires that courts give effect to the Constitution’s text, and apply, by whatever its terms, legislation that conforms to that text. [Emphasis added; para. 67.]

With respect, the rule of law does not demand that this Court invalidate the hearing fee scheme — if anything, it demands that we uphold it.

[100] The unwritten principles of our Constitution often work at cross purposes. Even if we were to accept that the rule of law favours striking down the hearing fees, the unwritten principle of democracy favours upholding legislation passed by democratically elected representatives which conforms to the express terms of the Constitution. As the Court stated in *Imperial Tobacco*, “in a constitutional democracy such as ours, protection from legislation that some might view as unjust or unfair properly lies not in the amorphous underlying principles of our Constitution, but in its text and the ballot box” (para. 66).

[101] *Imperial Tobacco* offers yet another caution against reading the unwritten principle of the rule of law too broadly: it would “render many of our written constitutional rights redundant and, in doing so, undermine the delimitation of those rights chosen by our constitutional framers” (para. 65). As noted above, s. 11(d) of the *Charter* specifically includes a right of access to the courts for a person

[99] En invoquant la primauté du droit pour justifier l’invalidation d’une loi qui relève incontestablement du champ d’application du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sans prendre en compte l’interprétation bien établie de ce principe par notre Cour, la majorité fait abstraction de la mise en garde formulée par la Cour dans *Imperial Tobacco* :

La primauté du droit n’est pas une invitation à banaliser ou à remplacer les termes écrits de la Constitution. Il ne s’agit pas non plus d’un instrument permettant à celui qui s’oppose à certaines mesures législatives de s’y soustraire. Au contraire, elle exige des tribunaux qu’ils donnent effet au texte constitutionnel, et qu’ils appliquent, quels qu’en soient les termes, les lois qui s’y conforment. [Je souligne; par. 67.]

Avec égards pour l’opinion contraire, la primauté du droit n’exige pas de notre Cour qu’elle invalide le régime de frais d’audience — de fait, elle commande plutôt que nous confirmions sa validité.

[100] Les principes non écrits de notre Constitution tendent souvent à la réalisation d’objectifs contradictoires. Même si l’on acceptait que la primauté du droit milite en faveur de l’invalidation des frais d’audience, le principe non écrit de la démocratie milite quant à lui en faveur du maintien d’une loi qui a été adoptée par des représentants démocratiquement élus et qui respecte les dispositions expresses de la Constitution. Comme l’a déclaré notre Cour dans *Imperial Tobacco*, « dans une démocratie constitutionnelle telle que la nôtre, la protection contre une loi que certains pourraient considérer injuste ou inéquitable ne réside pas dans les principes amorphes qui sous-tendent notre Constitution, mais dans son texte et dans l’urne électorale » (par. 66).

[101] L’arrêt *Imperial Tobacco* renferme une mise en garde supplémentaire contre une interprétation trop large du principe non écrit de la primauté du droit : pareille interprétation « rendrait superflu un bon nombre de nos droits constitutionnels écrits. Elle compromettrait ainsi la délimitation de ces droits établie par les rédacteurs de notre Constitution » (par. 65). Comme je l’ai souligné

charged with an offence and s. 24(1) gives this right to those vindicating their *Charter* rights. These provisions would be unnecessary if the Constitution already contained a more general right to access superior courts.

[102] In any event, the rule of law is a vague and fundamentally disputed concept. In *Imperial Tobacco*, this Court endorsed the observation of Strayer J.A. that “[a]dvocates tend to read into the principle of the rule of law anything which supports their particular view of what the law should be” (para. 62, citing *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185 (C.A.), at para. 33). To rely on this nebulous principle to invalidate legislation based on its content introduces uncertainty into constitutional law and undermines our system of positive law.

IV. The Hearing Fees Are Not Unconstitutional

[103] Even if there were a constitutional basis upon which to challenge the British Columbia hearing fee scheme, I would not find the scheme to be unconstitutional.

[104] The majority holds that the hearing fee scheme is unconstitutional because it “places an undue hardship on litigants and impedes the right of British Columbians to bring legitimate cases to court” (para. 50). The primary source of the violation appears to be the inadequacy of the impoverishment exemption (see paras. 55-59).

[105] But the majority’s approach to determining whether hearing fees prevent litigants from accessing the courts overlooks some important contextual considerations. In particular, the majority does not account for measures that offset the burden of hearing fees or eliminate them altogether. When these measures are taken into consideration, there is no indication that the hearing fees at issue would

précédemment, l’al. 11*d*) de la *Charte* garantit expressément à tout inculpé un droit d’accès aux tribunaux, et le par. 24(1) accorde ce droit à ceux et celles qui souhaitent faire valoir les droits que leur garantit la *Charte*. Ces dispositions seraient inutiles si la Constitution garantissait déjà un droit général d’accès aux cours supérieures.

[102] Quoi qu’il en soit, la primauté du droit est une notion vague et fondamentalement contestée. Dans *Imperial Tobacco*, notre Cour a souscrit aux propos suivants du juge d’appel Strayer : « Ceux qui prônent ou défendent quelque chose en particulier tendent à voir dans le principe de la primauté du droit tout ce qui conforte leur vue de ce que doit être la loi » (par. 62, citant *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185 (C.A.), par. 33). S’appuyer sur ce principe nébuleux pour invalider un texte de loi en raison de son contenu introduit de l’incertitude dans le droit constitutionnel et mine notre système de droit positif.

IV. Les frais d’audience ne sont pas inconstitutionnels

[103] Même s’il existait une assise constitutionnelle permettant de contester le régime de frais d’audience de la Colombie-Britannique, je ne conclurais pas à l’inconstitutionnalité de ce régime.

[104] La majorité statue que le régime de frais d’audience est inconstitutionnel parce qu’il « cause des difficultés excessives aux plaideurs de la Colombie-Britannique et porte atteinte à leur droit d’intenter des recours légitimes devant les tribunaux » (par. 50). La source première de la violation semble être le caractère inadéquat de l’exemption visant les personnes démunies (voir les par. 55-59).

[105] Cependant, l’analyse qu’appliquent les juges majoritaires afin de déterminer si les frais d’audience empêchent des plaideurs d’avoir accès aux tribunaux néglige certaines considérations contextuelles importantes. En particulier, les juges majoritaires ne tiennent pas compte des mesures qui permettent soit d’atténuer le fardeau créé par les frais d’audience soit d’éliminer complètement ces

prevent litigants from bringing meritorious legal claims.

[106] First, the so-called “indigency” exemption (applicable at trial) was replaced in 2010. Rule 20-5(1) now reads:

Court may determine impoverished status

- (1) If the court, on application made in accordance with subrule (3) before or after the start of a proceeding, finds that a person receives benefits under the *Employment and Assistance Act* or the *Employment and Assistance for Persons with Disabilities Act* or is otherwise impoverished, the court may order that no fee is payable by the person to the government under Schedule 1 of Appendix C in relation to the proceeding unless the court considers that the claim or defence
- (a) discloses no reasonable claim or defence, as the case may be,
 - (b) is scandalous, frivolous or vexatious, or
 - (c) is otherwise an abuse of the process of the court.

[107] In my view, the updated impoverishment exemption provides a measure of discretion to trial judges in determining its application. The term “may” establishes a foundational discretion. But the addition of the phrase “otherwise impoverished” indicates that a trial judge may exercise this discretion where the hearing fees themselves would be a source of impoverishment. This is the approach adopted by the British Columbia Court of Appeal (interpreting the indigency exemption in the British Columbia *Court of Appeal Rules*) in *De Fehr v. De Fehr*, 2001 BCCA 485, 156 B.C.A.C. 240:

frais. Lorsque ces mesures sont prises en considération, rien n’indique que les frais d’audience en cause empêcheraient des plaideurs d’intenter des recours légitimes.

[106] Premièrement, l’exemption dite « fondée sur l’état d’indigence » (applicable en première instance) a été remplacée en 2010. Le paragraphe 20-5(1) est maintenant rédigée ainsi :

[TRADUCTION]

Le tribunal peut statuer sur le statut de personne démunie

- (1) Si, par suite d’une demande présentée conformément au paragraphe (3) avant ou après le début de l’instance, le tribunal conclut qu’une personne touche des prestations en vertu de la *Employment and Assistance Act* ou de la *Employment and Assistance for Persons with Disabilities Act*, ou que cette personne est autrement démunie, il peut ordonner qu’elle soit dispensée de payer à l’État les frais fixés à l’annexe 1 de l’appendice C pour l’instance, sauf s’il estime que la demande ou la défense
- (a) soit ne renferme pas, selon le cas, de cause d’action ou de moyen raisonnable;
 - (b) soit est scandaleuse, frivole ou vexatoire;
 - (c) soit constitue, pour un autre motif, un recours abusif au tribunal.

[107] Je suis d’avis que, dans sa version actuelle, l’exemption fondée sur le statut de personne démunie confère aux juges de première instance un certain pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne son application. Le mot « may » (« peut ») établit un pouvoir discrétionnaire de base. Toutefois, l’ajout des mots « *otherwise impoverished* » (« autrement démunie ») indique que le juge de première instance peut exercer ce pouvoir discrétionnaire lorsque les frais d’audience eux-mêmes seraient source d’appauvrissement. C’est l’approche qu’a adoptée la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (alors qu’elle interprétait l’exemption fondée sur l’indigence prévue par les *Court of Appeal Rules* de la Colombie-Britannique) dans *De Fehr c. De Fehr*, 2001 BCCA 485, 156 B.C.A.C. 240 :

Although the applicant in this case has regular employment income, I am persuaded that after he meets the support obligations imposed in the trial court, along with his own expenses, he would effectively be denied access to the courts by reason of impecuniosity if he were required to pay the fees to the Crown. [para. 16]

[108] However, while courts have discretion in applying the impoverishment exemption, it is not unlimited: it should be exercised only where a litigant is impoverished or, if not impoverished, would be rendered so if required to pay the hearing fees. In this regard, I agree with the trial judge's observation that the "courts simply do not engage in calling things what they are not, and could not be enlisted into an executive function by administering a more general form of means test to those who come before them" (2012 BCSC 748, 260 C.R.R. (2d) 1, at para. 398).

[109] Second, the financial burden of hearing fees, a disbursement, may be reapportioned through both interim and final costs awards (Rule 14-1 of the British Columbia *Supreme Court Civil Rules*). Judges may consider factors such as the success of a party, the reasonableness of the positions taken, the importance of the case, and whether one party was responsible for an excessively lengthy hearing.

[110] Third, and most importantly, judges have a key role to play in limiting hearing fees. Active judicial case management is critical to ensuring reasonable timelines in civil proceedings and efficient use of court resources, especially in the case of self-represented litigants. I agree with the trial judge that courts must be careful, in situations involving self-represented litigants, not to appear to refuse relevant evidence (para. 19). But judges must enforce the requirement for relevance so that evidence that does not bear directly on the issues will not prolong a trial. In this context, judges are entrusted with the obligation to manage the resources of the court in

[TRADUCTION] Bien qu'en l'espèce le demandeur ait un revenu d'emploi stable, je suis convaincue qu'une fois qu'il aurait satisfait aux obligations alimentaires imposées par le tribunal de première instance, et payé ses propres dépenses, il serait effectivement incapable d'avoir accès aux tribunaux pour cause d'impecuniosité, s'il était tenu de payer les frais à la Couronne. [par. 16]

[108] Cependant, bien que les tribunaux possèdent le pouvoir discrétionnaire d'appliquer l'exemption visant les personnes démunies, ce pouvoir n'est pas illimité : il ne doit être exercé que lorsque le plaideur est démuné ou, s'il ne l'est pas, il le deviendrait s'il était tenu de payer les frais d'audience. À cet égard, je souscris à l'observation du juge de première instance selon laquelle [TRADUCTION] « [L]es tribunaux n'ont tout simplement pas l'habitude d'appeler les choses par ce qu'elles ne sont pas, et ils ne sauraient être mobilisés pour exercer une fonction qui relève de l'exécutif en appliquant aux parties qui comparaissent devant eux une forme plus générale de critère de détermination des ressources financières » (2012 BCSC 748, 260 C.R.R. (2d) 1, par. 398).

[109] Deuxièmement, le fardeau financier imposé par les frais d'audience, un débours, peut être réparti différemment dans une ordonnance provisoire ou définitive concernant les dépens (art. 14-1 des *Supreme Court Civil Rules* de la Colombie-Britannique). Les juges peuvent prendre en compte des facteurs tels le succès d'une partie, le caractère raisonnable des positions adoptées, l'importance de l'affaire et le fait qu'une partie a été responsable de la tenue d'une audience excessivement longue.

[110] Troisièmement, considération la plus importante, les juges ont un rôle clé à jouer afin de limiter l'ampleur des frais d'audience. Une gestion active de l'instance par le tribunal est essentielle pour assurer des procès civils d'une durée raisonnable ainsi qu'une utilisation efficiente des ressources judiciaires, surtout dans les cas où des plaideurs non représentés sont parties à l'instance. Je suis d'accord avec le juge du procès pour dire que les tribunaux doivent prendre garde, lorsque des plaideurs non représentés participent aux procédures, de ne pas donner l'impression de refuser des éléments de preuve pertinents (par. 19). Toutefois,

the interests of justice and, with respect to hearing fees, to have regard for the interests of the litigants. As this Court has recently noted in the context of summary judgment proceedings, “it is the motion judge, not counsel, who maintains control over the extent of the evidence to be led and the issues to which the evidence is to be directed” (*Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 61, quoting *Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch*, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1, at para. 60). There is no reason to think that this case-management principle of *Hryniak* should not extend to all court proceedings, especially those involving self-represented parties.

[111] Finally, my colleagues rely on the evidence of economist Robert Carson for their assessment of the affordability of hearing fees. Like Mr. Carson, they use the amount of hearing fees for a 10-day trial as the benchmark. The hearing fees, in their view, are unfair because the party “who is required to pay the hearing fee may not control the length or efficiency of the trial” (para. 62).

[112] Yet characterizing 10-day trials as the norm skews the analysis. There is no reason to believe that a 10-day trial is standard. Under the British Columbia hearing fee scheme, the first three days are free, which incentivizes short, efficient trials (see Schedule 1 of Appendix C of the *Supreme Court Civil Rules*). And, as discussed above, judges have an obligation to ensure that trials do not consume unnecessarily lengthy periods.

[113] I make two final observations regarding the “[o]ther objections” to the hearing fees raised by the majority, at paras. 60-63.

les juges doivent faire respecter la règle de la pertinence, afin d’éviter que des éléments de preuve qui n’ont pas d’incidence directe sur les questions en litige ne prolongent le procès. Dans ce contexte, les juges ont l’obligation de gérer les ressources de la cour dans l’intérêt de la justice et, pour ce qui est des frais d’audience, de prendre en compte les intérêts des plaideurs. Comme l’a récemment fait remarquer notre Cour dans le contexte des procédures de jugement sommaire, « c’est le juge saisi de la requête, et non les avocats, qui peut exercer un contrôle sur l’étendue de la preuve à présenter et sur les questions auxquelles se rapporte celle-ci » (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 61, citant *Combined Air Mechanical Services Inc. c. Flesch*, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1, par. 60). Rien ne permet de penser que ce principe de gestion des instances énoncé dans *Hryniak* ne devrait pas s’appliquer à toutes les procédures judiciaires, surtout celles où il y a des parties qui ne sont pas représentées.

[111] Enfin, mes collègues s’appuient sur la preuve de l’économiste Robert Carson pour apprécier le caractère abordable des frais d’audience. Tout comme M. Carson, ils prennent comme point de référence les frais d’audience d’un procès de 10 jours. À leur avis, les frais d’audience sont injustes parce qu’il est possible que la partie « tenu[e] de payer [c]es frais d’audience n’ait aucune emprise sur la durée du procès ou sur son efficacité » (par. 62).

[112] Toutefois, le fait de considérer qu’un procès de 10 jours constitue la norme fausse l’analyse. Rien ne porte à croire qu’un tel procès est la norme. Selon les dispositions du régime de frais d’audience de la Colombie-Britannique, les trois premiers jours sont gratuits, une mesure qui incite à la tenue de procès courts et efficaces (voir l’annexe 1 de l’appendice C des *Supreme Court Civil Rules*). De plus, comme je l’ai mentionné plus tôt, les juges ont l’obligation de veiller à ce que les procès ne soient pas inutilement longs.

[113] Je ferai deux dernières observations à l’égard des « autres objections » aux frais d’audience formulées par les juges majoritaires, aux par. 60-63.

[114] First, my colleagues at once indicate that judges must have sufficient discretion in applying exemptions to fees (para. 48), and yet critique the very existence of the exemption provision on the basis that it requires litigants to apply to the court (para. 60). These two positions are irreconcilable: it is not possible in the same breath to provide for increased judicial discretion and eliminate the requirement that litigants apply to have such discretion exercised.

[115] In any event, I question whether the application to be exempted from hearing fees is any more an “affront to dignity” than other applications made in court (majority reasons, at para. 60). As the majority acknowledges, such applications are usually made on an *ex parte* basis. And, in the family law context, the assets and liabilities of the parties are regularly exposed to courts charged with determining levels of spousal support.

[116] Second, I do not agree that the “hearing fees do not promote efficient use of court time” (majority reasons, at para. 63). The comment of the trial judge that the efficacy of the hearing fees is “dubious” (at para. 310) is not a finding of fact. It is true that hearing fees incentivize parties to use less court time where possible. But this, in turn, encourages efficiency by promoting prioritization and dissuading excessive use of court time. Incentivizing efficient use of court time addresses the problem that excessive use of court time by one party may delay or deny access to other litigants.

[114] Premièrement, mes collègues indiquent d’abord que les juges doivent disposer d’un pouvoir discrétionnaire suffisant dans l’application des exemptions dispensant du paiement des frais (par. 48), mais ils critiquent néanmoins par la suite l’existence même de la disposition accordant l’exemption, au motif qu’elle oblige les plaideurs à en demander l’application au tribunal (par. 60). Ces deux positions sont inconciliables : il n’est pas possible de conférer aux juges un pouvoir discrétionnaire accru et, du même coup, d’éliminer l’obligation faite aux plaideurs de solliciter l’exercice de ce pouvoir.

[115] Quoi qu’il en soit, je doute que la demande de dispense du paiement des frais d’audience porte davantage « atteinte à la dignité » que d’autres demandes faites au tribunal (motifs de la majorité, par. 60). Comme le reconnaissent les juges majoritaires, de telles demandes sont généralement présentées *ex parte*, c’est-à-dire en l’absence de l’autre partie. En outre, dans les affaires de droit de la famille, l’actif et le passif des parties sont régulièrement dévoilés aux tribunaux chargés de fixer la pension alimentaire en faveur du conjoint.

[116] Deuxièmement, je ne peux souscrire à l’affirmation voulant que les « frais d’audience ne favorisent pas une utilisation efficiente du temps du tribunal » (motifs de la majorité, par. 63). Le commentaire du juge du procès selon lequel l’efficacité des frais d’audience est [TRADUCTION] « douteuse » (par. 310) n’est pas une conclusion de fait. Il est vrai que ces frais incitent les parties à utiliser moins de temps de la cour lorsque la chose est possible. Mais ils favorisent en même temps l’efficience en incitant les plaideurs à établir des priorités et en décourageant l’utilisation excessive du temps du tribunal. En effet, une mesure qui incite les parties à faire une utilisation efficiente du temps des tribunaux permet de répondre au problème découlant du fait que l’utilisation excessive du temps d’un tribunal par une partie peut retarder ou nier l’accès à ce tribunal aux autres plaideurs.

V. Conclusion

[117] For the reasons above:

(a) I would answer the constitutional question stated in this appeal as follows:

Are the hearing fees set out in paragraph 14 of Appendix C, Schedule 1 (B.C. Reg. 10/96, as amended) and the hearing fees set out in paragraphs 9 and 10 of Appendix C, Schedule 1 (B.C. Reg. 168/2009, as amended), unconstitutional on the basis that they infringe a right of access to justice and thereby offend the rule of law?

No.

(b) I would dismiss the appeal from the Court of Appeal's order setting aside the trial judge's order striking down the hearing fees without costs;

(c) I would allow the appeal from the Court of Appeal's decision to read in "or in need" to the exemption provision without costs (2013 BCCA 65, 43 B.C.L.R. (5th) 217, at para. 41);

(d) I would allow the cross-appeal without costs;

(e) I would allow the appeal from the Court of Appeal's order relieving Ms. Vilardell from paying the hearing fees and remit this question to the trial judge for determination.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed, ROTHSTEIN J. dissenting.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal the Trial Lawyers Association of British Columbia: Miller Thomson, Vancouver.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal the Canadian Bar Association — British Columbia Branch: Camp Fiorante Matthews Mogerma, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

V. Conclusion

[117] Pour les motifs qui précèdent :

a) je répondrais ainsi à la question constitutionnelle qui a été formulée dans le présent pourvoi :

Est-ce que les frais d'audience prévus à l'article 14 de l'appendice C, annexe 1 (B.C. Reg. 10/96, et ses modifications) et ceux prévus aux articles 9 et 10 de l'appendice C, annexe 1 (B.C. Reg. 168/2009, et ses modifications) sont inconstitutionnels pour le motif qu'ils violeraient le droit d'accès à la justice et, de ce fait, porteraient atteinte à la primauté du droit?

Non.

b) je rejetterais, sans dépens, le pourvoi formé contre l'ordonnance de la Cour d'appel qui a annulé l'ordonnance du juge de première instance invalidant les frais d'audience;

c) j'accueillerais, sans dépens, le pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel de considérer, par voie d'interprétation extensive, que les mots « *or in need* » (« ou dans le besoin ») font partie de la disposition accordant l'exemption (2013 BCCA 65, 43 B.C.L.R. (5th) 217, par. 41);

d) j'accueillerais le pourvoi incident, sans dépens;

e) j'accueillerais le pourvoi formé contre l'ordonnance de la Cour d'appel qui a dispensé M^{me} Vilardell du paiement des frais d'audience et je renverrais cette question au juge de première instance pour décision.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, le juge ROTHSTEIN est dissident.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident Trial Lawyers Association of British Columbia : Miller Thomson, Vancouver.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident l'Association du Barreau canadien — Division de la Colombie-Britannique : Camp Fiorante Matthews Mogerma, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitor for the respondent/appellant on cross-appeal: Attorney General of British Columbia, Victoria.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver; Jordan Battista, Toronto.

Solicitors for the intervener the West Coast Women's Legal Education and Action Fund: Young, Anderson, Vancouver.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: Blake, Cassels & Graydon, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Procureur de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver; Jordan Battista, Toronto.

Procureurs de l'intervenant West Coast Women's Legal Education and Action Fund : Young, Anderson, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Blake, Cassels & Graydon, Toronto; Université de Toronto, Toronto.

Brian Conception *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen, Person in Charge of the Centre for Addiction and Mental Health and Person in Charge of the Mental Health Centre Penetanguishene *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Criminal Lawyers' Association of Ontario and Mental Health Legal Committee *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CONCEPTION

2014 SCC 60

File No.: 34930.

Hearing: October 17, 2013.

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

Re-hearing ordered: July 30, 2014.

Judgment: October 3, 2014.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Mental disorder — Dispositions by a court or review board — Treatment disposition — Accused declared unfit to stand trial — Hearing judge issuing a “forthwith” treatment order without consent of treating hospital — Whether a court may make a disposition order directing that treatment begin immediately even though the hospital or treating physician does not consent to that disposition — Whether the consent requirement relates to the timing of carrying out the order or just to the treatment itself — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.58, 672.62(1)(a).

Brian Conception *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine, responsable du Centre de toxicomanie et de santé mentale et responsable du Centre de santé mentale de Penetanguishene *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, Criminal Lawyers' Association of Ontario et Mental Health Legal Committee *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. CONCEPTION

2014 CSC 60

N° du greffe : 34930.

Audition : 17 octobre 2013.

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

Nouvelle audition ordonnée : 30 juillet 2014.

Jugement : 3 octobre 2014.

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

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

Droit criminel — Troubles mentaux — Décisions rendues par un tribunal ou une commission d'examen — Décision prévoyant un traitement — Accusé déclaré inapte à subir son procès — Ordonnance de traitement applicable « sur-le-champ » rendue par la juge président l'audience sans le consentement de l'hôpital chargé du traitement — Le tribunal peut-il ordonner que le traitement débute immédiatement même si l'hôpital ou le médecin traitant ne consentent pas à cette décision? — L'exigence relative au consentement porte-t-elle sur la date d'exécution de l'ordonnance ou simplement sur le traitement même? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.58, 672.62(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Criminal law — Mental disorder — Treatment disposition — Whether requiring hospital's consent for all provisions of the treatment disposition would infringe accused's right to procedural fairness — Whether treatment disposition provisions of Criminal Code are unconstitutionally vague or arbitrary — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.58, 672.62(1)(a).

C was charged with sexual assault. When he appeared in court, he was in a psychotic state and was declared unfit to stand trial. Crown counsel recommended a treatment order. The Crown stated that a bed would be available in a facility at one hospital six days after the hearing. The hearing judge issued a “forthwith” treatment order, specifying C be treated at a second hospital or its “designate” (preferably the facility at the first hospital). Court services delivered C to the first hospital and left him in a hallway. The hospitals appealed this decision. The Court of Appeal held that the hearing judge erred by acting on the basis that the consent requirement of the *Criminal Code* provision relating to treatment had been satisfied. The Court of Appeal also determined that the applicable provisions of the *Criminal Code* (ss. 672.58 and 672.62(1)(a)) engage the rights to liberty and security of the person guaranteed under s. 7 of the *Charter*, but do not violate the principles of fundamental justice.

Held: The appeal should be dismissed.

Per LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell and Gascon JJ.: Consent is required for the disposition order in its entirety, not simply to the treatment aspect of it. A court may not make a disposition order directing that treatment begin immediately if the hospital or treating physician does not consent to that disposition unless the situation is a rare case in which a delay in treatment would breach the accused's rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and an order for immediate treatment is an appropriate and just remedy for that breach.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit criminel — Troubles mentaux — Décision prévoyant un traitement — Le fait d'exiger le consentement de l'hôpital à toutes les modalités de la décision prévoyant un traitement porte-t-il atteinte au droit de l'accusé à l'équité procédurale? — Les dispositions du Code criminel relatives à la décision prévoyant un traitement sont-elles imprécises ou arbitraires au point d'être inconstitutionnelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.58, 672.62(1).

C était accusé d'agression sexuelle. Il était en psychose lorsqu'il a comparu, et il a été déclaré inapte à subir son procès. L'avocate du ministère public a recommandé que soit rendue une décision prévoyant un traitement. Elle a indiqué qu'une place dans un établissement d'un certain hôpital se libérerait six jours après la date de l'audience. La juge qui présidait l'audience a rendu une ordonnance de traitement applicable « sur-le-champ », ordonnant que C soit traité à un deuxième hôpital ou à « l'établissement désigné » (l'établissement du premier hôpital de préférence). Les services aux tribunaux ont conduit C au premier hôpital et l'ont laissé dans un couloir. Les hôpitaux ont interjeté appel de la décision. La Cour d'appel était d'avis que la juge qui présidait l'audience avait conclu à tort qu'il avait été satisfait à l'exigence relative au consentement prévue aux dispositions du *Code criminel* relatives au traitement. La Cour d'appel a également statué que les dispositions applicables du *Code* (l'art. 672.58 et le par. 672.62(1)) mettent en jeu le droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte*, mais n'enfreignent pas les principes de justice fondamentale.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell et Gascon : Le consentement est obligatoire à l'égard de la décision dans son ensemble, et non pas simplement à l'égard du traitement. Le tribunal ne peut ordonner que le traitement débute immédiatement si l'hôpital ou le médecin traitant ne consentent pas à cette décision à moins que la situation n'appartienne à l'un des rares cas où retarder le traitement porterait atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte canadienne des droits et libertés* et où une ordonnance de traitement immédiat constituerait une réparation convenable et juste d'une telle atteinte.

The hospital or person in charge of treatment must consent to all the terms of a disposition ordering treatment and, if there is no consent, the order cannot be made. The starting point is the text of the provisions in their grammatical and ordinary sense according to the modern principle of statutory interpretation. The *Criminal Code* provides that no court shall make a “disposition” under s. 672.58 without the consent of the hospital or person in charge of treatment. “Disposition” is a technical term, used throughout Part XX.1. While a disposition ordering treatment may be referred to as a “treatment order” in colloquial language, there is no such thing provided for in the *Criminal Code*. It is clear that a “disposition” under s. 672.58 necessarily has a temporal aspect both as to its beginning and its ending and may include other conditions that the court considers it appropriate to impose. Thus consent is required to the disposition which the court makes under s. 672.58, not simply to certain aspects of it. This is supported by the meaning of the word “consent” and the context in which it is used in these provisions. Where the *Criminal Code* intends to differentiate between consent to treatment and consent to a disposition order, it does so expressly.

An order under s. 672.58 is extraordinary in that it directs that treatment of an accused be carried out without the accused’s consent and by necessary implication, it authorizes medical personnel to carry out that treatment against the accused’s wishes. The provisions recognize the importance of the treatment provider’s clinical judgment, not only as to the particular treatment but as to the location at which it is to be carried out. This broad understanding of the scope of the required consent is reinforced by the practical realities of providing involuntary treatment to potentially dangerous individuals. The timing of a treatment order for an accused who has been found unfit to stand trial must be an element of the hospital’s consent because, from the hospital’s perspective, the time at which treatment is to be provided is inextricably linked to the hospital’s ability to provide treatment safely and effectively. The ability of the hospital to administer the suitable treatment is inextricably linked to whether it has the facilities and personnel available to do so. Timing is therefore an essential element of suitability and not distinct from it. Consent under s. 672.62(1) of the *Code* must therefore include timing.

La décision prévoyant un traitement est subordonnée au consentement de l’hôpital ou de la personne chargée du traitement à toutes les modalités de la décision. Sans consentement, la décision ne peut être rendue. Le point de départ est le texte des dispositions, pris dans son sens ordinaire et grammatical, suivant le principe moderne d’interprétation des lois. Aux termes du *Code criminel*, le tribunal ne peut rendre une « décision » en vertu de l’art. 672.58 sans le consentement de l’hôpital ou de la personne chargée du traitement. Le mot « décision » est employé, à la partie XX.1, dans une acception technique. Bien qu’on puisse utiliser le terme « ordonnance de traitement » en langue courante pour parler d’une décision prévoyant un traitement, le *Code criminel* ne prévoit pas une telle ordonnance. Il en ressort clairement que la « décision » rendue en vertu de l’art. 672.58 comporte nécessairement un aspect temporel, en ce sens qu’elle précise tant le début que la fin de son exécution, et qu’elle peut inclure toute autre modalité fixée par le tribunal. En conséquence, l’hôpital doit consentir à la décision rendue en vertu de l’art. 672.58, et non pas uniquement à certains aspects de cette dernière. Le sens du mot « consentement » et le contexte de son emploi dans les dispositions en cause appuient une telle conclusion. Dans les cas où le législateur veut établir une distinction entre le consentement au traitement et le consentement à la décision, il le fait expressément.

La décision rendue en vertu de l’art. 672.58 est extraordinaire en ce sens qu’elle enjoint à un accusé de se soumettre à un traitement sans son consentement et, par voie de conséquence logique, la décision rendue en vertu de l’art. 672.58 permet au personnel médical d’administrer ce traitement à l’accusé contre son gré. Ces dispositions témoignent de l’importance accordée au jugement clinique du prestataire de traitement tant en ce qui a trait aux soins précis à prodiguer qu’à l’endroit où ils doivent l’être. Cette conception large de la teneur du consentement obligatoire est étayée par les réalités des traitements imposés aux personnes potentiellement dangereuses. Le consentement de l’hôpital porte nécessairement sur la date à laquelle l’ordonnance de traitement rendue à l’égard d’un accusé déclaré inapte doit être exécutée, car la période pendant laquelle le traitement sera administré est inextricablement liée, pour l’établissement, à sa capacité d’offrir pareils soins de façon efficace et sécuritaire. La capacité d’un établissement d’administrer le traitement approprié est inextricablement liée à la disponibilité des installations et du personnel nécessaires. La date du traitement constitue donc un élément essentiel, et non distinct, de l’opportunité du traitement. Par conséquent, le consentement visé au par. 672.62(1) du *Code* doit porter également sur la date du traitement.

The consent requirement does not deprive the accused of procedural fairness and is not unconstitutionally vague or arbitrary. Any potential violation of s. 7 rights would result from the exercise of the hospital's discretion to withhold consent in a particular case, and is not inherent in the section itself. No such breach was established in this case. That said, a judge proposing to make a disposition is entitled to consider, in an appropriate case, whether a refusal of consent will have the effect of unconstitutionally limiting the accused's rights to life, liberty or security of the person in a fashion that does not accord with the principles of fundamental justice. If so persuaded, the judge would be entitled to consider whether ordering an immediate admission would constitute an appropriate and just remedy for that breach.

Per McLachlin C.J. and Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: The treatment order regime in Part XX.1 of the *Criminal Code* is intended to bring mentally ill accused persons to the cognitive threshold required to proceed to trial. A court's discretion under s. 672.58 to order treatment to render an individual fit for trial is subject to stringent safeguards and timelines. Given the potential for involuntary medical treatment, one such safeguard is the requirement for hospital consent set out in s. 672.62(1)(a). However, when the consent requirement is read in its proper statutory context, it is clear that hospital consent is not required to all the terms and conditions of the treatment order. The hospital's consent is required only to the treatment itself. Bed shortages and patient wait lists do not permit a hospital to refuse, or defer, consent. Consent may be withheld only for medical reasons and cannot be withheld on the basis of efficient management of hospital resources.

Treatment orders seek to render the accused fit to stand trial, in order to protect the rights to a timely trial and procedural fairness, as well as to safeguard the public interest in accused persons standing trial. They also serve to ensure that the accused's liberty is minimally impaired. While the medical and legal interests of accused persons are both at stake, the ultimate purpose of treatment orders is to protect the legal interests of the accused.

L'exigence relative au consentement ne prive pas l'accusé de son droit à l'équité procédurale, et cette disposition n'est ni imprécise ni arbitraire au point d'être inconstitutionnelle. S'il était porté atteinte aux droits garantis à l'art. 7, l'atteinte découlerait de l'exercice par l'hôpital du pouvoir discrétionnaire qui l'habilite à réserver son consentement dans un cas donné et n'émane pas intrinsèquement de cette disposition. Nulle atteinte n'a été établie. Cela étant dit, il est loisible au juge qui envisage de rendre ce type de décision, lorsque la question se pose, de déterminer si le refus du consentement restreindra inconstitutionnellement le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne de l'accusé en contravention aux principes de justice fondamentale. S'il est convaincu que tel est le cas, le juge pourrait déterminer si l'admission immédiate de l'accusé constituerait une réparation convenable et juste.

La juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Le régime établi à la partie XX.1 du *Code criminel* relatif aux ordonnances de traitement a pour objectif de faire parvenir l'accusé atteint de troubles mentaux au seuil des capacités cognitives requis pour l'instruction de son procès. Le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l'art. 672.58, qui l'habilite à ordonner un traitement afin de rendre une personne apte à subir son procès, est assujéti à des garanties et à des délais rigoureux. Étant donné la possibilité que l'accusé soit assujéti à un traitement médical, l'une de ces garanties est le consentement obligatoire de l'hôpital prévu au par. 672.62(1). Toutefois, lorsque l'exigence relative au consentement est interprétée dans le contexte législatif pertinent, il ressort que l'hôpital n'a pas à consentir à toutes les modalités de l'ordonnance de traitement. Le consentement de l'hôpital n'est obligatoire qu'à l'égard du traitement. La pénurie de places et les listes d'attente n'autorisent pas l'hôpital à refuser ou à reporter son consentement. Il ne peut refuser son consentement que pour des motifs d'ordre médical. L'établissement de soins ne saurait refuser son consentement sous prétexte de la gestion efficace des ressources hospitalières.

Les ordonnances de traitement visent à rendre l'accusé apte à subir son procès — pour protéger son droit à un procès en temps opportun et à l'équité procédurale et pour protéger l'intérêt du public à ce que les accusés soient jugés. Elles visent également à garantir une atteinte minimale à la liberté de l'accusé. Bien que les intérêts médicaux et juridiques des accusés soient en jeu, l'objectif ultime de l'ordonnance de traitement est de protéger les intérêts juridiques de l'accusé.

Interpreting the provisions in light of (1) the purposes of Part XX.1, the treatment order regime and the consent requirement, (2) the scheme of strict judicial control and oversight with strict timelines, and (3) the appeal and automatic stay provisions, the requirement for hospital consent relates only to a hospital's willingness to deliver a particular treatment. Requiring hospital consent to all terms of a treatment "disposition" would effectively give them a broad veto over whether a treatment order could be issued, without regard to the accused's legal interests. If hospitals may refuse consent, or dictate the timing of a treatment order, for any reason, including its internal operations and wait lists, it would be a significant derogation from Part XX.1's comprehensive scheme of judicial controls and tight timelines. Only judges will be able to assess the risks that would flow from failing to immediately treat an unfit accused because many of the greatest dangers will result not from the "medical urgency" of this treatment as seen by hospitals, but rather from the risks that such an accused would face in jail. Furthermore, the automatic stay of a treatment order upon appeal by the institution would be meaningless if the treatment order could not be issued absent hospital consent to all its terms and conditions. Rather, the scheme provides a stay and contemplates a hospital appeal precisely because certain "conditions" of the treatment order — including the timing — are decided by the court.

Thus while bed shortages are not a basis for the hospital to refuse consent, they are part of the circumstances in which the judge exercises her discretion in deciding the start date of a treatment order. If the hospital is concerned about bed unavailability, or its ability to safely carry out the treatment immediately, the discussion about triage can take place before the judge. In setting the start date for treatment, the judge will consider bed shortages, but she does so along with the liberty, security and procedural fairness interests of the accused, as well as assessing the impact on the accused of waiting in jail and the delays to the trial. If the court attaches what the hospital considers to be unreasonable conditions to a treatment order, the hospital may exercise its statutory right of appeal, and benefit from the automatic stay.

L'interprétation de ces dispositions à la lumière (1) des objectifs de la partie XX.1, du régime établi relatif aux ordonnances de traitement et de l'exigence relative au consentement, (2) du régime de contrôles et de supervision judiciaires stricts assujettis à des délais de rigueur et (3) des dispositions d'appel et de suspension automatique, fait ressortir que le consentement obligatoire représente uniquement l'assentiment de l'hôpital à administrer le traitement particulier. En rendant obligatoire le consentement de l'hôpital à toutes les modalités d'une « décision » prévoyant un traitement, on accorderait dans les faits aux hôpitaux un droit de veto considérable qu'ils pourraient opposer à une ordonnance de traitement sans égard aux intérêts juridiques de l'accusé. Si les hôpitaux avaient le pouvoir de refuser leur consentement ou de dicter le moment du traitement prévu dans l'ordonnance, pour quelque raison que ce soit, notamment en invoquant l'administration de l'hôpital et les listes d'attente, ce pouvoir constituerait une dérogation importante au régime complet de paramètres judiciaires et de délais serrés prévus à la partie XX.1. Seul un juge peut évaluer les risques qui découleraient du report de traitement d'un accusé inapte à subir son procès parce que bien des dangers, et des plus graves, découlent non pas de l'« urgence médicale » du traitement, évaluée par les hôpitaux, mais plutôt des risques auxquels cet accusé serait exposé en prison. En outre, la suspension automatique d'une ordonnance de traitement à la suite d'un appel interjeté par l'établissement serait dépourvue de tout sens si l'ordonnance de traitement ne pouvait pas être rendue sans le consentement de l'hôpital à l'ensemble de ses modalités. Le régime prévoit plutôt la suspension de l'ordonnance et un recours en appel pour l'hôpital précisément parce que certaines « modalités » de l'ordonnance, dont le moment du traitement, sont fixées par le tribunal.

Ainsi, bien que l'hôpital ne puisse invoquer la pénurie de places pour refuser son consentement, ce facteur s'inscrit dans les circonstances dont la juge tient compte, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, lorsqu'elle fixe la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance de traitement. L'hôpital préoccupé par la pénurie de places ou sa capacité d'administrer immédiatement le traitement de façon sécuritaire peut soulever la question du triage devant le juge. Pour fixer la date de début du traitement, la juge tient compte certes de la pénurie de places, mais également des intérêts de l'accusé en matière de liberté, de sécurité et d'équité procédurale ainsi que des conséquences du retard dans l'instruction de son procès pour l'accusé qui languit en prison. Si le tribunal assortit l'ordonnance de traitement de modalités que l'hôpital juge déraisonnables, l'hôpital peut exercer son droit d'appel légal et bénéficier de la suspension automatique.

The Court of Appeal was correct in deciding that the “forthwith” order in this case should not have been issued; however, this is not because the trial judge lacked jurisdiction to issue a treatment order. Rather, the hearing judge’s decision regarding the timing of the treatment order was not reasonable.

Cases Cited

By Rothstein and Cromwell JJ.

Referred to: *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326.

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. R.R.*, 2006 ONCJ 141 (CanLII); *R. v. Consuelo*, Ont. Ct. J., Toronto, Nos. 10-10001715, 10-10004017, 10-70009469, September 14, 2010 (unreported); *R. v. Procope*, Ont. Ct. J., Toronto, Nos. 10009107, 1200160, October 6, 2010 (unreported); *Centre for Addiction and Mental Health v. Al-Sherewadi*, 2011 ONSC 2272 (CanLII); *Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XX.1, ss. 672, 672.1 “disposition”, 672.11, 672.12, 672.13(1), 672.14, 672.23, 672.29, 672.46, 672.5(2), 672.54, 672.58, 672.59, 672.6, 672.61, 672.62, 672.63, 672.72, 672.75, 672.93.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 3, 3rd Sess., 34th Parl., October 4, 1991, pp. 3297-98.
Canada. House of Commons. Standing Committee on Public Safety and National Security. *Mental Health and Drug and Alcohol Addiction in the Federal Correctional System: Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security*, 3rd Sess., 40th Parl., December 2010.

La Cour d’appel a eu raison de conclure que l’ordonnance applicable « sur-le-champ » n’aurait pas dû être rendue en l’espèce. Or ce n’est pas que la juge président l’audience n’avait pas compétence pour rendre l’ordonnance de traitement, mais plutôt que sa décision à propos du moment du traitement prévu dans l’ordonnance n’était pas raisonnable.

Jurisprudence

Citée par les juges Rothstein et Cromwell

Arrêts mentionnés : *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. R.R.*, 2006 ONCJ 141 (CanLII); *R. c. Consuelo*, C.J. Ont., Toronto, nos 10-10001715, 10-10004017, 10-70009469, 14 septembre 2010 (non publié); *R. c. Procope*, C.J. Ont., Toronto, nos 10009107, 1200160, 6 octobre 2010 (non publié); *Centre for Addiction and Mental Health c. Al-Sherewadi*, 2011 ONSC 2272 (CanLII); *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie XX.1, art. 672, 672.1 « décision », 672.11, 672.12, 672.13(1), 672.14, 672.23, 672.29, 672.46, 672.5(2), 672.54, 672.58, 672.59, 672.6, 672.61, 672.62, 672.63, 672.72, 672.75, 672.93.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la sécurité publique et nationale. *La santé mentale et la toxicomanie dans le système correctionnel fédéral : Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale*, 3^e sess., 40^e lég., décembre 2010.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 3, 3^e sess., 34^e lég., 4 octobre 1991, p. 3297.

Centre for Addiction and Mental Health. “Statement of Principles and Practices for Admission Prioritization”, October 2010.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

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

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Blair and Hoy JJ.A.), 2012 ONCA 342, 111 O.R. (3d) 19, 259 C.R.R. (2d) 286, 292 O.A.C. 20, 94 C.R. (6th) 405, 284 C.C.C. (3d) 359, [2012] O.J. No. 2253 (QL), 2012 CarswellOnt 6369, setting aside a treatment disposition of Hogan J. Appeal dismissed.

Frank Addario and Paul Burstein, for the appellant.

Riun Shandler, Grace Choi and Dena Bonnet, for the respondent Her Majesty The Queen.

Jonathan C. Lisus, Eric R. Hoaken and Ian C. Matthews, for the respondent the Person in Charge of the Centre for Addiction and Mental Health.

James P. Thomson and Janice E. Blackburn, for the respondent the Person in Charge of the Mental Health Centre Penetanguishene.

Richard Kramer and Ginette Gobeil, for the intervener the Attorney General of Canada.

Dominique A. Jobin and Caroline Renaud, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Jill R. Presser and Anita Szigeti, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

Suzan E. Fraser and Mercedes Perez, for the intervener the Mental Health Legal Committee.

Centre de toxicomanie et de santé mentale. « Statement of Principles and Practices for Admission Prioritization », October 2010.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Simmons, Blair et Hoy), 2012 ONCA 342, 111 O.R. (3d) 19, 259 C.R.R. (2d) 286, 292 O.A.C. 20, 94 C.R. (6th) 405, 284 C.C.C. (3d) 359, [2012] O.J. No. 2253 (QL), 2012 CarswellOnt 6369, qui a infirmé une ordonnance de traitement rendue par la juge Hogan. Pourvoi rejeté.

Frank Addario et Paul Burstein, pour l’appelant.

Riun Shandler, Grace Choi et Dena Bonnet, pour l’intimée Sa Majesté la Reine.

Jonathan C. Lisus, Eric R. Hoaken et Ian C. Matthews, pour l’intimé le responsable du Centre de toxicomanie et de santé mentale.

James P. Thomson et Janice E. Blackburn, pour l’intimé le responsable du Centre de santé mentale de Penetanguishene.

Richard Kramer et Ginette Gobeil, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Dominique A. Jobin et Caroline Renaud, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

Jill R. Presser et Anita Szigeti, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

Suzan E. Fraser et Mercedes Perez, pour l’intervenant Mental Health Legal Committee.

The judgment of LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell and Gascon JJ. was delivered by

ROTHSTEIN AND CROMWELL JJ. —

I. Introduction

[1] When an accused person has been found unfit to stand trial and the other statutory requirements have been met, the court may make a disposition order directing that treatment be carried out for a specified period not exceeding 60 days and on such conditions as the judge considers appropriate for the purpose of making the accused fit to stand trial. The disposition order may not be made, however, without the consent of either the person in charge of the hospital where the accused is to be treated or the person to whom responsibility for the treatment of the accused has been assigned. (For ease of reference, we will refer to this as the hospital's consent.)

[2] The main issue on appeal is whether, as the appellant contends, the court may make a disposition order directing that treatment begin immediately even though the hospital or treating physician does not consent to that disposition. In our view, the answer to this question is “no” in all but the rare case in which a delay in treatment would breach the accused's rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and an order for immediate treatment is an appropriate and just remedy for that breach.

[3] Thus, while we would dismiss the appeal, we respectfully disagree with our colleague Karakatsanis J. that the hospital's consent relates only to the treatment ordered in the disposition and not to the disposition order itself. As we see it, that reading of the relevant provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, cannot be reconciled with its unambiguous text. The *Code* specifically distinguishes between consent to treatment and consent to the disposition and explicitly requires that a disposition may not be made without the hospital's consent. The hospital consent is required for the disposition order in its entirety, not simply to

Version française du jugement des juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell et Gascon rendu par

LES JUGES ROTHSTEIN ET CROMWELL —

I. Introduction

[1] Lorsqu'un accusé est jugé inapte à subir son procès et que les autres conditions légales sont remplies, le tribunal peut rendre une décision prévoyant le traitement de l'accusé pour une période maximale de 60 jours et assortir cette décision de modalités afin de le rendre apte à subir son procès. Cette décision est toutefois subordonnée au consentement du responsable de l'hôpital où l'accusé doit subir le traitement ou de la personne que le tribunal charge de ce traitement. (Par souci de commodité, nous emploierons pour désigner cet assentiment l'expression « consentement de l'hôpital ».)

[2] La Cour doit déterminer principalement si, comme l'appelant le soutient, le tribunal peut ordonner que le traitement débute immédiatement même si l'hôpital ou le médecin traitant ne consentent pas à cette décision. Nous sommes d'avis qu'il ne peut pas, sauf dans les rares cas où retarder le traitement porterait atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte canadienne des droits et libertés* et où une ordonnance de traitement immédiat constituerait une réparation convenable et juste d'une telle atteinte.

[3] Ainsi, bien que nous soyons d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi, nous ne partageons pas l'opinion de notre collègue, la juge Karakatsanis, selon laquelle le consentement de l'hôpital porte uniquement sur le traitement prévu dans la décision et non sur la décision même. Selon nous, le libellé non ambigu des dispositions applicables du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ne permet pas une telle interprétation. Le *Code* établit une distinction précise entre le consentement au traitement et le consentement à la décision, et il dispose expressément que la décision ne peut être rendue sans le consentement de l'hôpital. Ce consentement est

the treatment aspect of it. Read any other way, the appeal provisions relating to dispositions are incoherent. Moreover, the interpretation that we favour is consistent with the purpose of the scheme and the broader context in which it exists.

[4] The specific provisions of the *Criminal Code* dealing with UST accused that are relevant to this appeal are ss. 672.58 and 672.62. As we shall see, these provisions make clear that while the court may not make a disposition — which may include not only the treatment, but also the period of treatment and other conditions which the court considers appropriate — without the hospital’s consent, the accused’s consent is dispensed with in relation *only* to the treatment to “be carried out pursuant to a disposition”.

672.58 [Treatment disposition] Where a verdict of unfit to stand trial is rendered and the court has not made a disposition under section 672.54 in respect of an accused, the court may, on application by the prosecutor, by order, direct that treatment of the accused be carried out for a specified period not exceeding sixty days, subject to such conditions as the court considers appropriate and, where the accused is not detained in custody, direct that the accused submit to that treatment by the person or at the hospital specified.

672.62 (1) [Consent of hospital required for treatment] No court shall make a disposition under section 672.58 without the consent of

(a) the person in charge of the hospital where the accused is to be treated; or

(b) the person to whom responsibility for the treatment of the accused is assigned by the court.

(2) [Consent of accused not required for treatment] The court may direct that treatment of an accused be carried out pursuant to a disposition made under section 672.58 without the consent of the accused

Other relevant provisions referred to in these reasons are set out in the Appendix.

obligatoire à l’égard de la décision dans son ensemble, et non pas simplement à l’égard du traitement. Toute autre interprétation rendrait incohérentes les dispositions relatives à l’appel des décisions. En outre, l’interprétation que nous privilégions est conforme à l’objet du régime et au contexte élargi dans lequel il s’inscrit.

[4] Les dispositions du *Code criminel* relatives à l’inaptitude d’un accusé à subir son procès qui sont pertinentes en l’espèce sont les art. 672.58 et 672.62. Comme nous le verrons, elles prévoient clairement que le tribunal ne peut rendre une décision — laquelle peut porter non seulement sur le traitement, mais aussi sur sa période et les autres modalités que le tribunal fixe — sans le consentement de l’hôpital, mais que celui de l’accusé à l’égard *uniquement* de son « traitement [. . .] en conformité avec une décision » n’est pas obligatoire.

672.58 [Décision prévoyant un traitement] Dans le cas où un verdict d’inaptitude à subir son procès a été rendu à l’égard de l’accusé et à la condition que le tribunal n’ait rendu aucune décision à son égard en vertu de l’article 672.54, le tribunal peut, sur demande du poursuivant, rendre une décision prévoyant le traitement de l’accusé pour une période maximale de soixante jours, sous réserve des modalités que le tribunal fixe et, si celui-ci n’est pas détenu, lui enjoignant de s’y soumettre et de se présenter à la personne ou à l’hôpital indiqué.

672.62 (1) [Consentement obligatoire de l’hôpital] Le tribunal ne peut rendre une décision en vertu de l’article 672.58 sans le consentement du responsable de l’hôpital où l’accusé doit subir le traitement, ou de la personne que le tribunal charge de ce traitement.

(2) [Consentement de l’accusé non obligatoire] Le tribunal peut ordonner le traitement de l’accusé en conformité avec une décision rendue en vertu de l’article 672.58 sans le consentement de celui-ci

Les autres dispositions pertinentes mentionnées dans les présents motifs sont reproduites à l’annexe.

II. Facts, Proceedings and Issues

[5] The appellant was charged with sexual assault. When he appeared in court, he was in a psychotic state and was declared unfit to stand trial (“UST”). Crown counsel recommended a treatment order. When asked about security concerns, a psychiatrist testified that treatment at Oak Ridge, a facility at the Mental Health Centre Penetanguishene (“MHCP”), would make more sense than the Centre for Addiction and Mental Health (“CAMH”), another hospital with which he had experience. The Crown stated that a bed would be available at Oak Ridge no later than the 19th of April which was six days after the date of the hearing. The hearing judge, Hogan J., issued a “forthwith” treatment order pursuant to s. 672.58 of the *Criminal Code* directing that the appellant shall be treated at “CAMH or designate (preferably Oakridge [*sic*]”, he shall remain in custody at “CAMH or designate”, and he shall “be taken directly from court to the designated hospital and from hospital directly back to court” and not to “a jail or correctional facility under any circumstances” (A.R., vol. I, at p. 2).

[6] Reasons for judgment were not issued but during the proceedings, the hearing judge said:

When I made a determination that as of today this individual needs to have a treatment order[,] I have based that on expert psychiatric opinion. I would be negligent and derelict in my duty and my responsibilities [i]f I were to say, well it is okay, he has — you know he is the subject of a treatment order which I consider to be an extreme measure

. . . I make orders that people [are] against sometimes, not always, but essentially against their will have drugs administered to them. That is extraordinarily serious and we do that because we feel it is absolutely necessary and that means now, not a week from now and I understand

II. Faits, historique judiciaire et questions litigieuses

[5] L’appelant était accusé d’agression sexuelle. Il était en psychose lorsqu’il a comparu, et il a été déclaré inapte à subir son procès. L’avocate du ministère public a recommandé que soit rendue une décision prévoyant un traitement. Interrogé au sujet des risques sur le plan de la sécurité, un psychiatre a indiqué qu’il serait préférable que l’accusé soit traité à Oak Ridge, un établissement du Centre de santé mentale de Penetanguishene (« MHCP »), plutôt qu’au Centre de toxicomanie et de santé mentale (« CAMH »), un autre hôpital avec lequel il avait travaillé. L’avocate du ministère public a indiqué qu’une place à Oak Ridge se libérerait le 19 avril au plus tard, soit six jours après la date de l’audience. La juge Hogan, qui présidait l’audience, a rendu, en vertu de l’art. 672.58 du *Code criminel*, une ordonnance de traitement applicable [TRADUCTION] « sur-le-champ », ordonnant que l’appelant soit traité « au CAMH ou à l’établissement désigné (Oakridge [*sic*] de préférence) », qu’il demeure sous garde au « CAMH ou à l’établissement désigné » et qu’il soit « conduit directement de la salle d’audience à l’hôpital désigné puis de l’hôpital à la salle d’audience » mais qu’il ne soit « en aucun cas conduit à une prison ou à un établissement correctionnel » (d.a., vol. I, p. 2).

[6] La juge n’a pas assorti le jugement de motifs, mais elle a indiqué ce qui suit à l’audience :

[TRADUCTION] Lorsque j’ai décidé que cette personne doit dès aujourd’hui faire l’objet d’une ordonnance de traitement, c’est une décision qui repose sur une preuve d’expert psychiatrique. Je ferais preuve de négligence et je manquerais à mon devoir et à mes responsabilités si je disais, bon ça va, il a — vous savez il fait l’objet d’une ordonnance de traitement, ce que je considère être une mesure extrême

. . . je rends des ordonnances selon lesquelles des gens contre, parfois, pas toujours, mais essentiellement contre leur volonté doivent se faire administrer des médicaments. C’est extrêmement sérieux, et nous les rendons parce que nous estimons que c’est absolument nécessaire,

that, as I said, and I do not do it lightly when I do things like this, but I understand it does create disruption. But, you know, it would probably be better if he is in a bed in the hall of a psychiatric hospital than if he is in the medical unit not getting what I have been told is absolutely necessary treatment for, you know, a week.

. . .

. . . if it is okay to have him wait a week then we should not be asking for treatment orders today and I should not be making them; it is not okay.

. . .

. . . if we are prepared to do something as serious as make treatment orders and then say, but it is okay they can sit in a jail bed. That is not appropriate. We have a mental health system here that is supposed to treat people and you know ordering treatment orders is one of the most serious things we can do in terms of the mental health system and yet we cannot seem to provide a bed for them to get treated in and that is totally unacceptable. And I understand the argument but it is not an argument that carries any weight with me . . .

. . .

. . . I am prepared to be flexible where he goes as long as it is a hospital. I know Oak Ridge is preferable but in these circumstances I can be flexible about that.

. . . so if I say CAMH or designate; I will ask that the order say preferably Oak Ridge, but I think getting him to a hospital at least, initially, is probably the most important thing . . . [A.R., vol. I, at pp. 7-11]

[7] Court services delivered the appellant to the Mental Health Centre Penetanguishene and left him in a hallway.

[8] The respondent hospitals appealed the timing aspect of the disposition under s. 672.72(1) which provides for appeals “against a disposition . . . by a court”. (We note that if the appellant is right that a

ce qui veut dire maintenant, et non dans une semaine, et je comprends — comme je l’ai dit, je ne fais pas cela à la légère — mais je comprends que cela occasionne des bouleversements. Mais vous savez, il vaut probablement mieux qu’il soit dans un lit dans le couloir d’un hôpital psychiatrique que dans l’unité médicale où il ne reçoit pas un traitement qu’on m’a présenté comme absolument nécessaire, vous savez, pour une semaine.

. . .

. . . si le traitement peut attendre une semaine, alors on ne devrait pas demander d’ordonnance de traitement aujourd’hui, et je ne devrais pas la prononcer; ça n’est pas acceptable.

. . .

. . . si nous sommes disposés à prendre une mesure aussi grave qu’une ordonnance de traitement, puis dire d’accord ils peuvent attendre en prison. Ce n’est pas adéquat. Nous disposons ici d’un système de santé mentale censé traiter les gens, et vous savez, les ordonnances de traitement comptent parmi les mesures les plus graves que l’on peut prendre en matière de santé mentale, et pourtant nous semblons incapables de trouver des places pour que ces personnes soient traitées, et c’est tout à fait inacceptable. Je comprends l’argument, mais je ne suis pas disposée à lui accorder le moindre poids . . .

. . .

. . . Je suis prête à faire preuve de souplesse pour ce qui est de l’endroit où on l’envoie, à condition qu’il s’agisse d’un hôpital. Je sais qu’Oak Ridge est préférable, mais dans les circonstances je peux me montrer conciliante.

. . . alors, si je dis CAMH ou établissement désigné, je vais demander que l’ordonnance indique Oak Ridge de préférence, mais je pense que la chose la plus importante, initialement du moins, est de le faire admettre dans un hôpital . . . [d.a., vol. I, p. 7-11]

[7] Les services aux tribunaux ont conduit l’appellant au Centre de santé mentale de Penetanguishene et l’ont laissé dans un couloir.

[8] Les hôpitaux intimés, se prévalant du par. 672.72(1) prévoyant l’appel « d’une décision d’un tribunal », ont interjeté appel de l’aspect temporel de la décision. (Signalons que si l’argument de

“disposition” does not include timing, there would be no right of appeal of the timing aspect of the disposition order under this provision. No one has ever taken this position.) Notwithstanding that the appellant thereafter was treated, eventually returned to court, and the charge was stayed by the time the appeal began, the Court of Appeal proceeded to determine that ss. 672.58 and 672.62(1)(a) of the *Criminal Code* engage the rights to liberty and security of the person guaranteed under s. 7 of the *Charter*, but do not violate principles of fundamental justice.

[9] The Court of Appeal held that Hogan J. erred by acting on the basis that the consent requirement had been satisfied. It held that there was never any doubt that CAMH or its designate, MHCP, would admit the appellant. It noted that a memorandum of understanding between CAMH and 102 Mental Health Court provided a form of general consent to the placement and treatment of accused persons. It held that this memorandum implicitly provided that hospitals would have the necessary facilities, personnel, and resources for effective and safe treatment. It held that this implied that admission would be withheld when a bed was not available for safety reasons. It held that consent to treat a patient when a bed becomes available is not consent to accept a patient forthwith.

[10] The Court of Appeal accepted that a mentally unfit accused person’s right to liberty and security of the person is engaged but that the consent requirement in s. 672.62(1)(a) does not violate the principle of fundamental justice requiring procedural fairness because the consent requirement responds to a general reluctance in law to compel a medical practitioner or hospital authorities to administer treatment; it responds to the common law’s unwillingness to compel someone to submit involuntarily to medical treatment by assuring that “the treatment order process is initiated and . . . likely to produce positive results” (para. 52); it responds to the significant risks to patients and to

l’appelant voulant que cet aspect ne fasse pas partie de la « décision » était retenu, il ne pourrait être interjeté appel de la date du traitement en vertu du par. 672.72(1), ce qui n’a jamais été soutenu.) Même si l’appelant a été traité, qu’il a comparu à nouveau et que l’arrêt de l’instance a été prononcé avant le début de la procédure d’appel, la Cour d’appel a statué que l’art. 672.58 et le par. 672.62(1) du *Code criminel* mettent en jeu le droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l’art. 7 de la *Charte*, mais n’enfreignent pas les principes de justice fondamentale.

[9] La Cour d’appel était d’avis que le juge Hogan avait conclu à tort qu’il avait été satisfait à l’exigence relative au consentement. Selon la cour, il ne faisait aucun doute que le CAMH ou l’hôpital désigné, le MHCP, admettraient l’appelant. Elle a signalé qu’un protocole d’entente intervenu entre le CAMH et la salle d’audience 102 (le Tribunal pour les personnes ayant des troubles mentaux) constituait en quelque sorte un consentement général en vue du placement et du traitement des inculpés. Selon elle, ce protocole prévoyait implicitement que les hôpitaux disposent des installations, du personnel et des ressources nécessaires pour traiter ces personnes de façon efficace et sécuritaire, ce qui sous-entendait à son avis qu’en cas de pénurie de places, l’admission ne serait pas accordée pour des raisons de sécurité. Elle a indiqué que consentir à traiter un patient dès qu’une place se libère n’équivaut pas à consentir à admettre sur-le-champ ce patient.

[10] La Cour d’appel a reconnu que le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne d’un inculpé inapte pour cause de troubles mentaux à subir son procès était en cause, mais que l’exigence relative au consentement prévue au par. 672.62(1) n’enfreignait pas le principe de justice fondamentale qui exige le respect de l’équité procédurale, et ce pour les raisons suivantes : en exigeant le consentement, on reconnaît la réticence du droit à contraindre un professionnel de la santé ou la direction d’un hôpital à administrer un traitement; on reconnaît la réticence de la common law à imposer à quiconque un traitement médical contre son gré — en ce sens qu’on fait en sorte que [TRADUCTION] « la procédure

medical personnel, hospital staff and others when potentially violent psychotic patients are detained in settings where proper facilities are not available; and it permits Ontario's forensic psychiatric facilities to co-operate in triaging the needs of UST and NCR accused, matters not within the knowledge of the courts. The Court of Appeal concluded that it is not unreasonable that a UST accused may have to wait on some occasions for a short period of time until a bed becomes available in a designated psychiatric facility and there was no evidence that a six-day delay in starting treatment might impair the likelihood of the appellant becoming fit to stand trial.

[11] The Court of Appeal also held that s. 672.62(1)(a) is not void for vagueness or arbitrariness.

[12] On the further appeal to this Court, the appellant raises two main questions concerning the scope of the hospital's required consent:

1. Does the consent requirement relate to the timing of carrying out the order or just to the treatment itself?
2. If the consent requirement relates to the timing of carrying out the order, does the s. 672.58 order violate s. 7 of the *Charter*?

III. Analysis

A. *Does the Consent Requirement Relate to Timing?*

(1) The Approach to Statutory Interpretation

[13] In our view, the meaning of the relevant provisions, supported by an understanding of their full context, leads to the conclusion that the hospital or

relative à l'ordonnance de traitement soit entreprise et [. . .] susceptible de produire des résultats positifs » (par. 52) —; on mitige les risques considérables pour les patients, les professionnels de la santé et le personnel hospitalier, entre autres, qu'emporte la détention de psychotiques potentiellement violents dans un environnement non adapté et on habilite les établissements de psychiatrie médico-légale de l'Ontario à collaborer au triage des accusés inaptes à subir leur procès ou jugés non criminellement responsables, des questions dont le tribunal n'a pas une connaissance particulière. La Cour d'appel a conclu qu'il n'était pas déraisonnable qu'un accusé inapte doive parfois attendre un peu qu'une place dans un établissement psychiatrique désigné se libère et qu'il n'avait pas été démontré qu'une attente de six jours avant le début du traitement risquait d'empêcher l'appellant de devenir apte à subir son procès.

[11] La Cour d'appel a également statué que le par. 672.62(1) n'était pas nul, car il n'était ni imprécis, ni arbitraire.

[12] Devant notre Cour, l'appellant soulève principalement deux questions concernant la teneur du consentement obligatoire de l'hôpital :

1. L'exigence relative au consentement porte-t-elle sur la date d'exécution de l'ordonnance ou simplement sur le traitement même?
2. Si l'exigence relative au consentement porte effectivement sur la date d'exécution de l'ordonnance, la décision rendue en vertu de l'art. 672.58 enfreint-elle l'art. 7 de la *Charte*?

III. Analyse

A. *L'exigence relative au consentement porte-t-elle sur la date d'exécution de l'ordonnance?*

(1) La méthode d'interprétation des lois

[13] Nous estimons que le sens des dispositions pertinentes, interprétées à la lumière de l'ensemble du contexte dans lequel elles s'inscrivent, mène à

person in charge of treatment must consent to all the terms of a disposition ordering treatment and, if there is no consent, the order cannot be made. The terms of the order include when it is to be carried out and therefore consent relates to timing.

[14] This issue raises a question of statutory interpretation which must be resolved according to the modern principle of statutory interpretation: “the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1, citing E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), at p. 67). We underline that the starting point is the text of the provisions in their grammatical and ordinary sense. This is especially the case where, as here, the key term “disposition” is expressly defined in the statute. In our view, the appellant fails to do this.

(2) Statutory Context and Statutory Text

[15] It is helpful to begin by putting the most relevant provisions in their wider statutory context. The relevant provisions are found within Part XX.1 of the *Code* which deals with mental disorder. The twin purposes of this Part of the *Code* are protection of the public and fair treatment, in the sense of procedural fairness, of the accused: *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, at paras. 20, 21 and 44; see also *Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326, at para. 27.

[16] The *Code* provides that no court shall make a “disposition” under s. 672.58 without the consent of the hospital or person in charge of treatment. The provisions respecting “dispositions” are central to the legislative scheme set out in Part XX.1 of the

la conclusion que la décision prévoyant un traitement est subordonnée au consentement de l’hôpital ou de la personne chargée du traitement à toutes les modalités de la décision. Sans consentement, la décision ne peut être rendue. Les modalités dont la décision est assortie incluent la date d’exécution de l’ordonnance; par conséquent, le consentement porte sur la date du traitement.

[14] Se pose donc une question d’interprétation législative qu’il convient de résoudre conformément au principe moderne d’interprétation des lois, selon lequel [TRADUCTION] « il faut interpréter les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 1, citant E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), p. 67). Soulignons que le point de départ est le texte des dispositions, pris dans son sens ordinaire et grammatical, en particulier dans un cas comme celui-ci, où le terme déterminant « décision » est défini expressément dans la loi. À notre avis, ce n’est pas ce que fait l’appelant.

(2) Texte et contexte législatifs

[15] Il est utile de commencer par examiner les dispositions les plus pertinentes dans leur contexte législatif global. Ces dispositions se trouvent à la partie XX.1 du *Code*, laquelle porte sur les troubles mentaux et poursuit un double objet, soit la protection du public et le traitement équitable — au sens d’équité procédurale — de l’accusé (*Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, par. 20, 21 et 44; voir aussi *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326, par. 27.

[16] Aux termes du *Code*, le tribunal ne peut rendre une « décision » en vertu de l’art. 672.58 sans le consentement de l’hôpital ou de la personne chargée du traitement. Les dispositions relatives à la « décision » forment le pivot du régime établi à la

Code. Several provisions give both a court and a Review Board the authority to make various dispositions in relation to persons falling within the ambit of Part XX.1. Under the scheme, courts reach a “verdict” (respecting fitness to stand trial and criminal responsibility), both courts and Review Boards make a “disposition” (in relation to persons found UST and not criminally responsible) and Review Boards make a “placement decision” (with respect to a “dual status offender”, that is, a person who is both serving a sentence of imprisonment and is subject to a custodial disposition under Part XX.1).

[17] The key point is that “disposition” is a technical term, used throughout Part XX.1. While a disposition ordering treatment may be referred to as a “treatment order” in colloquial language, there is no such thing provided for in the *Code*. “Disposition” is a defined term. In the context of dispositions made by courts, a “disposition” is defined by s. 672.1 as meaning “an order made by a court” under s. 672.54 or s. 672.58, the latter being the provision that concerns us here.

[18] As s. 672.58 makes clear, a “disposition” ordering treatment under that section necessarily includes aspects relating to timing: it *must* set out a “specified period not exceeding sixty days” and it may be made “subject to such conditions as the court considers appropriate”, including presumably conditions related to timing. Moreover, a disposition comes into force on the day on which it is made or on any later day that the court specifies: s. 672.63.

[19] All of this makes it clear that a “disposition” under s. 672.58 necessarily has a temporal aspect both as to its beginning and its ending and may include other conditions that the court considers it appropriate to impose.

[20] The *Code* provides that “[n]o court shall make a disposition under section 672.58 without

partie XX.1 du *Code*. Plusieurs dispositions habilite le tribunal et la commission d’examen à rendre diverses décisions à l’égard des personnes tombant sous le coup de la partie XX.1. Suivant ce régime, le tribunal rend un « verdict » (au sujet de l’aptitude à subir un procès et de la responsabilité criminelle), le tribunal et la commission d’examen rendent tous deux une « décision » concernant la personne jugée inapte ou non responsable criminellement) et la commission d’examen rend une « ordonnance de placement » (visant un « contrevenant à double statut », c.-à-d. une personne devant purger une peine d’emprisonnement et faisant l’objet d’une décision de détention rendue en vertu de la partie XX.1).

[17] Essentiellement, le mot « décision » est employé, à la partie XX.1, dans une acception technique. Bien qu’on puisse utiliser le terme « ordonnance de traitement » en langue courante pour parler d’une décision prévoyant un traitement, le *Code* ne prévoit pas une telle ordonnance. Le terme « décision » est défini à l’art. 672.1; il s’agit de la « [d]écision rendue par un tribunal » en vertu de l’art. 672.54 ou de l’art. 672.58; c’est le second élément qui nous occupe en l’espèce.

[18] Comme l’indique clairement le texte de l’art. 672.58, la « décision » prévoyant un traitement rendue en vertu de cette disposition comporte nécessairement un aspect temporel : elle *doit* prévoir le traitement « pour une période maximale de soixante jours, sous réserve des modalités que le tribunal fixe », dont, selon toute probabilité, des modalités relatives à la date de la prise en charge thérapeutique. De plus, la décision entre en vigueur le jour où elle est rendue ou à la date ultérieure fixée par le tribunal (art. 672.63).

[19] Il en ressort donc clairement que la « décision » rendue en vertu de l’art. 672.58 comporte nécessairement un aspect temporel, en ce sens qu’elle précise tant le début que la fin de son exécution, et qu’elle peut inclure toute autre modalité fixée par le tribunal.

[20] Le *Code* dispose que « [l]e tribunal ne peut rendre une décision en vertu de l’article 672.58

the consent of (a) the person in charge of the hospital where the accused is to be treated; or (b) the person to whom responsibility for the treatment of the accused is assigned by the court”: s. 672.62. At paragraph 109, our colleague suggests that s. 672.62 provides for hospital consent with respect to only the “treatment” aspect of the disposition, and not the “disposition” generally. With respect, this is not how we read s. 672.62. If “[n]o court shall make a disposition . . . without . . . consent”, then the consent relates to the disposition. Further, as just discussed, a “disposition under section 672.58” necessarily has a temporal element. The hospital must consent to the “disposition”; there is nothing in the text to suggest that this requirement should be given anything other than its defined meaning in the *Code*. Consent is required to a “disposition” and “disposition” is defined to mean “an order made by a court under section 672.58”: s. 672.1. Thus the hospital’s consent is required to the disposition which the court makes under s. 672.58, not simply to certain aspects of it.

[21] This conclusion is supported by the meaning of the word “consent” and the context in which it is used in these provisions.

[22] The ordinary meaning of the word “consent” in the context of medical treatment is understood to be voluntary agreement to a medical course of action made with an appreciation of all material information and risks. The starting date of treatment is a material fact, going to the availability of the necessary bed and staff ready to execute the treatment order safely.

[23] The context in which the word “consent” is used in this scheme supports this broad understanding of the term. Where the *Code* intends to differentiate between consent to treatment and consent to a disposition order, it does so expressly. For example, in s. 672.62, subsection 1 deals with the hospital’s consent to “a disposition” whereas subsection 2 deals with the accused’s consent to “treatment . . . pursuant to a disposition”. Had the intention been to simply require the hospital’s

sans le consentement du responsable de l’hôpital où l’accusé doit subir le traitement, ou de la personne que le tribunal charge de ce traitement » (art. 672.62). Au paragraphe 109, notre collègue émet l’avis que le consentement de l’hôpital visé à l’art. 672.62 porte seulement sur l’aspect de la décision relatif au « traitement », et non sur la « décision » dans son ensemble. En toute déférence, nous ne pouvons interpréter ainsi l’art. 672.62. Si « [l]e tribunal ne peut rendre une décision [. . .] sans le consentement », alors le consentement porte sur la décision. En outre, la « décision [rendue] en vertu de l’article 672.58 » comporte nécessairement, comme nous venons de le voir, un aspect temporel. L’hôpital doit consentir à la « décision »; rien dans le texte n’indique qu’il faille donner à cette exigence un sens qui diffère de la définition énoncée au *Code*. L’hôpital doit consentir à la « décision », ce terme étant défini à l’art. 672.1 ainsi : « décision rendue par un tribunal en vertu de l’article 672.58 ». En conséquence, l’hôpital doit consentir à la décision rendue en vertu de l’art. 672.58, et non pas uniquement à certains aspects de cette dernière.

[21] Le sens du mot « consentement » et le contexte de son emploi dans les dispositions en cause appuient une telle conclusion.

[22] Le terme « consentement » a pour sens ordinaire, dans le contexte d’un traitement médical, l’assentiment volontaire à une intervention médicale donné après une appréciation générale des renseignements et des risques pertinents. La date du début du traitement constitue un fait pertinent, qui concerne la disponibilité des places et du personnel nécessaires à l’exécution sécuritaire de l’ordonnance de traitement.

[23] Le contexte dans lequel s’inscrit l’emploi du mot « consentement » dans ce régime étaye cette conception large du terme. Dans les cas où le législateur veut établir une distinction entre le consentement au traitement et le consentement à la décision, il le fait expressément. Par exemple, le par. 672.62(1) prévoit le consentement de l’hôpital à « une décision », tandis que le par. 672.62(2) prévoit le consentement de l’accusé au « traitement [. . .] en conformité avec une décision ». Si le législateur

consent to the proposed treatment, language similar to that used in subsection 2, which links consent only to the treatment, could have made that intent clear. Instead, subsection 1 links the hospital's consent to the "disposition" not merely to the "treatment of an accused . . . carried out pursuant to a disposition" as in subsection 2. This demonstrates that Parliament, which took care to define the term "disposition", used the term in its defined sense — as it did in relation to hospital consent under s. 672.62(1) — and used different language to refer only to the treatment component of a disposition — as it did in relation to the accused's consent in s. 672.62(2).

[24] Given that "disposition" is a defined term meaning the "order made by a court under section 672.58" and the *Code* explicitly requires the hospital's consent to a disposition under that section, we see no possible ambiguity in the text of these provisions. Any possible doubt is dispelled by the clear distinction in s. 672.62 between, on the one hand, the hospital's consent to the "disposition" which is required under s. 672.62(1) and, on the other hand, the accused's consent to "treatment . . . carried out pursuant to a disposition" which is not required. We do not see how Parliament could have more clearly expressed its intent that the hospital's consent in s. 672.62(1) relates to all the provisions of the disposition, including when treatment will begin as well as what is to be done.

[25] Our colleague Karakatsanis J. reads the appeal provisions in Part XX.1 as supporting the appellant's view that consent to a disposition order does not require consent to the timing aspects of the disposition order. We respectfully disagree. As we see it, the interpretation that we propose is reinforced, not weakened, by the appeal provisions in Part XX.1. Under s. 672.72(1), "[a]ny party may appeal against a disposition made by a court . . . on

avait voulu que le consentement obligatoire de l'hôpital porte uniquement sur le traitement envisagé, il aurait pu, pour manifester clairement son intention, adopter un libellé semblable à celui du par. 672.62(2), où le consentement vise seulement le traitement. Or, aux termes du par. 672.62(1), le consentement de l'hôpital porte sur la « décision », non pas uniquement sur le « traitement de l'accusé en conformité avec une décision », comme au par. 672.62(2). Cette distinction démontre que le législateur, qui a pris soin de définir le terme « décision », l'emploie au sens de la définition — comme au par. 672.62(1) en ce qui concerne le consentement de l'hôpital — et emploie une formulation différente lorsqu'il n'est question que de l'élément de la décision relatif au traitement — comme au par. 672.62(2) en ce qui concerne le consentement de l'accusé.

[24] Le mot « décision » étant un terme défini signifiant « décision rendue par un tribunal en vertu de l'article 672.58 » et le *Code* exigeant expressément le consentement de l'hôpital à la décision rendue en vertu de l'art. 672.58, il n'y a aucune ambiguïté dans le texte de ces dispositions selon nous. La distinction claire que l'art. 672.62 établit entre d'une part le consentement de l'hôpital à la « décision », obligatoire aux termes du par. 672.62(1), et d'autre part le consentement de l'accusé à son « traitement [. . .] en conformité avec une décision », qui n'est pas obligatoire aux termes du par. 672.62(2), vient dissiper tout doute susceptible de subsister. Nous ne voyons pas comment le législateur aurait pu exprimer plus clairement l'intention voulant que le consentement de l'hôpital visé au par. 672.62(1) concerne tous les éléments de la décision, dont la date de début du traitement en plus de la teneur de ce dernier.

[25] Notre collègue, la juge Karakatsanis, considère que les dispositions de la partie XX.1 prévoyant un droit d'appel appuient la prétention de l'appelant selon laquelle le consentement à une décision n'emporte pas le consentement à son aspect temporel. Nous ne sommes pas d'accord. Selon nous, les dispositions de la partie XX.1 prévoyant un droit d'appel appuient l'interprétation que nous proposons; elles ne l'ébranlent pas. Aux termes du

any ground of appeal that raises a question of law or fact alone or of mixed law and fact.” This, of course, is the provision that allowed the hospital in this case to appeal the judge’s “forthwith” disposition order. However, the appellant contends that the “disposition” under s. 672.58 does not include the timing of the treatment which is ordered. It follows that, on the appellant’s reading of the *Code*, the term “disposition” means something different in ss. 672.58 and 672.62 than it does in s. 672.72. If, as the appellant contends, consent to a “disposition” as required by s. 672.62 does not require consent as to timing of treatment, it must follow that an appeal under s. 672.72 from a “disposition” cannot relate to the timing of the treatment either. Respectfully, this simply cannot be the case. “Disposition” is a defined term: it means an “order made by a court under section 672.58”. The term “disposition” must bear this meaning everywhere it is used in Part XX.1 of the *Code*. The appellant offers no explanation as to why the express definition of the term applies in the appeal provisions but not in the treatment disposition provisions even though both the consent requirement and the right of appeal relate to a disposition under s. 672.58.

[26] We also, respectfully, cannot agree that if the hospital’s consent were required to the timing aspect of a disposition, there would be no point in providing the hospital with a right of appeal as it could simply refuse to consent. This case shows that this line of argument is incorrect. The appeal process under Part XX.1 permitted the judge’s forthwith order in this case to be appealed and her legal error in making it to be corrected on appeal.

[27] The appellant argues that consent in relation to a s. 672.58 disposition order must not include timing because the institutions do not have any right to refuse to accept immediately patients on other court-ordered placements as, for example, under s. 672.11 (psychiatric assessments) and s. 672.54(c) and s. 672.46(2) (transfers to a psychiatric institution or to a hospital). In effect, the appellant urges

par. 672.72(1), « [t]oute partie aux procédures peut interjeter appel [. . .] d’une décision d’un tribunal [. . .] pour tout motif de droit, de fait ou mixte de droit et de fait. » C’est, bien sûr, en vertu de cette disposition que l’hôpital en cause a interjeté appel de la décision de la juge ordonnant le traitement « sur-le-champ ». L’appelant soutient toutefois que la « décision » rendue en vertu de l’art. 672.58 n’inclut pas la date du traitement. Il découlerait de son interprétation du *Code* que le mot « décision » n’a pas le même sens aux art. 672.58 et 672.62 qu’à l’art. 672.72. Si, comme l’appelant le soutient, le consentement à la « décision » exigé par l’art. 672.62 ne requiert pas de consentement quant à la date du traitement, il s’ensuit que l’appel d’une « décision » intenté en vertu de l’art. 672.72 ne peut porter sur cet aspect non plus. Ce raisonnement ne saurait tenir. Le mot « décision » est défini : il s’entend d’une « décision rendue par un tribunal en vertu de l’article 672.58 ». Il doit donc toujours s’interpréter ainsi au sein de la partie XX.1 du *Code*. L’appelant n’avance aucun argument pour expliquer pourquoi la définition expresse de ce mot s’appliquerait aux dispositions prévoyant un droit d’appel, mais non à celles qui ont trait à la décision prévoyant un traitement, alors que l’exigence relative au consentement et le droit d’appel concernent tous deux la décision rendue en vertu de l’art. 672.58.

[26] Nous ne pouvons non plus nous rallier à l’opinion selon laquelle, si le consentement de l’hôpital quant à l’aspect temporel de la décision était aussi obligatoire, point ne serait besoin de prévoir de droit d’appel pour l’hôpital, car ce dernier pourrait simplement refuser son consentement. La présente espèce fait apparaître la faille dans ce raisonnement. La procédure d’appel prévue à la partie XX.1 a permis qu’un appel soit interjeté de l’ordonnance applicable sur-le-champ rendue par la juge et que l’erreur de droit commise soit corrigée.

[27] L’appelant fait valoir que le consentement requis à l’égard de la décision rendue en vertu de l’art. 672.58 ne porte pas sur la date du traitement parce que les établissements ne jouissent pas du droit de refuser l’admission immédiate d’un patient ordonnée en application d’autres dispositions, notamment l’art. 672.11 (évaluation psychiatrique), l’al. 672.54c) et le par. 672.46(2) (transfèrement à

us to infer from the fact that hospital consent to timing is not required in these situations that it similarly should not be required under s. 672.62. We cannot agree.

[28] Section 672.58 is unique in that it requires an accused to be subject to treatment and authorizes medical personnel to administer it without the accused's consent. The section is not concerned simply with admission but with treatment upon admission. Thus, the provision deals with distinct situations and this argues against drawing any inference from distinct and different provisions about the meaning of this one. Moreover, any potential inference that might otherwise be drawn from the absence of a consent requirement in these other provisions is negated by the language in s. 672.62. It expressly makes the hospital's consent relate to the disposition order itself, not simply to the treatment to be carried out pursuant to it.

(3) The Broader Context

[29] The interpretation that we arrive at looking at the text of the provisions in their statutory context is reinforced by other, broader contextual considerations. We will refer to the purpose of the scheme and the artificiality of separating "treatment" from "timing" in this context.

[30] We agree with the respondent Attorney General of Ontario that the purposes of this scheme point to a broad understanding of the requirement for hospital consent.

[31] An order under s. 672.58 is extraordinary in at least two respects. First, it directs that treatment of an accused be carried out without the accused's consent. The exceptional nature of this power was noted by the then Justice Minister Kim Campbell when she introduced the legislation in 1991:

At present, there is no power to order a person detained pursuant to a Lieutenant-Governor's warrant to submit to treatment involuntarily. Apart from emergency, there is

un établissement psychiatrique ou à un hôpital). Il nous invite à inférer du fait que le consentement de l'hôpital quant à la date d'exécution de ces autres mesures n'est pas obligatoire qu'il ne devrait pas l'être non plus dans le cas de l'art. 672.62. Nous ne sommes pas d'accord.

[28] Parce qu'il oblige un accusé à se soumettre à un traitement et qu'il autorise le personnel médical à administrer ce traitement sans le consentement de l'accusé, l'art. 672.58 revêt un caractère unique. Cette disposition ne porte pas simplement sur l'admission, mais porte aussi sur le traitement après l'admission. Puisqu'elle vise une situation particulière, il faut se garder d'en établir le sens à partir de dispositions distinctes. Qui plus est, le libellé de l'art. 672.62 fait obstacle à toute inférence que l'on pourrait tirer de l'absence d'une exigence de consentement dans ces autres dispositions. Il dispose en termes exprès que le consentement de l'hôpital porte sur la décision même, non simplement sur le traitement à administrer en exécution de cette décision.

(3) Le contexte général

[29] D'autres facteurs contextuels généraux viennent étayer notre interprétation du texte des dispositions dans leur contexte législatif, notamment l'objet du régime et la distinction artificielle entre le « traitement » et la « date du traitement » dans ce contexte.

[30] Nous partageons l'opinion du procureur général de l'Ontario selon laquelle les objets du régime témoignent d'une conception large de l'exigence relative au consentement de l'hôpital.

[31] La décision rendue en vertu de l'art. 672.58 est extraordinaire à deux égards au moins. Premièrement, elle enjoint à un accusé de se soumettre à un traitement sans son consentement. En 1991, lors du dépôt du projet de loi dont il est issu, la ministre de la Justice Campbell a souligné la nature exceptionnelle d'un tel pouvoir :

À l'heure actuelle, il est impossible d'ordonner à une personne détenue en vertu d'un mandat du lieutenant[-]gouverneur de se soumettre contre sa volonté à

no power to treat an accused without obtaining consent. We have concluded that the general rule preventing the involuntary treatment of mentally disordered accused ought to be preserved. However, subject to stringent safeguards, the bill permits a court to order involuntary treatment to make the accused fit to stand trial, thereby avoiding a potentially lengthy period of detention. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 3, 3rd Sess., 34th Parl., October 4, 1991, at pp. 3297-98)

[32] The *Code* establishes a number of special protections that highlight the unusual nature of this power. As provided for in s. 672.59, the order may only be made if the court is satisfied on the basis of testimony from a medical practitioner that a specific treatment should be administered for the purpose of making the accused fit to stand trial. That testimony must fulfill the detailed criteria set out in s. 672.59(2), including that the treatment is the least restrictive and least intrusive that could be specified for the purpose and that the risk of harm to the accused is not disproportionate to its anticipated benefit. The accused has important procedural rights including notice, and the right to challenge the application and certain treatments including the performance of psychosurgery or electro-convulsive therapy are not permitted: ss. 672.6 and 672.61.

[33] Second, by necessary implication, it authorizes medical personnel to carry out that treatment against the accused's wishes. This is a remarkable provision, given that informed consent of the patient is generally the *sine qua non* of medical treatment. However, s. 672.62, by requiring consent of the hospital or the person responsible for the accused's treatment, makes it clear that this provision does not oblige them to carry out the court's disposition order without their consent. As the Court noted in *Mazzei*, doing so "would constitute interference with the authority and responsibility of hospital authorities to provide medical services to persons in their custody according to *their* view of what is appropriate and effective": para. 34 (emphasis in original).

un traitement. Sauf dans les cas d'urgence, il est impossible de traiter un accusé sans obtenir au préalable son consentement. Nous avons conclu qu'il fallait maintenir la règle générale interdisant de traiter un accusé atteint de troubles mentaux contre son gré. Cependant, sous réserve de garanties très strictes, le projet de loi permet à un tribunal d'ordonner à l'accusé de se soumettre, sans son consentement, à un traitement, afin qu'il soit apte à subir son procès, ce qui évite ainsi une détention qui pourrait être fort longue. [Nous soulignons.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 3, 3^e sess., 34^e lég., 4 octobre 1991, p. 3297)

[32] Le *Code* prévoit des mesures de protection qui soulignent le caractère inhabituel de ce pouvoir. Aux termes de l'art. 672.59, la décision ne peut être rendue que si le tribunal est convaincu, à la lumière du témoignage d'un médecin, qu'un traitement particulier devrait être donné à l'accusé afin de le rendre apte à subir son procès. Le témoignage doit respecter les critères détaillés énoncés au par. 672.59(2); il doit notamment établir que le traitement est le moins sévère et le moins privatif de liberté pouvant être prescrit et que le risque pour l'accusé n'est pas démesuré compte tenu des bénéfices espérés. L'accusé dispose de droits procéduraux importants, dont le droit d'être informé et le droit de contester la demande, et certains traitements, telles la psychochirurgie et la sismothérapie, sont interdits (art. 672.6 et 672.61).

[33] Deuxièmement, et par voie de conséquence logique, la décision rendue en vertu de l'art. 672.58 permet au personnel médical d'administrer ce traitement à l'accusé contre son gré. Il s'agit d'une disposition extraordinaire, vu que le consentement éclairé du patient constitue généralement la condition essentielle d'un traitement médical. Cependant, il ressort de l'art. 672.62, qui rend obligatoire le consentement de l'hôpital ou de la personne chargée du traitement de l'accusé, que l'exécution de la décision prévoyant un traitement n'est pas impérative sans leur consentement. Comme la Cour l'indique dans *Mazzei*, en imposer l'exécution « reviendrait à empiéter sur le pouvoir et la responsabilité des autorités de l'hôpital d'offrir des services médicaux aux personnes dont elles ont la garde selon ce qu'elles estiment approprié et efficace » (par. 34 (en italique dans l'original)).

[34] That understanding serves the purpose of safeguarding the accused; hospital consent is one of the “stringent safeguards” referred to by Minister Campbell and is designed to ensure that the order can be carried out safely, both with regard to the accused, other patients and medical personnel. Parliament also intended to respect the important role of the treatment provider and to acknowledge how intrusive these provisions are, not only in relation to the accused but in relation to the institutions and personnel who are called on to administer treatment against the patient’s will. The provisions recognize the importance of the treatment provider’s clinical judgment, not only as to the particular treatment but as to the location, among those designated by the Minister of Health, at which it is to be carried out.

[35] This broad understanding of the scope of the required consent is reinforced by the practical realities of providing involuntary treatment to potentially dangerous individuals. The timing of a treatment order for UST accused must be an element of the hospital’s consent because, from the hospital’s perspective, the time at which treatment is to be provided is inextricably linked to the hospital’s ability to provide treatment safely and effectively. The context of the involuntary treatment of a UST accused involves a number of safety considerations. Special precautions must be made when treating these individuals in order to protect the accused, other patients, staff and the public at large. These measures include all rooms being designed for single occupancy only, double air locking doors, furniture specially designed so it cannot be used as a weapon, specially trained staff, perimeter security, sally ports and specialized automated locking doors. If these facilities are not available at a given time, these safety concerns cannot be adequately met and the treatment cannot be provided safely.

[36] The appellant would have us draw a line between “suitability of treatment” — that is, whether

[34] Cette conception permet de réaliser l’objectif de protection de l’accusé; le consentement de l’hôpital fait partie des « garanties très strictes » mentionnées par la ministre Campbell, et il vise à assurer l’exécution sécuritaire de la décision, tant pour l’accusé, les autres patients que le personnel médical. Le législateur a également voulu respecter le rôle important du prestataire de traitement et reconnaître l’ingérence des dispositions législatives, non seulement dans les affaires de l’accusé mais aussi dans celles de l’établissement et du personnel appelés à traiter le patient contre son gré. Ces dispositions témoignent de l’importance accordée au jugement clinique du prestataire de traitement tant en ce qui a trait aux soins précis à prodiguer qu’à l’endroit, parmi ceux qu’a désignés le ministre de la Santé, où ils doivent l’être.

[35] Cette conception large de la teneur du consentement obligatoire est étayée par les réalités des traitements imposés aux personnes potentiellement dangereuses. Le consentement de l’hôpital porte nécessairement sur la date à laquelle l’ordonnance de traitement rendue à l’égard d’un accusé déclaré inapte doit être exécutée, car la période pendant laquelle le traitement sera administré est inextricablement liée, pour l’établissement, à sa capacité d’offrir pareils soins de façon efficace et sécuritaire. Le traitement sans son consentement d’un accusé inapte à subir son procès fait intervenir des questions de sécurité, et des précautions particulières s’imposent pour protéger l’accusé lui-même, les autres patients, le personnel et la population en général. Il faut notamment des chambres à occupation simple, des portes d’accès doubles séparées par un sas de sécurité, du mobilier spécialement conçu pour être impossible à convertir en arme, du personnel ayant reçu une formation particulière, un périmètre de sécurité, des entrées sécurisées et des portes spécialisées à verrouillage automatisé. Si, à un moment donné, aucune place n’est libre dans un tel environnement, les questions de sécurité ne peuvent être réglées convenablement et il est impossible d’administrer le traitement de façon sécuritaire.

[36] L’appelant voudrait que nous distinguions entre « l’opportunité du traitement » — c’est-à-dire

a specific UST accused will benefit from the type of treatment recommended to which the hospital must consent — and “timing of treatment” as to which its consent is not required. However, this is an artificial distinction in the real world of involuntary hospital treatment. It ignores the fact that the ability of the hospital to administer the suitable treatment is inextricably linked to whether it has the facilities and personnel available to do so. A treatment is not suitable if it cannot be administered.

[37] The artificiality of the distinction between “suitability” and “timing” can be seen by looking at the difference between a hospital that does not have the facilities at all and a hospital that does not have the facilities available “forthwith”. Not all hospitals are equipped to handle the most dangerous offenders; they simply do not have the appropriate facilities. Surely, a hospital can refuse to consent to treat a very dangerous offender if it does not have the appropriate facilities to handle him or her. This would not be considered a question of timing. Similarly, a hospital can acknowledge that a UST accused needs specific treatment, but recognize it does not have the proper facilities to treat him or her immediately. In both these cases, the hospital would be unable to provide safe treatment and therefore would be entitled to withhold consent under s. 672.62(1) because the hospital is not suited to safely treat the UST accused at that time. Timing is therefore an essential element of suitability and not distinct from it. Consent under s. 672.62(1) of the *Code* must therefore include timing.

[38] Interpreting consent to exclude the element of timing, as the appellant would have us do, leaves allocation of scarce medical and hospital resources to those needing treatment squarely in the hands of the courts. This undermines the ability of hospitals to make medical triage decisions, which could not have been the intent of Parliament in enacting s. 672.62(1) of the *Code*. In making a “forthwith”

la mesure dans laquelle le type de traitement recommandé, auquel l’hôpital doit consentir, sera bénéfique à l’accusé inapte à subir son procès — et « la date du traitement », qui n’est pas subordonnée au consentement de l’hôpital. Or, cette distinction se révèle artificielle dans la réalité des traitements hospitaliers imposés. Elle ne tient pas compte du fait que la capacité d’un établissement d’administrer le traitement approprié est inextricablement liée à la disponibilité des installations et du personnel nécessaires. Un traitement qui ne peut être administré ne saurait être opportun.

[37] Le caractère artificiel de cette distinction entre « l’opportunité » et « la date » du traitement est illustré par la comparaison entre un hôpital qui n’est pas équipé pour offrir ce type de places et un autre qui n’en a pas « sur-le-champ ». Ce ne sont pas tous les hôpitaux qui peuvent accueillir les contrevenants les plus dangereux; certains établissements n’ont tout simplement pas ce qu’il faut. Assurément, un hôpital peut refuser de consentir à traiter un contrevenant très dangereux s’il n’est pas équipé pour le faire. Un tel refus n’aurait rien à voir avec la date du traitement. De même, un hôpital peut convenir de la nécessité d’administrer un traitement particulier à un accusé inapte à subir son procès tout en indiquant ne pas disposer immédiatement d’une place convenable pour lui. Dans ces deux cas, l’hôpital serait incapable d’offrir un traitement sécuritaire et aurait le droit de réserver son consentement en vertu du par. 672.62(1), parce qu’il n’est pas alors en mesure de traiter de façon sécuritaire l’accusé inapte à subir son procès. La date du traitement constitue donc un élément essentiel, et non distinct, de l’opportunité du traitement. Par conséquent, le consentement visé au par. 672.62(1) du *Code* doit porter également sur la date du traitement.

[38] Suivant l’interprétation prônée par l’appellant, qui exclut de la portée du consentement la date du traitement, l’affectation des maigres ressources médicales et hospitalières destinées aux personnes ayant besoin de traitement relèverait complètement des tribunaux. La capacité des hôpitaux de procéder au triage s’en trouverait compromise, ce qui ne saurait avoir été l’intention du législateur lorsqu’il

treatment order, judges are necessarily deciding who will *not* get treatment forthwith just as they are deciding who will. Judges would be deciding who should get medical treatment first, but without any overall sense of the needs and priorities of others who their “forthwith” orders are displacing. Judges would, in effect, be making medical triage decisions but without the benefit of being informed about the other patients awaiting attention.

[39] This scheme requires a co-operative and mutually respectful approach if it is to function, and we encourage that approach. However, our colleague’s suggestion at paras. 118 and 122 that judges should routinely inquire into matters of bed availability or the hospital’s ability to safely carry out treatment immediately cannot have been Parliament’s intent in enacting the hospital consent provision. It does not strike us as likely that this scheme intended that the scarce resources of both the courts and the health care system should be devoted to judges micromanaging medical triage decisions and health care providers defending their triage decisions in court. Moreover, a judge’s decision to overrule the hospital on these matters may well affect the important rights and interests of other people needing treatment. Quite apart from the impracticality of seeing the judge’s role in this way, it also undermines rather than furthers the broader objectives of protecting the rights of the accused as well as those of others needing treatment and the broader public. We do not think, with respect, that these are matters that Parliament intended should routinely be decided by judges making disposition orders under s. 672.58 of the *Criminal Code*.

(4) Conclusion

[40] We conclude that the text, context and purpose of the provisions show that the hospital’s consent is required in relation to all the aspects of the disposition order made under s. 672.58 and, absent

a adopté le par. 672.62(1) du *Code*. En rendant une ordonnance applicable « sur-le-champ » dans un cas, le juge détermine du même coup qui sera *privé* du traitement administré sur-le-champ et qui en bénéficiera. Ainsi, le juge déterminerait qui recevrait le traitement en priorité, mais sans avoir une perception globale des besoins et priorités des autres dont le traitement serait retardé par suite de sa décision applicable « sur-le-champ ». Il procéderait dans les faits au triage sans disposer de renseignements sur les autres patients en attente de soins.

[39] Le bon fonctionnement du régime repose sur des rapports axés sur la coopération et le respect mutuel, que nous encourageons. Nous estimons toutefois que le législateur n’avait pas l’intention, en adoptant la disposition relative au consentement de l’hôpital, de voir les juges s’enquérir couramment de la disponibilité des places ou de la capacité d’un hôpital à administrer un traitement immédiatement et de façon sécuritaire, comme le propose notre collègue aux par. 118 et 122. Il nous paraît peu probable qu’il ait voulu, par ce régime, que les ressources limitées des systèmes de justice et de santé soient consacrées par les juges à dicter jusqu’aux décisions médicales de triage et par les prestataires de soins à défendre leurs décisions devant les tribunaux. En outre, la décision du juge rendue sans le consentement de l’hôpital à l’égard de telles questions risque fort de porter atteinte aux droits et intérêts importants d’autres personnes en attente de traitement. Même en faisant abstraction du manque de réalisme d’une telle conception du rôle judiciaire, cette décision compromet plus qu’elle ne soutient l’objectif général qui consiste à protéger les droits des accusés et des autres personnes en attente de traitement ainsi que le public. Avec égards, nous ne croyons pas que le législateur ait voulu que de telles questions soient tranchées couramment par des juges rendant des décisions en vertu de l’art. 672.58 du *Code criminel*.

(4) Conclusion

[40] Nous concluons qu’il ressort du texte, du contexte et de l’objet des dispositions que le consentement de l’hôpital doit porter sur tous les aspects de la décision rendue en vertu de l’art. 672.58, et que

that consent, the court may not make the order. This conclusion is subject only to what we will say in the next section of our reasons in relation to circumstances in which a judge is convinced that the hospital's refusal of consent breaches the accused's *Charter* rights and that an order for immediate treatment is an appropriate and just remedy for that breach.

B. *The Consent Requirement and Section 7 of the Charter*

[41] We agree with the Court of Appeal that the consent requirement does not deprive the accused of procedural fairness and that it is not unconstitutionally vague or arbitrary. To the extent that it has any potential to infringe the accused's s. 7 rights, we agree with the respondent CAMH that any potential violation of s. 7 rights results from the exercise of the hospital's discretion to withhold consent conferred in s. 672.62(1) in a particular case, and is not inherent in the section itself.

[42] No such breach was established. As the Court of Appeal pointed out, there is no evidence that a six-day delay in starting treatment might impair the likelihood of the appellant becoming fit to stand trial within the 60-day statutory window provided in s. 672.59(2), and there is no suggestion that the six-day delay in any other respect infringed the appellant's right to life, liberty or security of the person. There is, accordingly, no basis on which to find that the hospital's exercise of discretion not to consent to immediate admission for treatment had any unconstitutional effects on the appellant.

[43] That said, although we think it would be exceedingly rare, we would not rule out this possibility in other cases. A judge proposing to make a disposition is entitled to consider, in an appropriate case, whether a refusal of consent will have the effect of unconstitutionally limiting the accused's rights to life, liberty or security of the person in

la décision ne peut être rendue en l'absence de ce consentement. Cette conclusion est assortie d'une unique réserve, exposée dans la section suivante, relative aux circonstances dans lesquelles le juge est convaincu que le refus opposé par l'hôpital porte atteinte aux droits de l'accusé garantis par la *Charte* et qu'une décision prévoyant le traitement, applicable immédiatement, constitue une réparation convenable et juste.

B. *L'exigence relative au consentement et l'art. 7 de la Charte*

[41] À l'instar de la Cour d'appel, nous estimons que l'exigence relative au consentement ne prive pas l'accusé de son droit à l'équité procédurale et que cette disposition n'est ni imprécise ni arbitraire au point d'être inconstitutionnelle. Nous partageons l'avis du CAMH, intimé en l'espèce, selon qui s'il était porté atteinte aux droits d'un accusé garantis à l'art. 7, l'atteinte découlerait de l'exercice par l'hôpital du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 672.62(1) et l'habilité à réserver son consentement, et n'émanerait pas intrinsèquement de cette disposition.

[42] Nulle atteinte n'a été établie. Comme la Cour d'appel l'a signalé, il n'a pas été démontré que reporter de six jours le début du traitement pouvait compromettre les chances que l'appellant devienne apte à subir son procès dans le délai de 60 jours prévu par le par. 672.59(2), et rien n'indique qu'une telle attente ait de quelque autre manière porté atteinte au droit de l'appellant à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. En conséquence, rien ne nous amène à conclure que l'exercice par l'hôpital de son pouvoir discrétionnaire lui permettant de ne pas consentir à l'admission immédiate de l'appellant a eu des conséquences inconstitutionnelles pour ce dernier.

[43] Cela étant dit, nous n'écarterons pas pour autant la possibilité — extrêmement peu probable selon nous — que de telles conséquences surviennent dans d'autres affaires. Il est loisible au juge qui envisage de rendre ce type de décision, lorsque la question se pose, de déterminer si le refus du consentement restreindra inconstitutionnellement le

a fashion that does not accord with the principles of fundamental justice. If so persuaded, the judge would also be entitled to consider whether ordering an immediate admission would constitute an appropriate and just remedy for that breach. While we think the circumstances under which this inquiry is appropriate will be rare, the *Charter* assures that judges and not the person in charge of the hospital where the accused is to be treated will have the last word in terms of the disposition order where the accused's *Charter* rights would otherwise be compromised. That, however, is not this case.

IV. Disposition

[44] We would dismiss the appeal without costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Overview

[45] When an accused person is found unfit to stand trial under Part XX.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the court may order involuntary treatment to render that person fit for trial, provided that the hospital administering the treatment consents. Often, the hospital withholds its consent until mental health beds become available. Consequently, treatment cannot always start immediately.

[46] As a result, the unfit accused waits in line — typically in jail — for a bed to become free, and both treatment and the trial are delayed. Bed shortages in mental health hospitals thus create an ongoing tension between medical resource constraints and the accused's medical, legal and liberty interests.

droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne de l'accusé en contravention aux principes de justice fondamentale. S'il est convaincu que tel est le cas, le juge pourrait déterminer si l'admission immédiate de l'accusé constituerait une réparation convenable et juste. À notre avis, les circonstances se prêteront rarement à un tel examen. Toutefois, lorsque les droits constitutionnels de l'accusé sont menacés, l'application de la *Charte* fait en sorte que le juge — et non le responsable de l'hôpital où l'accusé doit suivre le traitement — aura le dernier mot quant à la décision prévoyant le traitement. Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce.

IV. Dispositif

[44] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi sans dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Aperçu

[45] Lorsqu'un accusé est jugé inapte à subir son procès en vertu de la partie XX.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, le tribunal peut ordonner qu'il soit assujéti contre son gré à un traitement afin de le rendre apte à subir son procès, sous réserve du consentement de l'hôpital qui administre ce traitement. Il arrive souvent que l'hôpital diffère son consentement tant qu'une place dans l'unité de santé mentale n'est pas libre. Le traitement ne peut donc pas toujours commencer immédiatement.

[46] Par conséquent, l'accusé inapte à subir son procès doit attendre son tour — habituellement en prison — jusqu'à ce qu'une place se libère, ce qui retarde à la fois son traitement et son procès. La pénurie de places dans les hôpitaux psychiatriques crée donc une tension entre, d'une part, les contraintes qui s'exercent sur les ressources médicales et, d'autre part, les intérêts de l'accusé sur les plans des soins médicaux, du droit et de la liberté.

[47] In this case, the accused was found unfit to stand trial. The hospital indicated that it would not have a bed available for six days, but the hearing judge nonetheless issued a treatment order directing that the accused be taken to hospital “forthwith”. The hospital appealed, and the Court of Appeal concluded that since the hospital had not consented to the start date of the order, the judge did not have the jurisdiction to issue the treatment order. Further, the Court of Appeal found that the consent provisions did not violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[48] The issue in this case is whether it is the court or the hospital that has the final say about when treatment shall commence when faced with bed shortages. Can a valid treatment order issue, absent hospital consent as to the timing of the order? The answer depends on the scope of hospital consent required before a treatment order can be made under Part XX.1 of the *Code*.

[49] The respondents, the Centre for Addiction and Mental Health (CAMH), the Mental Health Centre Penetanguishene (MHCP), and the Attorney General of Ontario, say that the hospital’s right to consent means that it must agree to all the terms and conditions of the treatment order before it can be issued. When there are bed shortages, hospitals have the right to determine when treatment will commence. Orders for treatment to start “forthwith” can result in overcrowding, compromising the safety of patients and staff, and the priority of other patients. Hospitals are in the best position to triage patients, and they can withhold consent on that basis.

[50] The appellant, Mr. Conception, says that the judge must have the final say as to when treatment

[47] En l’espèce, l’accusé a été jugé inapte à subir son procès. L’hôpital a indiqué qu’une place serait libre six jours plus tard, mais la juge président l’audience a quand même rendu une ordonnance de traitement selon laquelle l’accusé devait être conduit à l’hôpital [TRADUCTION] « sur-le-champ ». L’hôpital a interjeté appel, et la Cour d’appel a conclu que, l’hôpital n’ayant pas consenti à la date d’entrée en vigueur de la décision, la juge n’avait pas compétence pour rendre l’ordonnance de traitement. La Cour d’appel a en outre conclu que les dispositions relatives au consentement n’enfreignaient pas la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[48] La question à trancher en l’espèce est celle de savoir qui, du tribunal ou de l’hôpital, a le dernier mot en ce qui a trait au début du traitement en cas de pénurie de places. Le tribunal peut-il rendre une ordonnance de traitement valide sans le consentement de l’hôpital quant au moment du traitement prévu dans l’ordonnance? La réponse dépend de la portée du consentement obligatoire de l’hôpital auquel l’ordonnance de traitement prévue à la partie XX.1 du *Code* est subordonnée.

[49] Les intimés, le Centre de toxicomanie et de santé mentale (CAMH), le Centre de santé mentale de Penetanguishene (MHCP) et le procureur général de l’Ontario affirment qu’il découle du droit de consentement conféré à l’hôpital que l’établissement doit convenir de l’ensemble des modalités dont est assortie l’ordonnance de traitement pour que cette dernière puisse être rendue. Selon eux, lorsqu’il y a pénurie de places, les hôpitaux ont le droit de décider à quel moment le traitement commencera. Les décisions prévoyant un traitement « sur-le-champ » sont susceptibles d’engendrer la surpopulation, ce qui risque de compromettre la sécurité des patients et du personnel et d’évacuer la priorité des autres patients. Les hôpitaux sont les mieux placés pour effectuer le triage des patients et c’est pour cette raison qu’ils peuvent différer leur consentement.

[50] L’appelant, M. Conception, soutient que le juge doit avoir le dernier mot en ce qui a trait au

will commence. The hospital would only be able to assess the medical interests of the accused, in relation to other (waiting) patients, whereas the judge is able to consider all the interests at stake, including the alternative detention or release arrangements for the accused.

[51] For the reasons that follow, I conclude that the hospital's consent is not required to all the terms and conditions of the treatment order. When the consent requirement is read in its proper statutory context, it is clear that hospital consent is required for the specified treatment. The hospital must be willing, on medical grounds, to administer the particular treatment.

[52] Bed shortages and patient wait lists — the need to manage general resource pressures — do not permit a hospital to refuse, or defer, consent. It is the judge who will consider bed availability, along with the accused's liberty and security interests and the need for procedural fairness, in determining the timing of the treatment order. The hospital can advise the judge of any concerns about its ability to safely carry out the treatment on the date specified by the judge, even if it were to give the accused priority. Should the hospital consider the timing unreasonable, it may appeal the judge's decision and the treatment order will be automatically stayed.

[53] I agree with the Court of Appeal that the order in this case should not have been issued. However, while the Court of Appeal reasoned that consent is an “umbrella” term, requiring agreement with all aspects of the treatment order, including timing, I conclude that consent is focussed only on the specified treatment. Because of my conclusions on the meaning of “consent”, I need not consider the parties' arguments regarding the *Charter*.

début du traitement. Le rôle de l'hôpital se limite à évaluer l'intérêt médical de l'accusé par rapport à celui des autres patients (en attente), alors que le juge peut prendre en compte l'ensemble des intérêts en jeu, y compris les autres arrangements possibles de détention ou de mise en liberté.

[51] Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'hôpital n'a pas à consentir à toutes les modalités de l'ordonnance de traitement. Lorsque l'exigence relative au consentement est interprétée dans le contexte législatif pertinent, il en ressort que le consentement de l'hôpital est requis à l'égard du traitement particulier. L'hôpital doit être disposé médicalement à administrer le traitement particulier.

[52] La pénurie de places et les listes d'attente — qui ressortissent à la gestion des contraintes relatives aux ressources en général — n'autorisent pas l'hôpital à refuser ou à reporter son consentement. Il appartient au juge de soupeser d'une part la disponibilité d'une place et d'autre part l'intérêt de l'accusé en matière de liberté et de sécurité et le respect du principe de l'équité procédurale quand il s'agit de déterminer le moment du traitement prévu dans l'ordonnance. L'hôpital peut informer le juge de ses préoccupations quant à sa capacité d'administrer en toute sécurité le traitement à la date précisée dans l'ordonnance, même dans les cas où l'établissement accorde priorité à l'accusé. S'il estime que cette date est déraisonnable, il peut interjeter appel, et l'ordonnance de traitement sera automatiquement suspendue.

[53] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que l'ordonnance en l'espèce n'aurait pas dû être rendue. Toutefois, alors que la Cour d'appel estime que le terme consentement est un terme [TRADUCTION] « générique » et porte sur tous les éléments de l'ordonnance de traitement, dont le moment du traitement, je conclus pour ma part que le consentement ne vise que le traitement particulier. En raison de la conclusion à laquelle j'arrive sur la signification du « consentement », je n'ai pas à examiner les arguments des parties concernant la *Charte*.

II. History of the Proceedings

[54] Mr. Conception was arrested on a charge of sexual assault after grabbing the breast of a staff member at the CAMH while receiving treatment there. He appeared in court on April 13, 2010, the day after his arrest, and Hogan J. found him unfit to stand trial. Following the testimony of the CAMH forensic psychiatrist and the recommendation of Crown counsel, the judge decided to issue a treatment order.

[55] Crown counsel raised the issues of bed availability and safety. The psychiatrist testified that treatment would be more appropriate at MHCP because the accused's charge related to a staff member at CAMH. Crown counsel then relayed the information, received from CAMH's bed coordinator, that a bed would be available at MHCP within six days.¹

[56] The judge asked why she should leave it to hospital administrators to determine priority. Crown counsel submitted that the result of ordering that the accused receive a bed today would be to displace someone else on the waiting list. Not persuaded, the judge noted:

... I make orders that people against ... their will have drugs administered to them. That is extraordinarily serious and we do that because we feel it is absolutely necessary and that means now, not a week from now and I understand that, as I said, and I do not do it lightly when I do things like this, but I understand it does create disruption. But, you know, it would probably be better if he is in a bed in the hall of a psychiatric hospital than if he is in the medical unit [of a jail] not getting what I have been told is absolutely necessary treatment for, you know, a week. [A.R., vol. I, at pp. 8-9]

¹ Transcript of proceedings before Hogan J., A.R., vol. I, at p. 6.

II. Historique judiciaire

[54] M. Conception a été arrêté et accusé d'agression sexuelle après avoir empoigné le sein d'une employée du CAMH alors qu'il y recevait des soins. Il a comparu le 13 avril 2010, soit le lendemain de son arrestation, et la juge Hogan l'a jugé inapte à subir son procès. À la suite du témoignage du psychiatre légiste du CAMH et de la recommandation de l'avocate du ministère public, la juge a décidé de rendre une ordonnance de traitement.

[55] L'avocate du ministère public a soulevé des questions relatives à la disponibilité des places et à la sécurité. Selon le psychiatre, il valait mieux que le traitement soit administré au MHCP parce que l'accusation en cause concernait un membre du personnel du CAMH. L'avocate du ministère public a ensuite communiqué les renseignements que lui avait fournis le répartiteur du CAMH, selon lequel une place se libérerait au MHCP dans les six jours¹.

[56] La juge remettait en question l'opportunité de confier à des administrateurs d'hôpital le soin d'établir les priorités. L'avocate du ministère public a fait valoir qu'en ordonnant l'admission de l'accusé le jour même, on retarderait celle d'une autre personne en attente de traitement. Non convaincue, la juge a fait l'observation suivante :

[TRADUCTION] ... je rends des ordonnances selon lesquelles des gens contre [...] leur volonté doivent se faire administrer des médicaments. C'est extrêmement sérieux, et nous les rendons parce que nous estimons que c'est absolument nécessaire, ce qui veut dire maintenant, et non dans une semaine, et je comprends — comme je l'ai dit, je ne fais pas cela à la légère — mais je comprends que cela occasionne des bouleversements. Mais vous savez, il vaut probablement mieux qu'il soit dans un lit dans le couloir d'un hôpital psychiatrique que dans l'unité médicale [d'une prison] où il ne reçoit pas un traitement qu'on m'a présenté comme absolument nécessaire, vous savez, pour une semaine. [d.a., vol. I, p. 8-9]

¹ Transcription de l'audience présidée par la juge Hogan, d.a., vol. I, p. 6.

[57] The judge issued a treatment order which directed that Mr. Conception “be taken directly from court to the designated hospital and from hospital directly back to court. Accused is not to be taken to a jail or correctional facility under any circumstances.”² Court Services personnel delivered the appellant to MHCP and left him in a hallway.

[58] The hospitals, CAMH and MHCP, appealed the treatment order pursuant to s. 672.72 of the *Code*. The order was automatically stayed when the appeal was launched, pursuant to s. 672.75 of the *Code*. The appellant was eventually treated starting April 26, 2010, and his charges were stayed in June 2011.³ While the validity of the treatment order is now moot, all parties agreed that the underlying issues require resolution.

[59] In May 2012, the Ontario Court of Appeal allowed the appeal and set aside the treatment order.⁴ The court concluded that the judge did not have the jurisdiction to issue the treatment order without the consent of the hospital and that the hospital had the right to withhold consent to any term and condition including the commencement of the treatment period.

III. The Statutory Regime

A. *Part XX.1 of the Criminal Code*

[60] Part XX.1 of the *Code* deals with persons in the criminal justice system who are experiencing a mental health disorder. It authorizes courts to order assessments of accused persons who may be unfit to stand trial, or not criminally responsible for an offence, and to make appropriate dispositions in each case. It gives courts or Review Boards oversight

[57] La juge a rendu une ordonnance suivant laquelle M. Conception devait être [TRADUCTION] « conduit directement de la salle d’audience à l’hôpital désigné puis de l’hôpital à la salle d’audience. L’accusé ne doit être en aucun cas conduit à une prison ou à un établissement correctionnel. »² Les services aux tribunaux ont conduit l’appellant au MHCP et l’ont laissé dans un couloir.

[58] Les hôpitaux, à savoir le CAMH et le MHCP, ont interjeté appel de l’ordonnance de traitement en vertu de l’art. 672.72 du *Code*. L’application de la décision a été suspendue automatiquement lorsque l’appel a été interjeté, conformément à l’art. 672.75 du *Code*. Le traitement de l’appellant a commencé le 26 avril 2010, et les accusations ont été suspendues en juin 2011³. Bien que la validité de l’ordonnance de traitement revête à présent un caractère théorique, toutes les parties s’entendaient pour dire que les questions sous-jacentes devaient être tranchées.

[59] En mai 2012, la Cour d’appel de l’Ontario a accueilli l’appel et annulé l’ordonnance de traitement⁴. La cour a conclu que la juge n’avait pas compétence pour rendre l’ordonnance de traitement sans le consentement de l’hôpital et que ce dernier avait le droit de refuser son consentement à l’une ou l’autre des modalités dont la décision était assortie, y compris celle relative au début de la période de traitement.

III. Le régime législatif

A. *La partie XX.1 du Code criminel*

[60] La partie XX.1 du *Code* traite des personnes atteintes d’un trouble mental qui ont des démêlés avec la justice. Ces dispositions habilite le tribunal à ordonner l’évaluation d’un accusé soupçonné d’être inapte à subir son procès, ou non criminellement responsable d’une infraction, ainsi qu’à rendre les décisions qui s’imposent dans chaque cas.

² Treatment Order, A.R., vol. I, at p. 2.

³ A.R., vol. I, at pp. 59-67.

⁴ 2012 ONCA 342, 111 O.R. (3d) 19, at para. 77.

² Ordonnance de traitement, d.a., vol. I, p. 2.

³ d.a., vol. I, p. 59-67.

⁴ 2012 ONCA 342, 111 O.R. (3d) 19, par. 77.

of mentally ill accused who have been conditionally released or detained.

B. *Unfit to Stand Trial Regime*

[61] The cognitive threshold for fitness to stand trial is very low. A person could be ill enough to require civil commitment, but still be considered fit.⁵ The treatment order regime in Part XX.1 is intended only to bring mentally ill accused persons to the cognitive threshold required to proceed to trial.

[62] The issue of fitness may arise at any stage of the proceedings if the court has reasonable grounds to believe the accused is unfit to stand trial. The court may order an assessment (ss. 672.11 and 672.12) to determine whether the accused is unfit to stand trial; subject to some exceptions, the assessment must be completed within five days (s. 672.14). Subsequent to the assessment, the court may direct a trial of the accused's fitness (s. 672.23).

[63] When an accused is found to be unfit to stand trial, the court may make a treatment order under s. 672.58 to render the accused fit for trial.

C. *Treatment Order Regime*

[64] A court's discretion under s. 672.58 to order treatment to render an individual fit for trial is subject to stringent safeguards and timelines.

[65] Given the potential for involuntary medical treatment, one such safeguard is the requirement for

⁵ Cross-examination of Dr. Klassen, A.R., vol. IV, at p. 43.

Elles autorisent le tribunal ou la commission d'examen à superviser les accusés atteints de troubles mentaux en liberté sous condition ou en placement sous garde.

B. *Le régime applicable en cas d'inaptitude à subir un procès*

[61] Le seuil des capacités cognitives en regard duquel l'aptitude d'un accusé à subir son procès s'évalue est peu élevé. Une personne pourrait souffrir d'un trouble suffisamment grave pour justifier l'internement civil, mais être quand même jugée apte à subir son procès⁵. Le régime établi à la partie XX.1 relatif aux ordonnances de traitement a pour seul objectif de faire parvenir l'accusé atteint de troubles mentaux au seuil des capacités cognitives requis pour l'instruction de son procès.

[62] La question de l'aptitude peut être soulevée à toute étape de l'instance, dès lors que le tribunal a des motifs raisonnables de croire l'accusé inapte à subir son procès. Le tribunal peut ordonner une évaluation (art. 672.11 et 672.12) pour déterminer l'aptitude de l'accusé à subir son procès; sous réserve de certaines exceptions, l'évaluation est effectuée dans une période de cinq jours (art. 672.14). Après l'évaluation, le tribunal peut ordonner que l'aptitude de l'accusé soit déterminée (art. 672.23).

[63] Lorsqu'un accusé est jugé inapte à subir son procès, le tribunal peut ordonner le traitement en vertu de l'art. 672.58 afin de rendre l'accusé apte à subir son procès.

C. *Le régime relatif à l'ordonnance de traitement*

[64] Le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l'art. 672.58, qui l'habilite à ordonner un traitement afin de rendre une personne apte à subir son procès, est assujéti à des garanties et à des délais rigoureux.

[65] Étant donné la possibilité que l'accusé soit assujéti à un traitement médical, l'une de ces

⁵ Contre-interrogatoire du D^r Klassen, d.a., vol. IV, p. 43.

hospital consent set out in s. 672.62(1)(a). Relevant provisions are as follows:

672.58 [Treatment disposition] Where a verdict of unfit to stand trial is rendered and the court has not made a disposition under section 672.54 in respect of an accused, the court may, on application by the prosecutor, by order, direct that treatment of the accused be carried out for a specified period not exceeding sixty days, subject to such conditions as the court considers appropriate and, where the accused is not detained in custody, direct that the accused submit to that treatment by the person or at the hospital specified.

672.62 (1) [Consent of hospital required for treatment] No court shall make a disposition under section 672.58 without the consent of

(a) the person in charge of the hospital where the accused is to be treated; or

(b) the person to whom responsibility for the treatment of the accused is assigned by the court.

(2) [Consent of accused not required for treatment] The court may direct that treatment of an accused be carried out pursuant to a disposition made under section 672.58 without the consent of the accused or a person who, according to the laws of the province where the disposition is made, is authorized to consent for the accused.

672.63 [Effective date of disposition] A disposition shall come into force on the day on which it is made or on any later day that the court or Review Board specifies in it, and shall remain in force until the Review Board holds a hearing to review the disposition and makes another disposition.

[66] Pursuant to s. 672.1, both the person in charge of the affected hospital and the accused are “party” to s. 672.58 treatment orders, and may therefore appeal against a treatment order to the Court of Appeal (ss. 672.1 and 672.72). Filing of such an appeal automatically suspends the application of the order pending the determination of the appeal (s. 672.75).

garanties est le consentement obligatoire de l’hôpital prévu au par. 672.62(1). Le libellé des dispositions pertinentes est le suivant :

672.58 [Décision prévoyant un traitement] Dans le cas où un verdict d’inaptitude à subir son procès a été rendu à l’égard de l’accusé et à la condition que le tribunal n’ait rendu aucune décision à son égard en vertu de l’article 672.54, le tribunal peut, sur demande du poursuivant, rendre une décision prévoyant le traitement de l’accusé pour une période maximale de soixante jours, sous réserve des modalités que le tribunal fixe et, si celui-ci n’est pas détenu, lui enjoignant de s’y soumettre et de se présenter à la personne ou à l’hôpital indiqué.

672.62 (1) [Consentement obligatoire de l’hôpital] Le tribunal ne peut rendre une décision en vertu de l’article 672.58 sans le consentement du responsable de l’hôpital où l’accusé doit subir le traitement, ou de la personne que le tribunal charge de ce traitement.

(2) [Consentement de l’accusé non obligatoire] Le tribunal peut ordonner le traitement de l’accusé en conformité avec une décision rendue en vertu de l’article 672.58 sans le consentement de celui-ci ou de la personne qui, selon le droit de la province où la décision est rendue, est autorisée à donner ce consentement au nom de l’accusé.

672.63 [Date d’entrée en vigueur] La décision entre en vigueur le jour où elle est rendue ou à la date ultérieure que fixe le tribunal ou la commission d’examen et le demeure jusqu’à ce que la commission tienne une audience pour la réviser et rende une nouvelle décision.

[66] Aux termes de l’art. 672.1, la personne responsable de l’hôpital concerné et l’accusé étant « parties » aux ordonnances de traitement rendues en vertu de l’art. 672.58, ils sont habilités à en interjeter appel à la Cour d’appel (art. 672.1 et 672.72). Le dépôt d’un avis d’appel suspend automatiquement l’application de l’ordonnance jusqu’à la décision sur l’appel (art. 672.75).

IV. The Broader Factual Context

A. *The 102 Court-CAMH System*

[67] The 102 Court is a specialized Mental Health Court in Toronto. It applies the provisions of Part XX.1 of the *Criminal Code* to mentally disordered accused persons.

[68] Most unfit accused suffer from a psychotic illness. The treatment required to make an individual fit to stand trial is generally antipsychotic medications provided in a safe context.⁶

[69] Toronto's CAMH works cooperatively with 102 Court to admit and treat accused persons subject to treatment orders. A psychiatrist from CAMH attends 102 Court five afternoons per week to conduct on-site assessments of mentally ill accused persons' fitness to stand trial. A provincial forensic bed registry tracks the availability of beds and is available to Crown counsel and the hospitals. CAMH's Court Liaison is usually present in 102 Court to assist with locating bed placements and predicting wait times,⁷ and has the delegated authority to give the hospital's consent to the treatment order, typically by stating the estimated day that the hospital will be able to admit the person.⁸

[70] Concerned about mentally ill accused waiting in jail until a treatment bed became available, some 102 Court judges began issuing "forthwith" orders,

⁶ Affidavit of Dr. Simpson, A.R., vol. VI, at p. 130.

⁷ Affidavit of Dr. Simpson, A.R., vol. VI, at pp. 133-34.

⁸ Cross-examination of Dr. Simpson, A.R., vol. VIII, at pp. 30-31.

IV. Le contexte factuel général

A. *Le mode de collaboration entre la salle d'audience 102 et le CAMH*

[67] La salle d'audience 102 est un tribunal spécialisé pour les personnes ayant des troubles mentaux situé à Toronto. Elle applique les dispositions de la partie XX.1 du *Code criminel* aux accusés atteints de troubles mentaux.

[68] La majorité des accusés inaptes à subir leur procès souffrent de troubles psychotiques. Le traitement visant à rendre une telle personne apte à subir son procès consiste en général à lui administrer des antipsychotiques dans un milieu sécuritaire⁶.

[69] À Toronto, le CAMH, de par sa collaboration avec la salle d'audience 102, assure la prise en charge thérapeutique des accusés visés par une ordonnance de traitement. Un psychiatre du CAMH est affecté à la salle d'audience 102 tous les après-midi, du lundi au vendredi, pour évaluer sur place l'aptitude des accusés à subir leur procès. Un registre provincial que peuvent consulter les avocats du ministère public et les hôpitaux indique les places en psychiatrie médico-légale. Un agent de liaison du CAMH assiste habituellement aux audiences pour aider à trouver des places libres et pour évaluer l'attente préalable⁷. Fondé de pouvoir, cet agent est habilité à consentir à l'ordonnance de traitement au nom de l'hôpital, ce qu'il fait habituellement en indiquant la date à laquelle l'hôpital devrait être en mesure d'admettre la personne⁸.

[70] Préoccupés à l'idée qu'un accusé atteint de troubles mentaux languisse en prison en attendant qu'une place se libère pour son traitement, certains

⁶ Affidavit du D^r Simpson, d.a., vol. VI, p. 130.

⁷ Affidavit du D^r Simpson, d.a., vol. VI, p. 133-134.

⁸ Contre-interrogatoire du D^r Simpson, d.a., vol. VIII, p. 30-31.

ordering that the accused be sent to hospital immediately without a stop-over in jail.⁹

[71] Despite substantial increases in the number of forensic beds and reductions in wait times, bed shortages mean that the hospitals are not always able to accommodate the needs of the criminal justice system on the timelines expected by the courts.

B. *Current Consent Protocols*

[72] CAMH's Statement of Principles and Practices for Admission Prioritization was introduced in October 2010, several months after Mr. Conception's treatment order was issued.¹⁰ It applies to all admissions and is a response to the constraints of waitlists and frequent over-capacity of inpatient units.

[73] The first Principle is “[n]o one waits who cannot”.¹¹ This is explained: “If the accused is acutely mentally unwell and requires immediate hospitalisation, or if the accused is subject to Court orders or Dispositions of the [Ontario Review Board] which do not permit other placements, admission is arranged expeditiously” (emphasis added).¹² Under Principle 2, “less seriously unwell persons” are generally admitted according to the

juges de la salle d'audience 102 se sont mis à rendre des décisions applicables « sur-le-champ », ordonnant que l'accusé soit transféré directement à l'hôpital, sans séjourner en prison⁹.

[71] En dépit de l'augmentation importante du nombre de places en psychiatrie médico-légale et de la réduction de l'attente, la pénurie de places fait en sorte qu'il n'est pas toujours possible pour les hôpitaux de répondre aux besoins du système de justice pénale dans les délais auxquels s'attendent les tribunaux.

B. *Protocoles de consentement actuels*

[72] Le CAMH a publié le Statement of Principles and Practices for Admission Prioritization en octobre 2010, plusieurs mois après l'ordonnance de traitement visant M. Conception¹⁰. Cet énoncé de principes s'applique à toutes les admissions et se veut une réponse aux contraintes découlant des listes d'attente et de la surpopulation fréquente des unités pour patients hospitalisés.

[73] Selon le premier principe, [TRADUCTION] « [n]ul n'attend qui ne le peut »¹¹. Ce principe est expliqué en ces termes : « Si l'accusé souffre d'un trouble psychologique aigu qui nécessite son hospitalisation immédiate, ou s'il est visé par une ordonnance judiciaire ou une décision de la [commission ontarienne d'examen] ne permettant pas d'autre type de placement, les dispositions d'admission sont prises rapidement » (je souligne)¹². Selon

⁹ See, for example, *R. v. R.R.*, 2006 ONCJ 141 (CanLII); *R. v. Consuelo*, Ont. Ct. J., Toronto, Nos. 10-10001715, 10-10004017, 10-70009469, September 14, 2010 (unreported); *R. v. Procope*, Ont. Ct. J., Toronto, Nos. 10009107, 1200160, October 6, 2010 (unreported); *Centre for Addiction and Mental Health v. Al-Sherewadi*, 2011 ONSC 2272 (CanLII).

¹⁰ Statement of Principles and Practices for Admission Prioritization, A.R., vol. VII, at pp. 185-87.

¹¹ A.R., vol. VII, at p. 185.

¹² *ibid.*

⁹ Voir, p. ex., *R. c. R.R.*, 2006 ONCJ 141 (CanLII); *R. c. Consuelo*, C.J. Ont., Toronto, n^{os} 10-10001715, 10-10004017, 10-70009469, 14 septembre 2010 (non publié); *R. c. Procope*, C.J. Ont., Toronto, n^{os} 10009107, 1200160, 6 octobre 2010 (non publié); *Centre for Addiction and Mental Health c. Al-Sherewadi*, 2011 ONSC 2272 (CanLII).

¹⁰ Statement of Principles and Practices for Admission Prioritization, d.a., vol. VII, p. 185-187.

¹¹ d.a., vol. VII, p. 185.

¹² *ibid.*

date of the order or request, “while allowing flexibility for clinical need”.¹³

[74] With respect to Principle 4, the Statement says: “It will be presumed by the court that [the hospitals] will consent to treat (s.672.62) all accused who have been found ‘unfit to stand trial’” where the criteria specified in the *Code* (under s. 672.59) are met. Dr. Simpson, the Person in Charge of CAMH, testified that this presumption of consent is qualified, subject to bed availability.¹⁴

[75] However, Dr. Simpson also emphasized that “clinical emergency trumps all other things”¹⁵ and “[n]o one waits who cannot”.¹⁶ If there is no bed available for a clinical emergency, CAMH may use one of its seclusion rooms, provided doing so does not endanger other patients.¹⁷

C. *Consequences of Delay: Waiting in Jail*

[76] In the 102 Court-CAMH system, where a forensic bed is unavailable or is being held for another patient, unfit accused persons awaiting treatment are usually remanded to wait in jail.¹⁸

[77] Mentally disordered patients do not typically fare well as inmates. They are frequently victims of

¹³ *ibid.*

¹⁴ Cross-examination of Dr. Simpson, A.R., vol. VIII, at p. 64.

¹⁵ A.R., vol. VIII, at p. 16.

¹⁶ A.R., vol. VII, at p. 185.

¹⁷ Cross-examination of Dr. Simpson, A.R., vol. VIII, at pp. 14-17, 41, 46, 56-58, 97 and 118.

¹⁸ Court of Appeal decision, at para. 35.

le deuxième principe, « les personnes souffrant de troubles d’une gravité moindre » sont habituellement prises en charge à la date indiquée dans l’ordonnance ou dans la demande, « une certaine marge de manœuvre étant prévue pour les besoins cliniques »¹³.

[74] Relativement au quatrième principe, il est énoncé que [TRADUCTION] « [l]e tribunal suppose que [les hôpitaux] consentiront à traiter (art. 672.62) tous les accusés qui ont été jugés “inaptes à subir leur procès” » lorsqu’il est satisfait aux critères énoncés dans le *Code* (à l’art. 672.59). Le D^r Simpson, le responsable du CAMH, a déclaré que la présomption de consentement n’est pas absolue, l’admission étant fonction de la disponibilité d’une place¹⁴.

[75] Cependant, le D^r Simpson a aussi souligné que [TRADUCTION] « l’urgence clinique l’emporte sur tout »¹⁵ et que « [n]ul n’attend qui ne le peut »¹⁶. En cas d’urgence clinique, à défaut d’une place, le CAMH peut accueillir un patient dans une chambre d’isolement, à la condition que la sécurité des autres patients ne soit pas ainsi menacée¹⁷.

C. *Conséquences de l’attente : languir en prison*

[76] Suivant le mode de collaboration entre la salle d’audience 102 et le CAMH, lorsqu’aucune place en psychiatrie médicolégale n’est libre, ou qu’une place est réservée à un autre patient, l’accusé jugé inapte à subir son procès est habituellement incarcéré en attendant qu’une place se libère¹⁸.

[77] En règle générale, les patients atteints de troubles mentaux ont la vie dure en prison. Ils sont

¹³ *ibid.*

¹⁴ Contre-interrogatoire du D^r Simpson, d.a., vol. VIII, p. 64.

¹⁵ d.a., vol. VIII, p. 16.

¹⁶ d.a., vol. VII, p. 185.

¹⁷ Contre-interrogatoire du D^r Simpson, d.a., vol. VIII, p. 14-17, 41, 46, 56-58, 97 et 118.

¹⁸ Décision de la Cour d’appel, par. 35.

intimidation and violence and are more likely than the general prison population to attempt suicide, self-harm, or self-destructive behaviour. An experienced correctional officer testified in this case that the mental health care needs of mentally ill accused persons in provincial jail are frequently neglected due to lack of special units and trained personnel.¹⁹ Fewer than one-third of Ontario provincial jails have special units for inmates with mental illness or developmental disability.²⁰ Where there is no special unit, or where the unit is full, mentally ill accused persons are typically held in segregation cells.²¹

V. Analysis

A. *Overview*

[78] No court shall make a treatment order without the consent of the treating hospital: s. 672.62(1). The dispute in this case centers on the scope of that consent requirement. In particular, which aspects of a treatment order require hospital consent? Can a valid treatment order be issued absent hospital agreement to the specified start date?

[79] The respondent hospitals, as well as the Attorneys General, say that the hospital's consent is required for all aspects of the treatment order. For the order to be valid, the hospital must agree not only to perform the treatment, but also to the timing and any other conditions of the "disposition". A

fréquemment victimes d'intimidation et de violence, et ils sont plus susceptibles que la population carcérale générale d'attenter à leurs jours, de s'automutiler ou d'adopter un comportement auto-destructeur. Un agent de correction chevronné a témoigné en l'espèce que, dans les prisons provinciales, les besoins en matière de soins de santé mentale de ces accusés sont souvent négligés en raison de la pénurie d'unités spéciales et de personnel qualifié¹⁹. Moins du tiers des établissements correctionnels ontariens disposent d'une unité spéciale pouvant accueillir les détenus atteints de maladie mentale ou de déficience développementale²⁰. Là où il n'existe pas d'unité spéciale, ou lorsque celle-ci est pleine, les accusés atteints de troubles mentaux sont généralement placés en cellule d'isolement²¹.

V. Analyse

A. *Aperçu*

[78] Aucun tribunal ne peut rendre d'ordonnance de traitement sans le consentement de l'hôpital où l'accusé doit subir le traitement (par. 672.62(1)). Le litige en l'espèce repose sur la portée de ce consentement obligatoire. Plus particulièrement, quels éléments de l'ordonnance de traitement sont visés par le consentement de l'hôpital? L'ordonnance de traitement rendue sans le consentement de l'hôpital relativement à la date d'entrée en vigueur est-elle valide?

[79] Les hôpitaux intimés et les procureurs généraux soutiennent que le consentement de l'hôpital est obligatoire à l'égard de tous les éléments de l'ordonnance de traitement. Selon eux, pour que cette dernière soit valide, il faut que l'hôpital non seulement accepte d'administrer le traitement, mais

19 Affidavit of Eduardo Almeida, A.R., vol. II, at p. 2, and House of Commons, *Mental Health and Drug and Alcohol Addiction in the Federal Correctional System: Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security*, 3rd Sess., 40th Parl., December 2010.

20 Affidavit of Linda Ogilvie, A.R., vol. III, at p. 130; cross-examination of Eduardo Almeida, *ibid.*, at p. 19.

21 Affidavit of Eduardo Almeida, A.R., vol. II, at pp. 2-3; cross-examination of Linda Ogilvie, A.R., vol. III, at p. 234.

19 Affidavit d'Eduardo Almeida, d.a., vol. II, p. 2, et Chambre des communes, *La santé mentale et la toxicomanie dans le système correctionnel fédéral : Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale*, 3^e sess., 40^e lég., décembre 2010.

20 Affidavit de Linda Ogilvie, d.a., vol. III, p. 130; contre-interrogatoire d'Eduardo Almeida, *ibid.*, p. 19.

21 Affidavit d'Eduardo Almeida, d.a., vol. II, p. 2-3; contre-interrogatoire de Linda Ogilvie, d.a., vol. III, p. 234.

treatment order cannot issue without the hospital's agreement to all aspects of the order.

[80] The appellant says that the hospital's consent need only extend to its willingness to administer the specified treatment. The hospital cannot use the consent requirement to control the timing or other conditions of treatment, particularly based on bed shortages and waiting lists.

[81] In my view, the hospital's consent is required only to the treatment itself, and cannot be withheld on the basis of efficient management of hospital resources. The hospital consent requirement must be read in the context of Part XX.1 of the *Criminal Code*. A contextual reading makes clear that the consent provisions do not permit the hospitals to make decisions about the timing of the treatment (and by extension, the timing of the trial and the interim detention conditions of the accused) based on the medical priority of an accused against other patients on the waiting list for a bed. In setting the start date for treatment, the judge will consider bed shortages, but she does so along with the liberty, security and procedural fairness interests of the accused, as well as assessing the impact of waiting in jail and the delays to the trial.

[82] Before a judge can make a treatment order, the consent provision under s. 672.62(1) requires that a hospital indicate it is willing to administer the treatment. The hospital may only refuse consent if it objects to the specified treatment on medical grounds. In exceptional circumstances, the lack of a bed, or other alternative, may mean that the hospital is not able to safely carry out the treatment — even if the hospital gives the accused priority for the date chosen by the judge. In such cases, if the hospital believes that the judge has acted unreasonably in

acquiesce également au moment du traitement et aux autres modalités de la « décision », s'il en est. Une ordonnance de traitement ne peut être rendue sans le consentement de l'hôpital à l'égard de tous les éléments de l'ordonnance.

[80] L'appelant soutient que le consentement de l'hôpital est limité à son assentiment à l'administration du traitement particulier. À son avis, l'hôpital ne peut user de l'exigence relative au consentement pour dicter le moment du traitement ou l'application des autres modalités dont l'ordonnance est assortie, particulièrement en invoquant la pénurie de places et les listes d'attente.

[81] À mon avis, le consentement de l'hôpital n'est obligatoire qu'à l'égard du traitement, et l'établissement de soins ne saurait refuser son consentement sous prétexte de la gestion efficace des ressources hospitalières. L'exigence relative au consentement de l'hôpital doit être interprétée à la lumière du contexte de la partie XX.1 du *Code criminel*. Une interprétation contextuelle démontre clairement que les dispositions relatives au consentement n'habilitent pas l'hôpital à déterminer le moment du traitement (et du coup la date du procès et les conditions de détention provisoire de l'accusé) selon les besoins médicaux de l'accusé par rapport à ceux d'autres patients en attente d'une place. Pour fixer la date de début du traitement, la juge tient compte certes de la pénurie de places, mais également des intérêts de l'accusé en matière de liberté, de sécurité et d'équité procédurale ainsi que des conséquences du retard dans l'instruction de son procès pour l'accusé qui languit en prison.

[82] Les dispositions relatives au consentement énoncées au par. 672.62(1) subordonnent l'ordonnance de traitement à l'acquiescement, par l'hôpital, à l'administration du traitement. L'hôpital peut refuser son consentement seulement s'il s'oppose au traitement particulier pour des motifs d'ordre médical. Dans des circonstances exceptionnelles, s'il ne dispose d'aucune place et faute d'une solution de rechange, l'hôpital pourrait être incapable d'administrer le traitement de façon sécuritaire — même s'il donne la priorité à l'accusé à

setting the date, it can appeal and the decision can be reviewed.

[83] I will first explain why, in my view, the scope of the consent requirement is limited to the treatment itself, and consent is not required to the associated timing and conditions. I will then discuss how bed shortages are relevant to the treatment order. Finally, I will outline an efficient process for dealing with concerns about the timing of the treatment order.

B. *The Scope of Consent*

[84] The respondents say that because s. 672.62(1) directs that “[n]o court shall make a disposition under section 672.58 without the consent of (a) the person in charge of the hospital where the accused is to be treated”, and because the “disposition” under s. 672.58 permits an order directing that “treatment of the accused be carried out for a specified period not exceeding sixty days, subject to such conditions as the court considers appropriate”, hospital agreement to all aspects of the treatment order is required. The hospital must agree not only to perform the treatment, but also to the timing, duration, and any other conditions of the “disposition”.

[85] The appellant says that the treatment order provisions separate the medical appropriateness of the treatment from its timing. Consent is required only with respect to the treatment. While s. 672.58 refers to the court making an order directing that “treatment . . . be carried out for a specified period” (this is the “disposition”), s. 672.63 separately directs that “[a] disposition shall come into force on the day on which it is made or on any later day that the court or Review Board specifies in it”. Thus, the disposition itself — which requires hospital consent, according to s. 672.62(1)(a) — may be separate from

la date choisie par le juge. En pareilles circonstances, si l’hôpital estime que le juge a agi déraisonnablement en fixant cette date, il peut interjeter appel, et la décision fera l’objet d’une révision.

[83] J’explique dans un premier temps pourquoi, à mon avis, la portée de l’exigence de consentement est limitée au traitement et pourquoi le consentement n’est pas obligatoire à l’égard du moment du traitement et des autres modalités. J’analyse ensuite la pertinence des renseignements sur la pénurie de places pour ce qui est de l’ordonnance de traitement. Enfin, je décris un moyen qui permettrait de répondre de manière efficace aux préoccupations relatives au moment du traitement prévu dans l’ordonnance.

B. *La portée du consentement*

[84] De l’avis des intimés, comme le par. 672.62(1) prévoit que « [l]e tribunal ne peut rendre une décision en vertu de l’article 672.58 sans le consentement du responsable de l’hôpital où l’accusé doit subir le traitement », et comme la « décision » visée à l’art. 672.58 permet que soit rendue une ordonnance prévoyant « le traitement de l’accusé pour une période maximale de soixante jours, sous réserve des modalités que le tribunal fixe », le consentement de l’hôpital à l’égard de tous les éléments de l’ordonnance de traitement est obligatoire. Selon eux, l’hôpital doit consentir non seulement à l’administration, mais aussi au moment du traitement ainsi qu’à sa durée et aux autres modalités de la « décision ».

[85] Selon l’appelant, les dispositions relatives à l’ordonnance de traitement établissent une distinction entre l’opportunité du traitement sur le plan médical et le moment du traitement. Le consentement n’est obligatoire qu’à l’égard du traitement. Alors que l’art. 672.58 dispose que le tribunal rend une ordonnance prévoyant « le traitement [. . .] pour une période maximale de soixante jours » (il s’agit là de la « décision »), l’art. 672.63 prévoit séparément que « [l]a décision entre en vigueur le jour où elle est rendue ou à la date ultérieure que fixe le tribunal ou la commission d’examen ». Par conséquent, la

the date that it comes into force, or commences, which s. 672.63 authorizes the court to specify.

[86] There is no doubt that s. 672.62(1) makes hospital consent a prerequisite to any treatment disposition. However, the issue remains: to what does the consent relate? Is consent required to all terms and conditions of the “disposition”? Or is consent merely required to the specified treatment?

[87] I do not find the respondents’ submissions on the language of s. 672.62 determinative. Section 672.62(1) does not provide that the consent is required for all aspects of the disposition; rather, it says that the disposition under s. 672.58 cannot be made without the consent of the hospital or person treating the accused. Further, the judge may fix the timing of the disposition pursuant to s. 672.63. The disposition under s. 672.58 is an order directing the treatment of the accused for a specified period (a maximum duration of 60 days), together with any conditions the judge considers appropriate. Obviously, if consent to the treatment is not provided, there can be no disposition ordering such treatment.

[88] In my view, the language of these provisions, read in isolation, does not provide a clear answer to the scope of a hospital’s discretion to withhold consent. However, the modern rule of statutory interpretation requires that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. Here, interpreting the provisions in light of (1) the purposes of Part XX.1, the treatment order regime and the consent requirement, (2) the scheme of strict judicial control and oversight with strict timelines, and (3) the appeal and automatic stay provisions, leads to the conclusion that the requirement for hospital consent relates only to a hospital’s willingness

décision en soi — qui requiert le consentement de l’hôpital aux termes du par. 672.62(1) — peut être distincte de la date à laquelle elle entre en vigueur, date que l’art. 672.63 autorise le tribunal à fixer.

[86] Il ne fait aucun doute que le par. 672.62(1) subordonne toute décision prévoyant un traitement au consentement de l’hôpital. Toutefois, la question subsiste : sur quoi le consentement porte-t-il? Est-il obligatoire à l’égard de l’ensemble des modalités de la « décision »? Ou est-il simplement obligatoire quant au traitement particulier?

[87] Je ne considère pas comme déterminantes les observations présentées par les intimés en ce qui a trait au libellé de l’art. 672.62. Le paragraphe 672.62(1) ne dispose pas que le consentement est obligatoire à l’égard de tous les éléments de la décision; il dispose plutôt que la décision visée à l’art. 672.58 ne peut être rendue sans le consentement de l’hôpital ou de la personne qui traite l’accusé. De plus, le juge peut fixer la date d’entrée en vigueur de la décision conformément à l’art. 672.63. La décision rendue en vertu de l’art. 672.58 est une ordonnance prévoyant le traitement de l’accusé pour une période précise (d’au plus 60 jours), assortie des modalités que le juge fixe. De toute évidence, si l’hôpital ne consent pas au traitement, aucune décision prévoyant ce traitement ne peut être rendue.

[88] À mon avis, le libellé de ces dispositions, considérées isolément, n’apporte pas de réponse claire sur la portée du pouvoir discrétionnaire conféré à l’hôpital, soit celui de donner ou non son consentement. Toutefois, suivant la règle moderne d’interprétation des lois, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87). En l’espèce, l’interprétation de ces dispositions à la lumière (1) des objectifs de la partie XX.1, du régime établi relatif aux ordonnances de traitement et de l’exigence relative au consentement, (2) du régime de contrôles et de supervision judiciaires stricts assujettis à des délais de rigueur et (3) des

to deliver a particular treatment. It does not provide the hospital with a veto over the terms and conditions of the treatment order, nor one that can be exercised for any reason.

(1) Legislative Purpose

(a) *Purpose of the Part XX.1 Regime; Protecting the Interests at Stake*

[89] This Court identified the purposes of Part XX.1 in *Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326:

... the new legislative scheme retains the former's overall purpose and its emphasis on the medical treatment of the NCR [not criminally responsible] accused as merely an effect or an incident of Parliament's primary objective of protecting the public and managing an accused's safety risk, pursuant to its criminal law power. The new element added in Part XX.1 is an assurance of procedural fairness and dignity for the NCR accused, and a commitment to ensure that the NCR accused's liberty interests are to be infringed as minimally as possible. [Emphasis added; para. 27.]

[90] Consideration of the significant *Charter*-protected s. 7 liberty interests at stake in the regime is “built into the [Part XX.1] statutory framework” at “every step of the process”: *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, 2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498, at para. 53. See also *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, at paras. 16 and 42.

[91] When the Bill enacting Part XX.1 was under discussion in the House of Commons, the Minister of Justice, Kim Campbell, in describing the treatment order power, stated that “subject to stringent safeguards, the bill permits a court to order involuntary treatment to make the accused fit to

dispositions d’appel et de suspension automatique, nous permet de conclure que le consentement obligatoire représente uniquement l’assentiment de l’hôpital à administrer le traitement particulier. L’exigence relative au consentement ne confère pas à l’hôpital un droit de veto sur les modalités d’une ordonnance de traitement qu’il pourrait opposer pour toute raison.

(1) L’objectif législatif

a) *Objectif du régime établi à la partie XX.1; protection des intérêts en jeu*

[89] La Cour décrit l’objectif de la partie XX.1 dans l’arrêt *Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326 :

... le nouveau régime législatif conserve l’objectif global de l’ancien régime, l’accent mis sur le traitement médical de l’accusé non responsable criminellement étant simplement un effet ou un élément accessoire de l’objectif principal que poursuit le législateur conformément à sa compétence en droit criminel, à savoir la protection du public et la gestion du risque pour la sécurité que peut représenter un accusé. Le nouvel élément ajouté à la partie XX.1 est une garantie protégeant l’équité procédurale et la dignité de l’accusé non responsable criminellement, ainsi qu’un engagement de veiller à ce que le droit à la liberté de l’accusé non responsable criminellement soit restreint le moins possible. [Je souligne; par. 27.]

[90] « [L]e cadre législatif [de la partie XX.1] prévoyait, à chaque étape du processus », la prise en compte de l’important intérêt en matière de liberté garanti par l’art. 7 de la *Charte (Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, 2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498, par. 53. Voir aussi *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, par. 16 et 42).

[91] Pendant les débats à la Chambre des communes concernant le projet de loi portant promulgation de la partie XX.1, la ministre de la Justice de l’époque, Kim Campbell, décrivant le pouvoir de rendre une ordonnance de traitement, a déclaré que « sous réserve de garanties très strictes, le projet de

stand trial, thereby avoiding a potentially lengthy period of detention”.²²

[92] Treatment orders serve at least two purposes. First, they seek to render the accused fit to stand trial, in order to protect the rights to a timely trial and procedural fairness, as well as to safeguard the public interest in accused persons standing trial. Second, they serve to ensure that the accused’s liberty is minimally impaired. While the medical and legal interests of accused persons are both at stake, the ultimate purpose of treatment orders is to protect the legal interests of the accused.

[93] The timing of a treatment order directly impacts the timing of the trial. And since the alternative to a treatment order is usually detention in a jail that is ill-equipped to accommodate the mental health issues of unfit individuals, the timing of the order also affects the interim detention conditions of the accused. The timing therefore also affects the dignity, security and liberty interests of the accused — interests that Part XX.1 seeks to protect.

[94] The interpretation of the consent requirement advanced by the respondents, which gives the hospital control over timing and other conditions, is difficult to reconcile with the purposes of the regime. Requiring consent to all terms of a treatment “disposition” would effectively give the hospitals a broad veto over whether a treatment order could be issued, and control over the timing of the treatment, without regard to the accused’s legal interests.

loi permet à un tribunal d’ordonner à l’accusé de se soumettre, sans son consentement, à un traitement, afin qu’il soit apte à subir son procès, ce qui évite ainsi une détention qui pourrait être fort longue »²².

[92] Les ordonnances de traitement visent au moins deux objectifs. Premièrement, rendre l’accusé apte à subir son procès — pour protéger son droit à un procès en temps opportun et à l’équité procédurale et pour protéger l’intérêt du public à ce que les accusés soient jugés. Deuxièmement, garantir une atteinte minimale à la liberté de l’accusé. Bien que les intérêts médicaux et juridiques des accusés soient en jeu, l’objectif ultime de l’ordonnance de traitement est de protéger les intérêts juridiques de l’accusé.

[93] Le moment du traitement prévu dans l’ordonnance influe directement sur la date du procès. De plus, étant donné qu’à défaut d’une ordonnance de traitement, l’accusé inapte à subir son procès est généralement détenu dans une prison mal outillée pour gérer ses problèmes de santé mentale, le moment du traitement prévu dans l’ordonnance a aussi une incidence sur les conditions de détention provisoire de l’accusé. Le moment du traitement prévu dans l’ordonnance porte donc atteinte aux intérêts en matière de dignité, de sécurité et de liberté de l’accusé, que les dispositions de la partie XX.1 cherchent à protéger.

[94] L’interprétation de l’exigence relative au consentement obligatoire avancée par les intimés, selon laquelle l’hôpital aurait un droit de regard sur les modalités dont est assortie l’ordonnance, dont le moment du traitement, est difficile à concilier avec les objectifs du régime. En rendant obligatoire le consentement à toutes les modalités d’une « décision » prévoyant un traitement, on accorderait dans les faits aux hôpitaux un droit de veto considérable qu’ils pourraient opposer à une ordonnance de traitement et un droit de regard sur le moment du traitement, sans égard aux intérêts juridiques de l’accusé.

²² *House of Commons Debates*, vol. 3, 3rd Sess., 34th Parl., October 4, 1991, at pp. 3297-98 (emphasis added).

²² *Débats de la Chambre des communes*, vol. 3, 3^e sess., 34^e lég., 4 octobre 1991, p. 3297 (je souligne).

[95] Nothing in the *Code*, or any other legislation, requires hospitals to consider the detention conditions of unfit accused that are not in their charge when making admission decisions, and they are not in a position to properly do so. Nor are designated hospitals under any legal duty to provide procedural protections to the accused when determining the timing of a treatment order. The triage process conducted by the hospital is only a determination of priority between the medical interests of the accused and other patients — it does not account for the liberty or other legal and *Charter* interests of the accused.

[96] Therefore, it would not be consistent with the purposes of Part XX.1 for hospitals to control the timing and conditions of a treatment order. Hospitals must continually manage for the most effective use of their resources and patient intake protocols. It is for a judge to weigh the accused's liberty, security and legal interests against the hospital's challenges in giving priority to the accused. As I discuss later, the judge will consider any bed shortages in setting the start date of any treatment. The purposes of Part XX.1 support a more limited scope for the consent provision, focused on the hospital's willingness to administer the specified treatment.

(b) *Purpose of the Consent Provision*

[97] Part XX.1 empowers judges to make various orders²³ requiring hospitals to admit accused persons, without the hospital's consent, even though they may also cause administrative difficulties in immediately accommodating mentally ill accused persons. Thus, the scheme of the *Code* does not generally require hospital consent simply because

²³ These include assessment orders under s. 672.13(1); warrants of committal pursuant to s. 672.54(c); and various detention orders under ss. 672.29, 672.46(2) and 672.93.

[95] Rien dans le *Code*, ni dans aucune autre loi, n'oblige les hôpitaux à prendre en compte les conditions de détention d'un accusé inapte à subir son procès dont ils n'ont pas la charge au moment où ils prennent une décision relativement à son admission, et ils ne sont pas bien placés pour le faire de façon adéquate. Les hôpitaux désignés ne sont pas tenus d'offrir des garanties procédurales aux accusés lorsqu'il s'agit de déterminer le moment du traitement prévu dans l'ordonnance. Quand il procède au triage, l'hôpital ne fait que déterminer, selon les intérêts médicaux de chacun, qui de l'accusé ou d'autres patients devrait avoir la priorité — il ne prend aucunement en compte l'intérêt de l'accusé en matière de liberté ou ses autres intérêts juridiques garantis par la *Charte*.

[96] Par conséquent, reconnaître aux hôpitaux un droit de regard sur le moment du traitement et les modalités dont l'ordonnance est assortie ne serait pas conforme aux objectifs de la partie XX.1. Bon an, mal an, les hôpitaux sont tenus à la gestion la plus efficace possible de leurs ressources et des protocoles d'admission des patients. Il incombe au juge de soupeser d'une part les intérêts juridiques d'un accusé et ceux relatifs à la liberté et à la sécurité et d'autre part les problèmes qui se poseront si l'hôpital lui donne priorité. Comme je l'indique plus loin, le juge prend en compte la pénurie de places lorsqu'il fixe la date du début de tout traitement. Les objectifs de la partie XX.1 militent en faveur d'une portée limitée de la disposition relative au consentement, axée sur l'acquiescement par l'hôpital à l'administration du traitement particulier.

b) *Objectif de la disposition relative au consentement*

[97] La partie XX.1 habilite les juges à rendre diverses ordonnances²³ obligeant les hôpitaux à admettre des accusés atteints de troubles mentaux, même si leur prise en charge immédiate est susceptible de causer des difficultés administratives. En conséquence, le régime établi par le *Code* n'exige pas de façon générale le consentement de l'hôpital

²³ Dont les ordonnances d'évaluation visées au par. 672.13(1); les décisions portant détention dans un hôpital visées à l'al. 672.54(c); et d'autres ordonnances de détention visées aux art. 672.29 et 672.93 et au par. 672.46(2).

the treatment order makes demands on hospital resources.

[98] Consent is required only under the treatment order regime. This is no coincidence, given that the treatment order provision is also the only provision in Part XX.1 that permits a court to order medical treatment without the consent of the accused.

[99] The reason hospital consent is required is to protect the accused's medical interests and to respect the hospital's professional right not to be forced to administer medical treatment. It is one of the "stringent safeguards" on court-ordered involuntary treatment of a vulnerable accused.

[100] Limiting the power to withhold consent to concerns about the medical appropriateness of the treatment itself respects the professional judgment of the hospital as to whether it should administer the particular treatment. It also acts as a safeguard to ensure that the medical interests of the accused are not compromised by a treatment to which he does not consent. At the same time, it permits the judge to protect the legal interests of the vulnerable accused when setting the timing of the order. This interpretation safeguards procedural protections, judicial supervision of the detention, and the purposes of Part XX.1.

[101] Thus, the consent requirement, examined purposively in its legislative context, is limited to whether the hospital would be willing to carry out the specified treatment. It serves to ensure the expert administration of medically appropriate treatment, rather than to accommodate the hospital's resource constraints.

simplement parce que l'ordonnance de traitement sollicite des ressources de l'hôpital.

[98] Le consentement n'est requis que sous le régime applicable à l'ordonnance de traitement. Il ne s'agit pas d'une coïncidence, car la disposition qui l'établit est aussi la seule de la partie XX.1 qui permet au tribunal d'ordonner l'administration d'un traitement médical sans le consentement de l'accusé.

[99] Le consentement de l'hôpital est obligatoire pour que soient protégés les intérêts médicaux de l'accusé et le droit du premier sur le plan professionnel de ne pas être contraint d'administrer un traitement médical. Il s'agit là d'une des « garanties très strictes » applicables au traitement administré à un accusé vulnérable, contre son gré, à la suite d'une ordonnance rendue par un tribunal.

[100] En restreignant aux questions concernant l'opportunité du traitement sur le plan médical le pouvoir de refuser le consentement, on respecte le jugement professionnel de l'hôpital, qui détermine s'il y a lieu d'administrer le traitement particulier. Cette restriction fait également en sorte que le traitement auquel l'accusé n'a pas consenti ne porte pas atteinte à ses intérêts médicaux. Elle permet en même temps au juge de protéger les intérêts juridiques de l'accusé vulnérable en fixant le moment du traitement dans l'ordonnance. Cette interprétation préserve les garanties procédurales, la supervision judiciaire de la détention et les objectifs de la partie XX.1.

[101] Par conséquent, l'exigence relative au consentement, à la lumière d'un examen téléologique qui tient compte du contexte législatif dans lequel elle s'inscrit, se résume à la question de savoir si l'hôpital est disposé à administrer le traitement précisé. Elle permet d'assurer l'administration par des experts de traitements judiciaires sur le plan médical, non pas de prendre en compte les contraintes en matière de ressources qui s'exercent sur l'hôpital.

(2) Scheme of the Treatment Order Regime

[102] Through Part XX.1, Parliament sought to ensure procedural fairness, and minimally infringe the liberty interests of the accused, by setting detailed time limits and providing for judicial (or Review Board) control and oversight of all aspects of the regime.

[103] Pursuant to these controls, a treatment order has maximum duration of 60 days (ss. 672.58 and 672.59); several pre-conditions must be met before the order can be granted, based upon the evidence and opinion of a medical practitioner who has assessed the accused (s. 672.59); the accused has the right to challenge the application (s. 672.6); certain treatments cannot be prescribed under the order (s. 672.61); consent to the order is required from the treating hospital or doctor, but not from the accused (s. 672.62); and the court can specify the effective date of the order (s. 672.63).

[104] If hospitals may refuse consent, or dictate the timing of a treatment order, for any reason, including its internal operations and wait lists, it would be a significant derogation from Part XX.1's comprehensive scheme of judicial controls and tight timelines.

(3) Appeal and Stay Provisions

[105] A limited scope of the consent requirement also gives effect to the appeal (s. 672.72) and the stay provisions (s. 672.75) in the treatment order regime. Section 672.75 provides for an automatic stay upon appeal by any party.

(2) L'économie du régime établissant les ordonnances de traitement

[102] Avec la partie XX.1, le législateur a cherché à garantir l'équité procédurale et l'atteinte minimale aux intérêts de l'accusé en matière de liberté en fixant des délais précis et en prévoyant des paramètres et le contrôle par le tribunal (ou une commission d'examen) de tous les aspects du régime.

[103] Suivant ces paramètres, la durée maximale d'une ordonnance de traitement est de 60 jours (art. 672.58 et 672.59); plusieurs conditions préalables doivent être remplies avant que l'ordonnance puisse être rendue, laquelle doit être fondée sur le témoignage et l'avis d'un médecin qui a évalué l'accusé (art. 672.59); l'accusé a le droit de contester la demande (art. 672.6); certains traitements ne peuvent être prescrits dans l'ordonnance (art. 672.61); le consentement de l'hôpital qui administre le traitement ou du médecin est obligatoire, mais pas celui de l'accusé (art. 672.62) et le tribunal peut préciser la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance (art. 672.63).

[104] Si les hôpitaux avaient le pouvoir de refuser leur consentement ou de dicter le moment du traitement prévu dans l'ordonnance, pour quelque raison que ce soit, notamment en invoquant l'administration de l'hôpital et les listes d'attente, ce pouvoir constituerait une dérogation importante au régime complet de paramètres judiciaires et de délais serrés prévus à la partie XX.1.

(3) Dispositions régissant l'appel et la suspension de l'ordonnance

[105] En circonscrivant étroitement l'exigence relative au consentement, on confère aux dispositions régissant l'appel (art. 672.72) et la suspension de l'application de l'ordonnance (art. 672.75) leur plein effet dans le cadre du régime établissant les ordonnances de traitement. L'article 672.75 prévoit la suspension automatique de l'ordonnance lorsqu'une partie en interjette appel.

[106] The automatic stay of a treatment order upon appeal by the institution would be meaningless if the treatment order could not be issued absent hospital consent to all its terms and conditions. If a hospital could simply withhold consent when it objected to terms, there would never be any need for it to appeal. Rather, the scheme provides a stay and contemplates a hospital appeal precisely because certain “conditions” of the treatment order — including the timing — are decided by the court. An appellate court would be in a position to review the judge’s decision based upon the information before the court.

[107] Conversely, a delay caused by the hospital withholding consent to a future date cannot easily be challenged. Although an accused can appeal against the treatment order under s. 672.72(1), this is an onerous challenge for an unfit accused and the appeal is unlikely to be heard before the commencement date of the order. Moreover, because the order usually issues when the treatment is involuntary, the accused is unlikely to seek its earlier implementation.

[108] In any event, the hospital’s decision would not easily be susceptible to appellate review. If consent can simply be withheld by the hospital, there may well be little information before the court other than a refusal to consent to an earlier date.

[109] My colleagues contend that “[i]f . . . consent to a ‘disposition’ as required by s. 672.62 does not require consent as to timing of treatment, it must follow that an appeal under s. 672.72 from a ‘disposition’ cannot relate to the timing of the treatment either” (para. 25). To be clear, my conclusion is not that the timing of the treatment order is not part of the *disposition*. Rather, I conclude that the timing of the order does not fall within the

[106] La suspension automatique d’une ordonnance de traitement à la suite d’un appel interjeté par l’établissement serait dépourvue de tout sens si l’ordonnance de traitement ne pouvait pas être rendue sans le consentement de l’hôpital à l’ensemble de ses modalités. S’il était possible pour un hôpital de refuser tout simplement son consentement lorsqu’il s’oppose aux modalités, il ne lui serait plus nécessaire d’interjeter appel. Le régime prévoit plutôt la suspension de l’ordonnance et un recours en appel pour l’hôpital précisément parce que certaines « modalités » de l’ordonnance, dont le moment du traitement, sont fixées par le tribunal. La cour d’appel serait en mesure d’examiner la décision du juge à la lumière des renseignements dont il disposait.

[107] En revanche, l’attente imputable à l’hôpital qui diffère son consentement jusqu’à une date ultérieure est difficilement contestable. Bien qu’un accusé puisse interjeter appel de l’ordonnance de traitement en vertu du par. 672.72(1), il s’agit d’un fardeau énorme imposé à un accusé inapte à subir son procès, et l’appel ne sera probablement pas entendu avant la date d’entrée en vigueur de l’ordonnance. En outre, l’ordonnance étant habituellement rendue lorsque le traitement doit être administré contre le gré de l’accusé, il est peu probable que ce dernier cherche à devancer ce traitement.

[108] Quoi qu’il en soit, la décision de l’hôpital pourrait difficilement faire l’objet d’un examen en appel. S’il était possible pour l’hôpital de refuser tout simplement son consentement, il se pourrait fort bien que la cour, en cas d’appel, ait pour tout renseignement le fait que le consentement à l’admission à une date antérieure a été refusé.

[109] Mes collègues affirment que « [s]i [. . .] le consentement à la “décision” exigé par l’art. 672.62 ne requiert pas de consentement quant à la date du traitement, il s’ensuit que l’appel d’une “décision” intenté en vertu de l’art. 672.72 ne peut porter sur cet aspect non plus » (par. 25). En clair, je ne conclus pas que le moment du traitement prévu dans l’ordonnance ne fait pas partie de la *décision*. J’arrive plutôt à la conclusion qu’il n’est pas visé

hospital *consent requirement*. Nothing prevents the hospital from appealing the disposition made by the judge — respecting its timing or any other aspect — if it believes the judge’s decision was unreasonable.

[110] Thus, the appeal and stay provisions are consistent with a more limited consent requirement under Part XX.1: consent relates only to the hospitals’ willingness to deliver the particular treatment.

C. *The Role of Bed Shortages*

[111] The respondent hospitals argue that bed shortages directly affect their ability to carry out treatment. However, designated hospitals under Part XX.1 take on a forensic role and are presumptively equipped to treat unfit accused persons.

[112] Usually, the management of bed shortages is more closely tied to the efficient management of hospital resources. The CAMH Statement of Principles and Practices for Admission Prioritization suggests that, barring medical emergency, priority is granted on a first come, first served basis. No doubt it is simpler to forecast bed availability in light of the existing waiting list, subject only to medical emergencies. But in the context of Part XX.1, medical emergencies are not the only measure of urgency or priority.

[113] Even where an unfit accused’s treatment is not “medically urgent” according to hospital criteria, denial of immediate treatment may nevertheless put his physical safety and life in jeopardy for reasons that are wholly unknown to the hospital and that are impossible for the hospital to assess. Only judges will be able to assess the risks that would flow from failing to immediately treat an unfit accused because many of the greatest dangers will result not from the “medical urgency” of this treatment as seen by hospitals, but rather from the

par l’exigence relative au consentement de l’hôpital. Rien n’empêche l’hôpital de porter en appel la décision rendue par le juge — quant au moment du traitement ou quant à tout autre aspect — s’il l’estime déraisonnable.

[110] Par conséquent, les dispositions régissant l’appel et la suspension vont dans le sens d’une portée restreinte de l’exigence relative au consentement prévue par la partie XX.1 : le consentement représente uniquement l’assentiment de l’hôpital à administrer le traitement particulier.

C. *Composer avec la pénurie de places*

[111] Les hôpitaux intimés soutiennent que la pénurie de places touche directement leur capacité d’administrer le traitement. Or, les hôpitaux désignés sous le régime de la partie XX.1 jouent un rôle médicolégal et sont en principe outillés pour traiter les accusés inaptes à subir leur procès.

[112] En règle générale, l’organisation en cas de pénurie de places ressortit plutôt à l’administration efficace des ressources de l’hôpital. Selon le document intitulé *Statement of Principles and Practices for Admission Prioritization* publié par le CAMH, la priorité est déterminée selon le principe du premier arrivé, premier servi, sauf en cas d’urgence médicale. Il est sans doute plus simple pour l’établissement de consulter la liste d’attente pour savoir à quel moment une place se libérera, à moins d’urgence médicale. Or, dans le contexte de la partie XX.1, l’urgence médicale n’est pas la seule mesure d’urgence ou de priorité.

[113] Même dans le cas où le traitement d’un accusé inapte à subir son procès ne constitue pas une « urgence médicale », selon les critères établis par les hôpitaux, il est possible qu’en refusant d’administrer un traitement sur-le-champ, on mette néanmoins la sécurité physique et la vie de cet accusé en danger pour des raisons qui sont totalement inconnues de l’hôpital et impossibles pour lui d’apprécier. Seul un juge peut évaluer les risques qui découleraient du report de traitement d’un accusé inapte à subir son procès parce que bien des

risks that such an accused would face in jail. Medical triage and hospital priority protocols do not account for the legal interests of the unfit accused.

[114] There may also be exceptional circumstances where the lack of a bed means that the hospital cannot safely administer the treatment, despite treating the accused as a priority. Doctors should not be ordered to provide treatment in circumstances that are unsafe to patients or staff.

[115] However, the record suggests such situations will be rare. Hospitals find the means to deal with medical emergencies, under the principle that “[n]o one waits who cannot”.²⁴ Dr. Simpson testified that when the hospital deems it truly necessary, it finds room.²⁵ When a judge makes a treatment order, the hospital must take it to indicate that treatment is necessary as of that date.

[116] This may mean that the hospital will have to move a less critical patient to a different ward, use emergency seclusion areas or otherwise accommodate the accused, much as it would in order to accommodate a medical emergency. Under Part XX.1 of the *Code*, the designated hospitals may have to accommodate the exigencies of the criminal justice system.

[117] Sometimes bed shortages will affect the ability of a hospital to carry out treatment safely; but this is distinct from whether the treatment is otherwise medically suitable. These are important but separable concepts. Thus, while bed shortages are not a basis for the hospital to refuse consent, they

dangers, et des plus graves, découlent non pas de l’« urgence médicale » du traitement, évaluée par les hôpitaux, mais plutôt des risques auxquels cet accusé serait exposé en prison. Le triage médical des patients et les protocoles d’établissement des priorités suivis par les hôpitaux ne prennent pas en compte les intérêts juridiques d’un accusé inapte à subir son procès.

[114] Il se peut qu’en des circonstances exceptionnelles, même si un accusé est prioritaire, le traitement ne puisse être administré de façon sécuritaire par l’hôpital, faute de place. Les médecins ne devraient pas être contraints d’administrer un traitement lorsque la sécurité des patients et du personnel n’est pas assurée.

[115] Il semble cependant ressortir du dossier que de telles situations sont rares. Les hôpitaux trouvent le moyen de répondre aux urgences médicales en fonction du principe selon lequel [TRADUCTION] « [n]ul n’attend qui ne le peut »²⁴. Dans sa déposition, le D^r Simpson a déclaré que lorsque l’hôpital l’estime vraiment nécessaire, il trouve une place²⁵. Lorsqu’un juge rend une ordonnance de traitement, l’hôpital doit comprendre qu’il est nécessaire de prodiguer le traitement à la date indiquée.

[116] Pour ce faire, l’hôpital peut être obligé de transférer un patient à l’état moins critique à une autre unité, d’utiliser une zone d’isolement d’urgence ou de prendre en charge d’une autre manière l’accusé, tout comme il prendrait en charge une urgence médicale. Sous le régime de la partie XX.1 du *Code*, les hôpitaux désignés pourraient être obligés de prendre en charge les urgences du système de justice pénale.

[117] Il est possible qu’à l’occasion la pénurie de places nuise à la capacité de l’hôpital d’administrer le traitement de façon sécuritaire; mais cette situation n’a rien à voir avec l’opportunité du traitement sur le plan médical. Ces concepts sont importants, mais distincts. Ainsi, bien que l’hôpital

²⁴ Statement of Principles and Practices for Admission Prioritization, A.R., vol. VII, at p. 185.

²⁵ Cross-examination of Dr. Simpson, A.R., vol. VIII, at pp. 14-17.

²⁴ Statement of Principles and Practices for Admission Prioritization, d.a., vol. VII, p. 185.

²⁵ Contre-interrogatoire du D^r Simpson, d.a., vol. VIII, p. 14-17.

are part of the circumstances in which the judge exercises her discretion in deciding the start date of a treatment order.

[118] I would add this. While the state must resource its hospitals so as to accommodate a judge's order under the *Code*, this does not mean the courts can expect a perfect system, with treatment facilities available immediately in all cases. Nothing in the *Code* requires that hospitals be resourced to ensure there is always an empty bed waiting. If the hospital is concerned about bed unavailability, or its ability to safely carry out the treatment immediately, the discussion about triage can take place before the judge. The judge is in the best position to deal with the various interests, in an informal and co-operative process.

D. *The Treatment Order: A Collaborative Process*

[119] Despite the tensions created by bed shortages, the dedicated professionals who work daily in the mental health courts work co-operatively in implementing Part XX.1. In this case, for example, this collaborative process resulted in numerous steps — the assessment, the fitness hearing, and the treatment order hearing — being dealt with in a single day, the day after Mr. Conception's arrest.

[120] Like all decisions of criminal court judges, the decision to issue a treatment order must be reasonable, having regard to all the circumstances. The psychiatrist will have testified as to the need for treatment. The hospital, as a party to the proceedings, is entitled to indicate its preferred timeline, to avoid disrupting other priority patients. The psychiatrist may give her opinion as to how the accused will fare in prison, and whether his treatment prospects would be adversely affected by a delay.

ne puisse invoquer la pénurie de places pour refuser son consentement, ce facteur s'inscrit dans les circonstances dont la juge tient compte, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, lorsqu'elle fixe la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance de traitement.

[118] J'ajouterais ceci. Certes l'État doit fournir à ses hôpitaux les ressources nécessaires pour leur permettre d'exécuter les ordonnances rendues en application du *Code*, mais les tribunaux ne doivent pas s'attendre à un système parfait, offrant des places en traitement sur-le-champ dans tous les cas. Rien dans le *Code* n'oblige à assurer aux hôpitaux les ressources suffisantes pour qu'ils puissent garder une place en réserve en tout temps. L'hôpital préoccupé par la pénurie de places ou sa capacité d'administrer immédiatement le traitement de façon sécuritaire peut soulever la question du triage devant le juge, qui est le mieux placé pour mettre en balance les divers intérêts dans le cadre d'un processus informel et coopératif.

D. *L'ordonnance de traitement : une collaboration*

[119] En dépit des tensions découlant de la pénurie de places, les professionnels dévoués qui sont à l'œuvre tous les jours dans les salles d'audience des tribunaux pour les personnes ayant des troubles mentaux travaillent en collaboration dans l'application de la partie XX.1. En l'espèce, par exemple, cette collaboration a permis qu'il soit procédé à l'évaluation, à l'audience sur l'aptitude à subir un procès et à l'audience sur l'ordonnance de traitement le même jour, soit le lendemain de l'arrestation de M. Conception.

[120] La décision de rendre une ordonnance de traitement, comme toute autre décision d'une cour de juridiction criminelle, doit être raisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances. La psychiatre aura déclaré le traitement nécessaire. L'hôpital, en tant que partie à l'instance, a le droit d'indiquer la date qu'il préfère, afin de ne pas nuire à d'autres patients jugés prioritaires. La psychiatre peut émettre un avis sur l'effet d'un séjour en prison sur l'accusé ainsi que sur le risque qu'une attente compromette les bénéfices espérés du traitement.

[121] However, the timeline proposed by the hospital may not meet the needs of the criminal justice system. For example, the mental (or physical) health of the accused may be jeopardized by waiting in jail before being transferred to hospital; or the required detention in jail may be disproportionate to the actual charges against the accused. In such cases, the court may make further inquiries of the hospital. The hospital may provide information about the current capacity and waiting list of the hospital and whether, if measures were taken to admit the accused on an urgent basis, it could safely provide treatment.

[122] This enquiry is consistent with the judge's role under Part XX.1 and will not usually require a detailed examination of hospital evidence, which would result in delays to treatment and trial. An informal exchange of information, as is current practice, should suffice. This ensures efficiency and is consistent with the direction under s. 672.5(2) of the *Code*, which states that a hearing to make a disposition under Part XX.1 "may be conducted in as informal a manner as is appropriate in the circumstances".

[123] The judge will aim to craft a realistic treatment order accounting for the hospital's resource constraints, the interests of the accused and the needs of the criminal process. This is consistent with the judge's broad power to set the conditions of a disposition under s. 672.58 and to set the effective date of the disposition under s. 672.63.

[124] Finally, if the court attaches what the hospital considers to be unreasonable conditions to a treatment order (including for example, where treatment cannot safely be provided), the hospital may, of course, exercise its statutory right of appeal, and benefit from the automatic stay. The Court of Appeal is empowered to overturn a treatment order in such a case.

[121] Toutefois, il se peut que la date proposée par l'hôpital ne réponde pas aux besoins du système de justice pénale. Par exemple, la santé mentale (ou physique) de l'accusé pourrait se détériorer si ce dernier devait languir en prison avant son transfert à l'hôpital ou la période de détention en prison nécessaire pourrait être disproportionnée par rapport aux accusations portées contre l'accusé. En pareils cas, il est loisible au tribunal d'adresser d'autres questions à l'hôpital. L'hôpital peut lui donner les renseignements à jour sur le taux d'occupation et la liste d'attente, et indiquer s'il serait en mesure d'administrer le traitement de façon sécuritaire si l'accusé était admis d'urgence.

[122] De telles questions s'inscrivent dans le rôle qui incombe au juge suivant la partie XX.1 et n'exigent habituellement pas d'examen détaillé de la preuve de l'hôpital, ce qui retarderait le traitement de l'accusé et la tenue de son procès. Un échange informel de renseignements — ce qui constitue la pratique actuelle — devrait suffire. Cette approche efficace est conforme aux règles prévues au par. 672.5(2) du *Code*, aux termes duquel une audience tenue en vue de déterminer la décision à prendre en application de la partie XX.1 « peut être aussi informelle que possible, compte tenu des circonstances ».

[123] La juge tentera de formuler une ordonnance de traitement réaliste prenant en compte les contraintes en matière de ressources de l'hôpital, les intérêts de l'accusé ainsi que les besoins du processus pénal. Cette mise en balance relève du pouvoir étendu conféré au juge l'habilitant à fixer les modalités d'une décision et la date d'entrée en vigueur en vertu des art. 672.58 et 672.63.

[124] Enfin, si le tribunal assortit l'ordonnance de traitement de modalités que l'hôpital juge déraisonnables (y compris, par exemple, lorsque le traitement ne peut être administré de façon sécuritaire), l'hôpital peut naturellement exercer son droit d'appel légal et bénéficier de la suspension automatique. La Cour d'appel est habilitée à infirmer l'ordonnance de traitement en pareil cas.

E. *Conclusions*

[125] For these reasons, I conclude that before a judge can make a treatment order, the consent provisions under s. 672.62(1) require that a hospital must have indicated it would be willing to administer the specified treatment. When read in their full context, the consent provisions do not permit hospitals to assess the priority of the accused against others on the waiting list — or to withhold consent on the basis of its bed shortages or waitlists. Consent may be withheld only for medical reasons.

[126] Judges are charged under Part XX.1 with ensuring procedural fairness and minimal infringement of the accused's liberty. The judge can consider bed shortages, in light of the medical and legal interests of the unfit accused. It is the court, and not the hospital, that is tasked with fulfilling the ultimate goal of the treatment regime. That goal is to make the accused fit to stand trial, thereby avoiding a potentially lengthy period of detention.

[127] If there are exceptional circumstances at the hospital such that, even if the accused is treated as a patient who “cannot wait”, it would not be safe to admit and treat the accused, then the hospital should bring that to the attention of the judge. If the hospital is concerned about the treatment order, its remedy is to launch an appeal, and receive an automatic stay.

VI. The Treatment Order Issued in This Case

[128] The validity of Hogan J.'s order is now moot. However, the parties agreed that the appeal should proceed.

[129] Obviously, all those involved were acting in good faith. Indeed, in many respects, the 102

E. *Conclusions*

[125] Pour ces motifs, je conclus que l'ordonnance de traitement est subordonnée au consentement de l'hôpital prévu au par. 672.62(1) par lequel il indique être disposé à administrer le traitement en question. Interprétées à la lumière de l'ensemble de leur contexte, les dispositions relatives au consentement ne permettent pas à l'hôpital de déterminer qui, de l'accusé ou des autres patients figurant déjà sur la liste d'attente, devrait bénéficier du traitement en priorité, ni de refuser son consentement pour cause de pénurie de places ou de listes d'attente. Il ne peut refuser son consentement que pour des motifs d'ordre médical.

[126] Les juges sont chargés en vertu de la partie XX.1 de voir au respect de l'équité procédurale et de faire en sorte que l'atteinte à la liberté de l'accusé soit minimale. Il est loisible au juge de prendre en compte la pénurie de places, à la lumière des intérêts médicaux et juridiques de l'accusé inapte à subir son procès. Il incombe au tribunal, et non à l'hôpital, de réaliser l'objectif ultime du régime de traitement. Cet objectif consiste à rendre l'accusé apte à subir son procès et ainsi lui éviter une détention qui pourrait être fort longue.

[127] Si des circonstances exceptionnelles empêchent l'hôpital d'admettre et de traiter l'accusé de façon sécuritaire, même si ce dernier est considéré comme un patient qui « ne peut attendre », l'hôpital doit en informer le juge. L'hôpital qui a des réserves sur l'ordonnance de traitement peut interjeter appel, et l'application de la décision sera suspendue automatiquement.

VI. L'ordonnance de traitement rendue en l'espèce

[128] La question de la validité de l'ordonnance rendue par la juge Hogan est maintenant théorique. Les parties ont cependant convenu que le pourvoi devait suivre son cours.

[129] De toute évidence, tous les intervenants ont agi de bonne foi. En effet, à maints égards, les

Court-CAMH system is a good example of co-operation among the various institutions involved in implementing Part XX.1.

[130] The record indicates that the hospital's refusal to agree to the judge's desired start date for the treatment order — a refusal they characterize as a denial of consent — was based on its own wait-lists rather than the treatment of the accused. Staff safety was a concern at CAMH because of the sexual assault allegation, and a bed at MHCP would only be available in six days. The hospital argued that an earlier start date would impact the priority of other patients waiting for an available bed.

[131] I do not agree with the Court of Appeal that the trial judge lacked jurisdiction to issue a treatment order in this case. It is obvious from the record that the hospital consented to provide the treatment, subject to bed availability. However, I conclude that the hearing judge's decision regarding the timing of the treatment order was not reasonable.

[132] It is clear that the hearing judge was concerned generally about unfit accused waiting in jail, and the impact of the delay upon their mental health. However, she did not base her decision upon the specific circumstances of this case in issuing a "forthwith" treatment order. There was no discussion of the impact on the offender's treatment prospects resulting from a delay; the holding conditions in the jail where he would likely be sent to wait; or any possible alternatives to detention while waiting for a bed. And there was no information about whether the hospital could safely administer treatment immediately, if so ordered, or when safe treatment could be provided, if he was given priority. These are relevant factors that could have assisted the judge in the exercise of her discretion to issue a treatment order in this case. Like

rapports qu'entretiennent la salle d'audience 102 et le CAMH constituent un bel exemple de collaboration entre les divers organismes participant à la mise en application de la partie XX.1.

[130] Il appert du dossier que l'hôpital a opposé son refus à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance de traitement fixée par la juge — refus assimilé à une absence de consentement — en raison de sa liste d'attente; il ne s'opposait pas au traitement de l'accusé. La sécurité du personnel était une préoccupation pour le CAMH, étant donné qu'une accusation d'agression sexuelle pesait contre l'accusé, et qu'une place au MHCP se libérait seulement six jours plus tard. L'hôpital a soutenu que l'admission anticipée de l'accusé retarderait l'admission prioritaire d'autres patients en attente d'une place.

[131] Je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la juge du procès n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance de traitement en l'espèce. Le dossier indique clairement que l'hôpital consentait à administrer le traitement, sous réserve de la disponibilité d'une place. Je conclus cependant que la décision de la juge président l'audience à propos du moment du traitement prévu dans l'ordonnance n'était pas raisonnable.

[132] Il est clair que la juge qui présidait l'audience était préoccupée de manière générale à l'idée que des accusés inaptes à subir leur procès languissent en prison et se souciait des répercussions de cette attente sur leur santé mentale. Elle n'a toutefois pas fondé sur les circonstances particulières de l'espèce sa décision d'ordonner le traitement « sur-le-champ ». Ni l'incidence d'une attente sur les bénéfices espérés du traitement de l'accusé, ni les conditions de détention dans la prison où il serait probablement transféré en attendant qu'une place se libère, ni les solutions de rechange possibles à la détention avant son admission n'ont été envisagées. La capacité de l'hôpital d'administrer le traitement de façon sécuritaire sur-le-champ, si une ordonnance en ce sens était rendue, n'a pas été abordée non plus, ni la date à

many others at the time, the judge made the treatment order in good faith, but out of frustration with the mental health system's inability to immediately accommodate patients under treatment orders.

[133] As a result, I agree with the Court of Appeal that the judge erred in issuing a "forthwith" treatment order. I would dismiss the appeal without costs.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

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

672.1 (1) [Definitions] In this Part,

. . . .

"disposition" means an order made by a court or Review Board under section 672.54 or an order made by a court under section 672.58;

. . . .

672.11 [Assessment order] A court having jurisdiction over an accused in respect of an offence may order an assessment of the mental condition of the accused, if it has reasonable grounds to believe that such evidence is necessary to determine

(a) whether the accused is unfit to stand trial;

(b) whether the accused was, at the time of the commission of the alleged offence, suffering from a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility by virtue of subsection 16(1);

laquelle le traitement pourrait être administré de façon sécuritaire, si la priorité était accordée à l'accusé. Il s'agit de facteurs pertinents qui auraient pu guider la juge dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui a été conféré et l'habilité à rendre une ordonnance de traitement en l'espèce. Comme bon nombre de ses collègues l'ont fait à l'époque, la juge a rendu l'ordonnance de traitement de bonne foi certes, mais par pure frustration à l'égard du système de santé mentale, incapable de prendre immédiatement en charge un patient visé par une ordonnance de traitement.

[133] Par conséquent, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la juge a commis une erreur en rendant une ordonnance de traitement applicable « sur-le-champ ». Je suis d'avis de rejeter l'appel sans dépens.

ANNEXE

Dispositions législatives applicables

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

672.1 (1) [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

. . . .

« décision » Décision rendue par un tribunal ou une commission d'examen en vertu de l'article 672.54 ou décision rendue par un tribunal en vertu de l'article 672.58.

. . . .

672.11 [Évaluation] Le tribunal qui a compétence à l'égard d'un accusé peut rendre une ordonnance portant évaluation de l'état mental de l'accusé s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une preuve concernant son état mental est nécessaire pour :

a) déterminer l'aptitude de l'accusé à subir son procès;

b) déterminer si l'accusé était atteint de troubles mentaux de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle en application du paragraphe 16(1) au moment de la perpétration de l'infraction reprochée;

(c) whether the balance of the mind of the accused was disturbed at the time of commission of the alleged offence, where the accused is a female person charged with an offence arising out of the death of her newly-born child;

(d) the appropriate disposition to be made, where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder or unfit to stand trial has been rendered in respect of the accused; or

(e) whether an order should be made under section 672.851 for a stay of proceedings, where a verdict of unfit to stand trial has been rendered against the accused.

672.46 (1) [Status quo pending Review Board hearing] Where the court does not make a disposition in respect of the accused at a disposition hearing, any order for the interim release or detention of the accused or any appearance notice, promise to appear, summons, undertaking or recognizance in respect of the accused that is in force at the time the verdict of not criminally responsible on account of mental disorder or unfit to stand trial is rendered continues in force, subject to its terms, until the Review Board makes a disposition.

(2) [Variation of order] Notwithstanding subsection (1), a court may, on cause being shown, vacate any order, appearance notice, promise to appear, summons, undertaking or recognizance referred to in that subsection and make any other order for the interim release or detention of the accused that the court considers to be appropriate in the circumstances, including an order directing that the accused be detained in custody in a hospital pending a disposition by the Review Board in respect of the accused.

672.54 [Dispositions that may be made] Where a court or Review Board makes a disposition under subsection 672.45(2) or section 672.47 or 672.83, it shall, taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

(a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat

c) déterminer si l'accusée inculpée d'une infraction liée à la mort de son enfant nouveau-né était mentalement déséquilibrée au moment de la perpétration de l'infraction;

d) dans le cas où un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, déterminer la décision qui devrait être prise;

e) dans le cas où un verdict d'inaptitude à subir son procès a été rendu à l'égard de l'accusé, déterminer si une ordonnance de suspension d'instance devrait être rendue en vertu de l'article 672.851.

672.46 (1) [Maintien intérimaire du statu quo] Lorsque le tribunal ne rend pas de décision à l'égard de l'accusé lors de l'audience, toute ordonnance de mise en liberté provisoire ou de détention de l'accusé ou toute citation à comparaître, sommation, promesse de comparaître, promesse ainsi que tout engagement en vigueur au moment où le verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux est rendu continue d'être en vigueur sous réserve de ses dispositions jusqu'à ce que la commission d'examen rende sa décision.

(2) [Modification] Par dérogation au paragraphe (1), le tribunal peut, avant que la commission d'examen rende sa décision, si la nécessité lui en est démontrée, annuler l'ordonnance mentionnée au paragraphe (1) qui a déjà été rendue à l'égard de l'accusé ou la citation à comparaître, la sommation, la promesse de comparaître, la promesse ou l'engagement qui est toujours en vigueur à son égard et rendre à l'égard de l'accusé une ordonnance de mise en liberté provisoire ou de détention dans la mesure où il le juge indiqué; il peut notamment ordonner que l'accusé soit détenu dans un hôpital.

672.54 [Décisions] Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou des articles 672.47 ou 672.83, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale :

a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission

to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;

(b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or

(c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

672.58 [Treatment disposition] Where a verdict of unfit to stand trial is rendered and the court has not made a disposition under section 672.54 in respect of an accused, the court may, on application by the prosecutor, by order, direct that treatment of the accused be carried out for a specified period not exceeding sixty days, subject to such conditions as the court considers appropriate and, where the accused is not detained in custody, direct that the accused submit to that treatment by the person or at the hospital specified.

672.59 (1) [Criteria for disposition] No disposition may be made under section 672.58 unless the court is satisfied, on the basis of the testimony of a medical practitioner, that a specific treatment should be administered to the accused for the purpose of making the accused fit to stand trial.

(2) [Evidence required] The testimony required by the court for the purposes of subsection (1) shall include a statement that the medical practitioner has made an assessment of the accused and is of the opinion, based on the grounds specified, that

(a) the accused, at the time of the assessment, was unfit to stand trial;

(b) the psychiatric treatment and any other related medical treatment specified by the medical practitioner will likely make the accused fit to stand trial within a period not exceeding sixty days and that without that treatment the accused is likely to remain unfit to stand trial;

(c) the risk of harm to the accused from the psychiatric and other related medical treatment specified is not disproportionate to the benefit anticipated to be derived from it; and

(d) the psychiatric and other related medical treatment specified is the least restrictive and least intrusive treatment that could, in the circumstances, be

est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;

b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;

c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

672.58 [Décision prévoyant un traitement] Dans le cas où un verdict d'inaptitude à subir son procès a été rendu à l'égard de l'accusé et à la condition que le tribunal n'ait rendu aucune décision à son égard en vertu de l'article 672.54, le tribunal peut, sur demande du poursuivant, rendre une décision prévoyant le traitement de l'accusé pour une période maximale de soixante jours, sous réserve des modalités que le tribunal fixe et, si celui-ci n'est pas détenu, lui enjoignant de s'y soumettre et de se présenter à la personne ou à l'hôpital indiqué.

672.59 (1) [Critères] Aucune décision ne peut être rendue en vertu de l'article 672.58 à moins que le tribunal ne soit convaincu, à la lumière du témoignage d'un médecin, qu'un traitement particulier devrait être donné à l'accusé afin de le rendre apte à subir son procès.

(2) [Preuve nécessaire] Pour l'application du paragraphe (1), le témoignage comporte une déclaration portant que le médecin a évalué l'état mental de l'accusé et que, selon son avis motivé :

a) au moment de l'évaluation, l'accusé était inapte à subir son procès;

b) le traitement psychiatrique et tout autre traitement médical connexe qu'il précise le rendront vraisemblablement apte à subir son procès dans un délai maximal de soixante jours et que, en l'absence de ce traitement, l'accusé demeurera vraisemblablement inapte à subir son procès;

c) le traitement psychiatrique et tout autre traitement médical connexe qu'il précise n'entraînent pas pour l'accusé un risque démesuré, compte tenu des bénéfices espérés;

d) le traitement psychiatrique et tout autre traitement médical connexe qu'il précise sont les moins sévères et les moins privatifs de liberté qui, dans les

specified for the purpose referred to in subsection (1), considering the opinions referred to in paragraphs (b) and (c).

672.6 (1) [Notice required] The court shall not make a disposition under section 672.58 unless the prosecutor notifies the accused, in writing and as soon as practicable, of the application.

(2) [Challenge by accused] On receiving the notice referred to in subsection (1), the accused may challenge the application and adduce evidence for that purpose.

672.61 (1) [Exception] The court shall not direct, and no disposition made under section 672.58 shall include, the performance of psychosurgery or electroconvulsive therapy or any other prohibited treatment that is prescribed.

(2) [Definitions] In this section,

“electro-convulsive therapy” means a procedure for the treatment of certain mental disorders that induces, by electrical stimulation of the brain, a series of generalized convulsions;

“psychosurgery” means any procedure that by direct or indirect access to the brain removes, destroys or interrupts the continuity of histologically normal brain tissue, or inserts indwelling electrodes for pulsed electrical stimulation for the purpose of altering behaviour or treating psychiatric illness, but does not include neurological procedures used to diagnose or treat intractable physical pain, organic brain conditions, or epilepsy, where any of those conditions is clearly demonstrable.

672.62 (1) [Consent of hospital required for treatment] No court shall make a disposition under section 672.58 without the consent of

(a) the person in charge of the hospital where the accused is to be treated; or

(b) the person to whom responsibility for the treatment of the accused is assigned by the court.

(2) [Consent of accused not required for treatment] The court may direct that treatment of an accused be

circumstances, pourraient être prescrits pour l’application du paragraphe (1), compte tenu des alinéas b) et c).

672.6 (1) [Avis obligatoire] Le tribunal ne peut rendre une décision en vertu de l’article 672.58 que si le poursuivant a informé l’accusé par écrit et dans les plus brefs délais du dépôt de la demande.

(2) [Contestation par l’accusé] L’accusé visé par une demande mentionnée au paragraphe (1) peut la contester et présenter des éléments de preuve à ce sujet.

672.61 (1) [Exception] Le tribunal ne peut autoriser un traitement par psychochirurgie ou par sismothérapie ou tout autre traitement interdit désigné par règlement; une décision rendue en vertu de l’article 672.58 ne peut pas autoriser ou être réputée avoir autorisé un tel traitement.

(2) [Définitions] Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« psychochirurgie » Opération qui, par un accès direct ou indirect au cerveau, enlève ou détruit des cellules cérébrales ou entraîne un bris de continuité dans le tissu histologiquement normal ou qui consiste à implanter dans le cerveau des électrodes en vue d’obtenir par stimulation électrique une modification du comportement ou le traitement de maladies psychiatriques; toutefois, la présente définition ne vise pas des procédures neurologiques utilisées pour diagnostiquer ou traiter des conditions cérébrales organiques ou pour diagnostiquer ou traiter les douleurs physiques irréductibles ou l’épilepsie lorsque l’une de ces conditions existe réellement.

« sismothérapie » Procédure médicale utilisée dans le traitement des troubles mentaux qui consiste en des séries de convulsions généralisées qui sont induites par stimulation électrique du cerveau.

672.62 (1) [Consentement obligatoire de l’hôpital] Le tribunal ne peut rendre une décision en vertu de l’article 672.58 sans le consentement du responsable de l’hôpital où l’accusé doit subir le traitement, ou de la personne que le tribunal charge de ce traitement.

(2) [Consentement de l’accusé non obligatoire] Le tribunal peut ordonner le traitement de l’accusé en

carried out pursuant to a disposition made under section 672.58 without the consent of the accused or a person who, according to the laws of the province where the disposition is made, is authorized to consent for the accused.

672.63 [Effective date of disposition] A disposition shall come into force on the day on which it is made or on any later day that the court or Review Board specifies in it, and shall remain in force until the Review Board holds a hearing to review the disposition and makes another disposition.

672.72 (1) [Grounds for appeal] Any party may appeal against a disposition made by a court or a Review Board, or a placement decision made by a Review Board, to the court of appeal of the province where the disposition or placement decision was made on any ground of appeal that raises a question of law or fact alone or of mixed law and fact.

(2) [Limitation period for appeal] An appellant shall give notice of an appeal against a disposition or placement decision in the manner directed by the applicable rules of court within fifteen days after the day on which the appellant receives a copy of the placement decision or disposition and the reasons for it or within any further time that the court of appeal, or a judge of that court, may direct.

(3) [Appeal to be heard expeditiously] The court of appeal shall hear an appeal against a disposition or placement decision in or out of the regular sessions of the court, as soon as practicable after the day on which the notice of appeal is given, within any period that may be fixed by the court of appeal, a judge of the court of appeal, or the rules of that court.

672.75 [Automatic suspension of certain dispositions] The filing of a notice of appeal against a disposition made under paragraph 672.54(a) or section 672.58 suspends the application of the disposition pending the determination of the appeal.

Appeal dismissed without costs.

Solicitors for the appellant: Addario Law Group, Toronto; Burstein Bryant Barristers, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen: Attorney General of Ontario, Toronto.

conformité avec une décision rendue en vertu de l'article 672.58 sans le consentement de celui-ci ou de la personne qui, selon le droit de la province où la décision est rendue, est autorisée à donner ce consentement au nom de l'accusé.

672.63 [Date d'entrée en vigueur] La décision entre en vigueur le jour où elle est rendue ou à la date ultérieure que fixe le tribunal ou la commission d'examen et le demeure jusqu'à ce que la commission tienne une audience pour la réviser et rende une nouvelle décision.

672.72 (1) [Motifs d'appel] Toute partie aux procédures peut interjeter appel à la cour d'appel de la province où elles sont rendues d'une décision d'un tribunal ou d'une commission d'examen, ou d'une ordonnance de placement rendue par cette dernière pour tout motif de droit, de fait ou mixte de droit et de fait.

(2) [Délai d'appel] L'appellant doit donner un avis d'appel, de la façon prévue par les règles de la cour d'appel, dans les quinze jours suivant la date à laquelle il a reçu une copie de la décision ou de l'ordonnance dont appel et des motifs ou dans le délai supérieur que la cour d'appel ou l'un de ses juges fixe.

(3) [Priorité de l'appel] L'appel visé au paragraphe (1) est entendu dans les meilleurs délais possible suivant la remise de l'avis d'appel — pendant une session de la cour d'appel ou non — dans le délai que fixe la cour d'appel ou un juge de celle-ci ou que prévoient les règles de la cour.

672.75 [Suspension d'application] Le dépôt d'un avis d'appel interjeté à l'égard d'une décision rendue en vertu de l'alinéa 672.54a) ou de l'article 672.58 suspend l'application de la décision jusqu'à la décision sur l'appel.

Pourvoi rejeté sans dépens.

Procureurs de l'appelant : Addario Law Group, Toronto; Burstein Bryant Barristers, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent the Person in Charge of the Centre for Addiction and Mental Health: Lax O'Sullivan Scott Lisus, Toronto.

Solicitors for the respondent the Person in Charge of the Mental Health Centre Penetanguishene: Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

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

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck Presser, Toronto.

Solicitors for the intervener the Mental Health Legal Committee: Fraser Advocacy, Toronto.

Procureurs de l'intimé le responsable du Centre de toxicomanie et de santé mentale : Lax O'Sullivan Scott Lisus, Toronto.

Procureurs de l'intimé le responsable du Centre de santé mentale de Penetanguishene : Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

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

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck Presser, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Mental Health Legal Committee : Fraser Advocacy, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Melville Steele *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and
Attorney General of Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. STEELE

2014 SCC 61

File No.: 35364.

2014: April 17; 2014: October 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Sentencing — Dangerous offender — Application for remand for assessment — Meaning of “serious personal injury offence” — Whether robbery committed by using threats of violence to a person falls within the meaning of “serious personal injury offence” — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 343(a), 752 “serious personal injury offence”, 752.1(1).

S robbed a drugstore, telling the cashiers that he had a gun. There is no evidence that he actually had a gun or that physical force was used. No one was injured. One of the cashiers testified that she had been scared during the robbery, while the other described her reaction as one of shock. S was convicted of robbery under s. 343(a) of the *Criminal Code* on the basis that he had “use[d] . . . threats of violence to a person”. The Crown applied to the court to remand him for assessment pursuant to s. 752.1(1) of the *Criminal Code*. Both the trial judge and the Court of Appeal found that a threat of violence does not on its own constitute “the use or attempted use of violence” in accordance with subpara. (a)(i) of the definition of “serious personal injury offence” in s. 752 of the *Criminal Code*.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John Melville Steele *Intimé*

et

**Procureur général du Canada et procureur
général de l’Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. STEELE

2014 CSC 61

N° du greffe : 35364.

2014 : 17 avril; 2014 : 9 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Demande de renvoi pour évaluation — Signification de « sévices graves à la personne » — Le vol qualifié perpétré par le recours à des menaces de violence contre une personne répond-il à la définition de « sévices graves à la personne »? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 343a), 752 « sévices graves à la personne », 752.1(1).

Lors d’un vol qualifié dans une pharmacie, S a dit aux préposées à la caisse qu’il avait une arme. Aucune preuve n’établit qu’il était effectivement armé ou qu’il a eu recours à la force physique. Personne n’a été blessé. L’une des préposées à la caisse a témoigné qu’elle avait eu peur pendant le vol, et l’autre a dit avoir subi un choc. S a été reconnu coupable de vol qualifié en vertu de l’al. 343a) du *Code criminel* au motif qu’il avait « emplo[yé] [. . .] des menaces de violence contre une personne ». Le ministère public a demandé son renvoi pour évaluation en application du par. 752.1(1) du *Code criminel*. Selon la juge du procès et la Cour d’appel, une menace de violence n’équivaut pas à elle seule à « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » selon le sous-al. a)(i) de la définition des « sévices graves à la personne » à l’art. 752 du *Code criminel*.

Held: The appeal should be allowed.

This case concerns the scope of the definition of a “serious personal injury offence” (SPIO) and, consequently, the threshold for entry into the dangerous and long-term offender system. A threat of violence that suffices to ground a conviction for robbery under s. 343(a) does indeed constitute the use of violence against another person within the meaning of subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO set out in s. 752.

Indeterminate detention and long-term supervision are exceptional sentences which are reserved for individuals who pose an ongoing threat to the public. There are a number of procedural steps and substantive requirements before a court can find that an offender is a dangerous offender or a long-term offender. Before the court remands an offender for assessment, it must be satisfied that the offender has been convicted of an SPIO as defined in s. 752. There also must be reasonable grounds to believe that the offender might be found to be a dangerous offender under s. 753 or a long-term offender under s. 753.1. Thus, the SPIO requirement plays a crucial role in the operation of the dangerous and long-term offender scheme.

The primary rationale for both indeterminate detention and long-term supervision under Part XXIV is public protection, and an overly narrow construction of the gateway provision would indeed undermine this purpose. However, the specific purpose of the SPIO requirement is to link the sentence to the predicate offence, and an overly broad construction would undermine this purpose and violate the fundamental principle of sentencing, that a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. The SPIO requirement helps safeguard the constitutionality of the scheme. In interpreting the definition of an SPIO, effect must be given to the overall protective purpose of Part XXIV, while also furthering the specific purpose of the SPIO requirement by tying the punishment to the predicate offence and safeguarding the objective of proportionality.

Subparagraph (a)(i) of the definition in s. 752 does not invite a court to assess the seriousness of the violence the offender used or attempted to use; any level of violence is sufficient. The words “use or attempted use of violence” must be read in their grammatical and ordinary

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le pourvoi porte sur la définition des « sévices graves à la personne » et, par ricochet, sur les conditions auxquelles s’applique le régime des délinquants dangereux et à contrôler. La menace de violence qui justifie une déclaration de culpabilité de vol qualifié suivant l’al. 343(a) constitue en effet l’emploi de la violence contre une autre personne pour les besoins du sous-al. a)(i) de la définition des « sévices graves à la personne » à l’art. 752.

La détention pour une période indéterminée et la surveillance de longue durée constituent des peines exceptionnelles réservées aux délinquants qui font peser une menace permanente sur la société. Un certain nombre de conditions de procédure et de fond doivent être satisfaites avant que le tribunal puisse déclarer qu’un délinquant est dangereux ou à contrôler. Avant de renvoyer un délinquant pour évaluation, le tribunal doit être convaincu que le délinquant a été déclaré coupable de sévices graves à la personne au sens de l’art. 752. Il doit aussi avoir des motifs raisonnables de croire que le délinquant pourrait être déclaré délinquant dangereux suivant l’art. 753 ou délinquant à contrôler suivant l’art. 753.1. Le critère des sévices graves à la personne joue donc un rôle crucial dans l’application du régime des délinquants dangereux et à contrôler.

La détention pendant une période indéterminée et la surveillance de longue durée que prévoit la partie XXIV visent principalement la protection de la société, et une interprétation trop étroite de la disposition d’applicabilité contrecarrerait en fait la réalisation de cet objectif. Toutefois, l’objectif du critère des sévices graves à la personne est précisément de lier la peine à l’infraction sous-jacente, de sorte qu’une interprétation trop libérale irait à l’encontre de cet objectif et contreviendrait au principe fondamental de la détermination de la peine, à savoir que la peine doit être proportionnée à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Le critère des sévices graves à la personne contribue à assurer la constitutionnalité du régime. Pour interpréter la définition des « sévices graves à la personne », il faut donner effet à l’objectif général de protection de la partie XXIV tout en poursuivant l’objectif spécifique inhérent du critère des sévices graves à la personne en liant la sanction à l’infraction sous-jacente et en assurant la réalisation de l’objectif de proportionnalité.

Le sous-alinéa a)(i) de la définition énoncée à l’art. 752 n’invite pas le tribunal à considérer la gravité de la violence que le délinquant a employée ou tenté d’employer; toute violence, quelle qu’elle soit, suffit. L’expression « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence »

sense, having regard to their statutory context. Neither the purpose of the SPIO requirement nor that of Part XXIV warrants reading in a qualitative minimum level of violence. This interpretation is consistent with the gatekeeper function of the SPIO requirement.

Unless the context or the purpose of the statute suggests a different approach, the prevailing definition of “violence” is a harm-based one that encompasses acts by which, a person causes, attempts to cause or threatens to cause harm, and not a force-based one. This is not to say that the definition of violence must be a harm-based one in every case. Context will be paramount and there may be situations in which the presumption of consistent expression is clearly rebutted by other principles of interpretation and, as a result, the intended meaning of violence may vary between statutes and even, in some circumstances, within them. The scope of the expression “use or attempted use of violence” must ultimately be determined having regard to the context in which it is used.

There is no indication that the various parts of the definition of an SPIO in s. 752 are mutually exclusive. The fact that a proposed interpretation would bring some offences within the ambit of more than one part of the definition in s. 752 should not, in itself, justify narrowing the definition to avoid such overlaps. Subparagraph (a)(i) concerns violent acts — “the use or attempted use of violence” — and requires violent intent on the offender’s part. This part of the definition will apply to an offender who intentionally causes, attempts to cause or threatens to cause harm. Threats are included by virtue of the speaker’s intent that they be taken seriously. Subparagraph (a)(ii) relates solely to the effects of the conduct and, as such, will include offences involving negligence. Therefore, a harm-based approach to subpara. (a)(i) according to which threatening violence constitutes a form of use of violence is not inconsistent with the endangerment and psychological damage aspects of the definition in subpara. (a)(ii).

The exclusion of robbery from the offences listed in para. (b) of the definition is not relevant to the determination of legislative intent. There is no indication that Parliament intended to create an exhaustive list of all offences constituting SPIOs in all cases.

doit être interprétée selon son sens grammatical et ordinaire, à la lumière de son contexte législatif. Ni l’objectif du critère des sévices graves à la personne, ni celui de la partie XXIV ne justifient qu’on l’interprète comme si elle exigeait expressément la preuve d’un degré minimal de violence. Cette interprétation s’intègre bien à la protection inhérente du critère des sévices graves à la personne qui consiste à déterminer l’applicabilité ou l’inapplicabilité du régime.

À moins que le contexte ou l’objet de la loi n’indique qu’il en va autrement, la « violence » se définit surtout en fonction du préjudice — et non du recours à la force — et elle englobe le fait de causer un préjudice ou de tenter ou de menacer d’en causer un. Cela ne veut pas dire que la violence doit toujours être définie en fonction du préjudice. Le contexte est crucial, et il peut arriver que la présomption d’uniformité d’expression soit clairement réfutée par d’autres principes d’interprétation, de sorte que le sens voulu par le législateur peut varier d’une loi à l’autre, voire, dans certaines situations, d’une disposition à l’autre. Au final, l’expression « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » doit voir sa portée déterminée en fonction du contexte dans lequel elle est utilisée.

Rien n’indique que les différents volets de la définition des sévices graves à la personne qui figure à l’art. 752 sont mutuellement exclusifs. Qu’une interprétation proposée fasse tomber certaines infractions sous le coup de plusieurs volets de la définition ne justifie pas en soi qu’on restreigne la portée de celle-ci pour éviter les chevauchements. Le sous-alinéa a)(i) vise les actes violents — « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » — et requiert une intention violente de la part du délinquant. Ce volet de la définition s’applique au délinquant qui cause, tente ou menace de causer un préjudice intentionnellement. La menace, elle, est également visée en raison de l’intention de son auteur qu’elle soit prise au sérieux. Le sous-alinéa a)(ii) ne s’attache pour sa part qu’aux effets de la conduite et s’applique donc aux infractions comportant de la négligence. Ainsi, l’interprétation du sous-al. a)(i), axée sur le préjudice et selon laquelle une menace de violence constitue une forme d’emploi de la violence, n’est pas incompatible avec les éléments de mise en danger et de dommages psychologiques mentionnés au sous-al. a)(ii) de la définition.

L’absence du vol qualifié parmi les infractions énumérées à l’al. b) de la définition ne constitue pas un élément à considérer pour déterminer l’intention du législateur. Rien n’indique que le législateur a voulu énumérer exhaustivement toutes les infractions qui constituent toujours des sévices graves à la personne.

The Court of Appeal relied on the presumption that the use of different language suggests that the legislature intended different meanings and the principle that the same words have the same meaning throughout a statute; however, it failed to take into account the full context in which the expressions “uses violence” and “use of violence” appear in s. 343 and subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO in s. 752. The two provisions are in unrelated parts of the *Criminal Code*, and they have distinct purposes and legislative histories. The Court of Appeal’s approach is also inconsistent with the principles of statutory interpretation and would result in untold difficulties for trial judges seeking to establish the elusive dividing line between threats that are inherently violent and those that are not. It is moreover incompatible with the plain meaning and the purpose of the provision. All threats of violence are themselves violent, even though the seriousness of the violence may be quite limited. In seeking to distinguish violent from non-violent threats, courts are in effect reading in an objective minimum level of violence. The Court of Appeal’s interpretation is inconsistent with the clear language of subpara. (a)(i) of the definition, which requires violence, not serious violence, and it risks undermining the overall purpose of Part XXIV by precluding courts from remanding potentially dangerous offenders for assessment.

Threats of violence to a person that are sufficient to ground a conviction for robbery under s. 343(a) meet the “use . . . of violence” criterion in subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO in s. 752. By threatening to harm his victims while committing robbery, S used violence against them. Since the other requirements of the definition are clearly met, his offence qualifies as an SPIO.

Cases Cited

Discussed: *R. v. C.D.*, 2005 SCC 78, [2005] 3 S.C.R. 668; **referred to:** *R. v. Neve*, 1999 ABCA 206, 71 Alta. L.R. (3d) 92; *R. v. Goforth*, 2005 SKCA 12, 257 Sask. R. 123; *R. v. Lebar*, 2010 ONCA 220, 101 O.R. (3d) 263; *R. v. Thompson*, 2009 ONCJ 359 (CanLII); *R. v. Roy*, 2008 SKCA 41, 307 Sask. R. 276; *R. v. Jolicoeur*, 2011 MBQB 129, 265 Man. R. (2d) 225; *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260; *R. v. Cepic*, 2010 ONSC 561, 93 M.V.R. (5th) 129; *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13,

La Cour d’appel invoque la présomption selon laquelle le recours du législateur à des termes différents suppose qu’il a voulu créer des sens différents, et le principe selon lequel, dans une loi, un mot a le même sens chaque fois qu’il y est employé; elle ne tient toutefois pas compte de tout le contexte dans lequel les termes « emploie la violence » et « emploi [. . .] de la violence » figurent à l’art. 343 et au sous-al. a)(i) de la définition des sévices graves à la personne à l’art. 752. Les deux dispositions se trouvent dans des parties du *Code criminel* indépendantes l’une de l’autre, et chacune est dotée d’une raison d’être et d’un historique distincts. La solution retenue par la Cour d’appel va également à l’encontre des principes d’interprétation législative et est de nature à causer des difficultés innombrables au juge du procès désireux d’établir la distinction insaisissable entre la menace intrinsèquement violente et celle qui ne l’est pas. Elle va de plus à l’encontre du sens ordinaire de la disposition et de son objet. Toute menace de violence est en soi violente, même lorsque la gravité de la violence se révèle minime. En cherchant à distinguer entre la menace violente et celle qui ne l’est pas, les tribunaux voient dans la disposition l’exigence d’un degré minimal de violence objective. Pareille interprétation contredit le texte clair du sous-al. a)(i) de la définition, lequel requiert certes la violence, mais non la violence grave, et elle risque de compromettre l’objectif général de la partie XXIV en empêchant les tribunaux de renvoyer pour évaluation des délinquants potentiellement dangereux.

Les menaces de violence proférées contre une personne qui suffisent pour faire déclarer leur auteur coupable de vol qualifié en application de l’al. 343a) satisfont à la condition qu’est « l’emploi [. . .] de la violence » énoncée au sous-al. a)(i) de la définition des sévices graves à la personne. En menaçant de blesser ses victimes lors du vol qualifié, S a employé la violence contre elles. Les autres exigences de la définition étant clairement satisfaites, l’infraction commise par S participe des sévices graves à la personne.

Jurisprudence

Arrêt analysé : *R. c. C.D.*, 2005 CSC 78, [2005] 3 R.C.S. 668; **arrêts mentionnés :** *R. c. Neve*, 1999 ABCA 206, 71 Alta. L.R. (3d) 92; *R. c. Goforth*, 2005 SKCA 12, 257 Sask. R. 123; *R. c. Lebar*, 2010 ONCA 220, 101 O.R. (3d) 263; *R. c. Thompson*, 2009 ONCJ 359 (CanLII); *R. c. Roy*, 2008 SKCA 41, 307 Sask. R. 276; *R. c. Jolicoeur*, 2011 MBQB 129, 265 Man. R. (2d) 225; *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260; *R. c. Cepic*, 2010 ONSC 561, 93 M.V.R. (5th) 129; *Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13,

[2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357; *R. v. Smith*, 2012 ONCA 645 (CanLII); *R. v. McRae*, 2013 SCC 68, [2013] 3 S.C.R. 931; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555; *R. v. Goulet*, 2011 ABCA 230, 52 Alta. L.R. (5th) 241; *R. v. J.Y.* (1996), 141 Sask. R. 132; *R. v. O’Keefe*, 2011 NLCA 41, 309 Nfld. & P.E.I.R. 253.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 249(3), 264.1(1)(a), (2)(a), 343, 344, 742.1, Part XXIV, 752 “serious personal injury offence”, 752.1(1), 753, 753.1, 754(1)(a), (b).
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 39(1)(a).

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “violence”.
Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle éd. Paris: Le Robert, 2012, “violence”.
 Scassa, Teresa. “Violence Against Women in Law Schools” (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 809.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Scott C.J.M. and Beard and Monnin J.J.A.), 2013 MBCA 21, 288 Man. R. (2d) 304, 564 W.A.C. 304, [2013] 5 W.W.R. 635, [2013] M.J. No. 77 (QL), 2013 CarswellMan 108, affirming a decision of McKelvey J., 2011 MBQB 181, 267 Man. R. (2d) 91, [2011] M.J. No. 250 (QL), 2011 CarswellMan 403. Appeal allowed.

Ami Kotler and Neil Steen, for the appellant.

J. David L. Soper and Amanda Sansregret, for the respondent.

Jeffrey G. Johnston, for the intervener the Attorney General of Canada.

Leslie Paine and Michelle Campbell, for the intervener the Attorney General of Ontario.

[2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357; *R. c. Smith*, 2012 ONCA 645 (CanLII); *R. c. McRae*, 2013 CSC 68, [2013] 3 R.C.S. 931; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *R. c. Goulet*, 2011 ABCA 230, 52 Alta. L.R. (5th) 241; *R. c. J.Y.* (1996), 141 Sask. R. 132; *R. c. O’Keefe*, 2011 NLCA 41, 309 Nfld. & P.E.I.R. 253.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 249(3), 264.1(1)a), (2)a), 343, 344, 742.1, partie XXIV, 752 « sévices graves à la personne », 752.1(1), 753, 753.1, 754(1)a), b).
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 39(1)a).

Doctrine et autres documents cités

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, « violence ».
Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, nouvelle éd. Paris: Le Robert, 2012, « violence ».
 Scassa, Teresa. « Violence Against Women in Law Schools » (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 809.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (le juge en chef Scott et les juges Beard et Monnin), 2013 MBCA 21, 288 Man. R. (2d) 304, 564 W.A.C. 304, [2013] 5 W.W.R. 635, [2013] M.J. No. 77 (QL), 2013 CarswellMan 108, qui a confirmé une décision de la juge McKelvey, 2011 MBQB 181, 267 Man. R. (2d) 91, [2011] M.J. No. 250 (QL), 2011 CarswellMan 403. Pourvoi accueilli.

Ami Kotler et Neil Steen, pour l’appelante.

J. David L. Soper et Amanda Sansregret, pour l’intimé.

Jeffrey G. Johnston, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Leslie Paine et Michelle Campbell, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

WAGNER J. —

LE JUGE WAGNER —

I. Introduction

I. Introduction

[1] Indeterminate detention and long-term supervision under Part XXIV of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, are exceptional sentences in our criminal justice system. They are reserved for individuals who pose an ongoing threat to the public and accordingly merit enhanced sentences on preventive grounds. Part XXIV outlines the process by which an offender may be designated as a dangerous offender or a long-term offender and be sentenced accordingly. Before either of these designations can be made, a number of conditions must be met. One such condition is that the offence that forms the basis for the dangerous offender or long-term offender application must be a “serious personal injury offence” as defined in s. 752 of the *Criminal Code*.

[1] Dans notre système de justice criminelle, la détention pour une période indéterminée et la surveillance de longue durée que prévoit la partie XXIV du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, constituent des peines exceptionnelles. Elles sont réservées aux délinquants qui font peser sur la société une menace permanente de nature à justifier, à titre préventif, une peine plus sévère. La partie XXIV établit le processus qui permet au tribunal de déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux ou un délinquant à contrôler et de lui infliger la peine adéquate dans les circonstances. Un certain nombre de conditions doivent être satisfaites. L’une d’elles exige que l’infraction qui entraîne la demande de déclaration participe des « sévices graves à la personne » au sens de l’art. 752 du *Code criminel*.

[2] The term “serious personal injury offence” means, *inter alia*, an indictable offence involving “the use or attempted use of violence against another person” for which the offender may be sentenced to imprisonment for 10 years or more: s. 752, subpara. (a)(i) of the definition of “serious personal injury offence” (“SPIO”). On application by a prosecutor, where an individual has been convicted of such an offence, and if the court finds that there are reasonable grounds to believe that the individual might be found to be a dangerous offender or a long-term offender, the court must remand the individual for a psychological assessment: s. 752.1(1). This assessment then forms the basis for an application for a finding that the individual is a dangerous offender or a long-term offender.

[2] Suivant la définition pertinente, l’infraction qui implique des « sévices graves à la personne » est punissable, par mise en accusation, d’un emprisonnement d’au moins 10 ans. Elle comporte entre autres « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence contre une autre personne » (sous-al. a)(i) de la définition à l’art. 752). Sur demande du poursuivant, lorsqu’une personne a été reconnue coupable d’une telle infraction et qu’il existe des motifs raisonnables de croire que le délinquant pourrait être déclaré délinquant dangereux ou délinquant à contrôler, le tribunal doit le renvoyer pour évaluation psychologique (par. 752.1(1)). Le rapport d’évaluation étaye ensuite la demande de déclaration de délinquant dangereux ou à contrôler.

[3] This case concerns the scope of the definition of an SPIO and, consequently, the threshold for entry into the dangerous and long-term offender system. The offender, Mr. Steele, robbed a drugstore, telling the cashiers that he had a gun. There is no evidence that he actually had a gun or that physical force was used. Mr. Steele was convicted of robbery under

[3] Le présent pourvoi porte sur la définition des « sévices graves à la personne » et, par ricochet, sur les conditions auxquelles s’applique le régime des délinquants dangereux et à contrôler. Lors d’un vol qualifié qu’il a perpétré dans une pharmacie, le délinquant, M. Steele, a dit aux préposées à la caisse qu’il avait une arme. Aucune preuve n’établit qu’il

s. 343(a) of the *Criminal Code* on the basis that he had “use[d] . . . threats of violence to a person”. The Crown, viewing this as an SPIO, gave notice of its intention to apply to the court to remand Mr. Steele for assessment pursuant to s. 752.1(1). Mr. Steele’s offence clearly meets two of the requirements of the definition of an SPIO referred to above: robbery is an indictable offence for which the offender may be sentenced to imprisonment for 10 years or more (see s. 344). The question is whether the offence — which involved threats of violence to a person, but no physical force — meets the other requirement of that definition: that of involving “the use or attempted use of violence against another person”.

[4] Both the trial judge and the Court of Appeal answered this question in the negative. They found, in essence, that a threat of violence does not on its own constitute “the use or attempted use of violence”. For the reasons that follow, I respectfully disagree.

[5] A threat of violence that suffices to ground a conviction for robbery under s. 343(a) does indeed constitute the use of violence against another person within the meaning of subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO set out in s. 752. By threatening to harm his victims while committing robbery, Mr. Steele used violence against them. Since the other requirements of the definition are clearly met, his offence qualifies as an SPIO.

[6] In the result, I would allow the Crown’s appeal. The other requirements for the Crown’s application for remand for an assessment have not been contested, which means that all the requirements are met. I would therefore grant the application and order that Mr. Steele be remanded for assessment pursuant to s. 752.1(1) of the *Criminal Code*.

était effectivement armé ou qu’il a eu recours à la force physique. M. Steele a été reconnu coupable de vol qualifié en vertu de l’al. 343a) du *Code criminel* au motif qu’il avait « emplo[yé] [. . .] des menaces de violence contre une personne ». Estimant qu’il s’agissait de « sévices graves à la personne », le ministère public a donné avis de son intention de demander au tribunal le renvoi pour évaluation de M. Steele en application du par. 752.1(1). L’infraction perpétrée satisfait clairement à deux des exigences susmentionnées de la définition des « sévices graves à la personne ». Le vol qualifié est une infraction punissable d’un emprisonnement d’au moins 10 ans par mise en accusation (voir art. 344). La question est de savoir si l’infraction — qui a comporté la profération de menaces de violence contre une personne, mais non l’emploi de la force physique — satisfait à l’autre exigence de la définition, à savoir « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence contre une autre personne ».

[4] La juge du procès et la Cour d’appel répondent toutes deux par la négative. Elles concluent essentiellement qu’une menace de violence n’équivaut pas à elle seule à « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence ». En toute déférence, je ne suis pas d’accord. Voici pourquoi.

[5] La menace de violence qui justifie une déclaration de culpabilité de vol qualifié suivant l’al. 343a) constitue en effet l’emploi de la violence contre une autre personne pour les besoins du sous-al. a)(i) de la définition des « sévices graves à la personne » à l’art. 752. En menaçant de blesser ses victimes lors du vol qualifié, M. Steele a employé la violence contre elles. Les autres exigences du sous-al. a)(i) de la définition étant clairement satisfaites, l’infraction commise par M. Steele participe des « sévices graves à la personne ».

[6] Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi du ministère public. Le respect des autres conditions préalables à une demande de renvoi pour évaluation n’étant pas contesté, toutes les conditions applicables sont satisfaites. Je suis donc d’avis d’accueillir la demande et d’ordonner le renvoi pour évaluation de M. Steele en application du par. 752.1(1) du *Code criminel*.

II. Relevant Statutory Provisions

[7] The dispute over the definition of an SPIO arises in the context of the Crown's application for remand for an assessment, which is a step that must be taken before applying for a finding that an offender is a dangerous offender or a long-term offender:

752.1 (1) [Application for remand for assessment] On application by the prosecutor, if the court is of the opinion that there are reasonable grounds to believe that an offender who is convicted of a serious personal injury offence or an offence referred to in paragraph 753.1(2)(a) might be found to be a dangerous offender under section 753 or a long-term offender under section 753.1, the court shall, by order in writing, before sentence is imposed, remand the offender, for a period not exceeding 60 days, to the custody of a person designated by the court who can perform an assessment or have an assessment performed by experts for use as evidence in an application under section 753 or 753.1.

[8] The requirements of the definition of an SPIO must be met both at the stage of the application for an assessment (s. 752.1(1)) and, subsequently, at that of the application for a finding that the offender is a dangerous offender (s. 753(1)). The definition reads as follows:

752. [Definitions] In this Part,

. . .

“serious personal injury offence” means

(a) an indictable offence, other than high treason, treason, first degree murder or second degree murder, involving

(i) the use or attempted use of violence against another person, or

(ii) conduct endangering or likely to endanger the life or safety of another person or inflicting or likely to inflict severe psychological damage on another person,

and for which the offender may be sentenced to imprisonment for ten years or more, or

II. Dispositions législatives

[7] Le litige concernant la définition des « sévices graves à la personne » a vu le jour lorsque le ministère public a demandé le renvoi pour évaluation de M. Steele comme il devait le faire avant de pouvoir demander qu'il soit déclaré délinquant dangereux ou à contrôler :

752.1 (1) [Renvoi pour évaluation] Sur demande du poursuivant, le tribunal doit, avant d'imposer une peine au délinquant qui a commis des sévices graves à la personne ou une infraction visée à l'alinéa 753.1(2)a) et lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire que celui-ci pourrait être déclaré délinquant dangereux ou délinquant à contrôler en vertu respectivement des articles 753 et 753.1, le renvoyer, par une ordonnance écrite et pour une période maximale de soixante jours, à la garde de la personne qu'il désigne, laquelle effectue ou fait effectuer par des experts une évaluation qui sera utilisée comme preuve lors de l'examen de la demande visée aux articles 753 ou 753.1.

[8] Les exigences de la définition des « sévices graves à la personne » doivent être satisfaites tant au moment de la demande de renvoi pour évaluation (par. 752.1(1)) qu'à celui de la demande de déclaration de délinquant dangereux (par. 753(1)). Voici le texte de la définition :

752. [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

. . .

« sévices graves à la personne » Selon le cas :

a) les infractions — la haute trahison, la trahison, le meurtre au premier degré ou au deuxième degré exceptés — punissables, par mise en accusation, d'un emprisonnement d'au moins dix ans et impliquant :

(i) soit l'emploi, ou une tentative d'emploi, de la violence contre une autre personne,

(ii) soit une conduite dangereuse, ou susceptible de l'être, pour la vie ou la sécurité d'une autre personne ou une conduite ayant infligé, ou susceptible d'infliger, des dommages psychologiques graves à une autre personne;

(b) an offence or attempt to commit an offence mentioned in section 271 (sexual assault), 272 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm) or 273 (aggravated sexual assault).

[9] The offence of robbery under s. 343 encompasses a number of different acts. Section 343 reads as follows:

343. [Robbery] Every one commits robbery who

(a) steals, and for the purpose of extorting whatever is stolen or to prevent or overcome resistance to the stealing, uses violence or threats of violence to a person or property;

(b) steals from any person and, at the time he steals or immediately before or immediately thereafter, wounds, beats, strikes or uses any personal violence to that person;

(c) assaults any person with intent to steal from him; or

(d) steals from any person while armed with an offensive weapon or imitation thereof.

III. Background

[10] The key facts are not in dispute. At approximately 1:35 p.m. on May 28, 2010, Mr. Steele entered a drugstore with his face concealed by a tightly drawn hoodie, as could be seen on a surveillance videotape. He approached the checkout counter and said something like, “Give me the money. It’s a robbery. I have a gun.” The cashier was unable to open the register and requested the assistance of another cashier, who opened it and positioned the cash tray so that Mr. Steele could reach it. Mr. Steele left the store approximately one minute and ten seconds after entering it. He was at the checkout counter for 39 seconds.

[11] No weapon was seen in Mr. Steele’s possession either inside or outside the store. No one was injured. One of the cashiers testified that she had been scared during the robbery, while the other described her reaction as one of shock.

b) les infractions ou tentatives de perpétration de l’une des infractions visées aux articles 271 (agression sexuelle), 272 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles) ou 273 (agression sexuelle grave).

[9] L’infraction de vol qualifié que crée l’art. 343 englobe un certain nombre d’actes différents. Voici le libellé de la disposition :

343. [Vol qualifié] Commet un vol qualifié quiconque, selon le cas :

a) vole et, pour extorquer la chose volée ou empêcher ou maîtriser toute résistance au vol, emploie la violence ou des menaces de violence contre une personne ou des biens;

b) vole quelqu’un et, au moment où il vole, ou immédiatement avant ou après, blesse, bat ou frappe cette personne ou se porte à des actes de violence contre elle;

c) se livre à des voies de fait sur une personne avec l’intention de la voler;

d) vole une personne alors qu’il est muni d’une arme offensive ou d’une imitation d’une telle arme.

III. Les faits

[10] Les faits principaux ne sont pas contestés. Le 28 mai 2010, vers 13 h 35, M. Steele est entré dans une pharmacie le visage dissimulé par un capuchon au cordon de fermeture bien tiré, comme le révèle l’enregistrement vidéo de l’établissement. Il s’est approché de la caisse et a dit [TRADUCTION] « Donne-moi l’argent. C’est un vol. J’ai une arme », ou quelque chose d’équivalent. Incapable d’ouvrir le tiroir de la caisse enregistreuse, la préposée a demandé l’aide d’une collègue, qui a ouvert le tiroir-caisse et en a retiré le plateau pour le mettre à la portée de M. Steele. Ce dernier a quitté les lieux environ une minute et dix secondes après y être entré. Sa présence à la caisse a duré 39 secondes.

[11] Aucune arme n’a été aperçue en la possession de M. Steele, ni à l’intérieur ni à l’extérieur de la pharmacie, et personne n’a été blessé. L’une des préposées à la caisse a témoigné qu’elle avait eu peur pendant le vol, et l’autre a dit avoir subi un choc.

[12] Mr. Steele was convicted of robbery, disguise with intent and failure to comply with a probation order: 2011 MBQB 67. The Crown then applied to the court to remand him for assessment pursuant to s. 752.1(1) of the *Criminal Code*.

A. *Manitoba Court of Queen’s Bench, 2011 MBQB 181, 267 Man. R. (2d) 91*

[13] McKelvey J. denied the Crown’s application. She began her analysis by noting that the legislature has not specified that robbery is an SPIO, as it has done in para. (b) of the definition of an SPIO with respect to certain sexually based offences. She then said that there was no evidence that Mr. Steele’s conduct had endangered or been likely to endanger the lives or safety of the cashiers or that severe psychological damage had been inflicted on them within the meaning of subpara. (a)(ii) of the definition. The case therefore turned on subpara. (a)(i). Did Mr. Steele’s conduct involve the use or attempted use of violence against the cashiers?

[14] On this question, McKelvey J. acknowledged two lines of authority. According to the first, that of *R. v. Neve*, 1999 ABCA 206, 71 Alta. L.R. (3d) 92, the “use or attempted use of violence” threshold requires that the violence be “objectively serious” (para. 76). The second, that of *R. v. Goforth*, 2005 SKCA 12, 257 Sask. R. 123, and *R. v. Lebar*, 2010 ONCA 220, 101 O.R. (3d) 263, rejects this requirement. McKelvey J. noted (at para. 11) that “[t]he case law is trending towards an acceptance of [the latter approach]”, according to which the expression “use or attempted use of violence” encompasses all violent conduct irrespective of how serious it is.

[15] McKelvey J. nevertheless found that the “implied threat of violence” (para. 28) in the case at bar fell short of the subpara. (a)(i) threshold. She noted that no one had been injured. Although Mr. Steele’s hands were in his pockets when he uttered the threat, he had done nothing that could be

[12] M. Steele a été reconnu coupable de vol qualifié, de déguisement dans un dessein criminel et de manquement à une ordonnance de probation (2011 MBQB 67). Le ministère public a par la suite demandé son renvoi pour évaluation en application du par. 752.1(1) du *Code criminel*.

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba, 2011 MBQB 181, 267 Man. R. (2d) 91*

[13] La juge McKelvey rejette la demande du ministère public. Dans son analyse, elle signale d’abord que le législateur ne précise pas que le vol qualifié participe des « sévices graves à la personne » comme il le fait pour certaines infractions d’ordre sexuel à l’al. b) de la définition. Elle ajoute qu’aucun élément ne prouve que la conduite de M. Steele a été dangereuse ou susceptible de l’être pour la vie ou la sécurité des préposées à la caisse ou que des dommages psychologiques graves leur ont été infligés au sens du sous-al. a)(ii) de la définition. L’issue du litige tient donc à l’application du sous-al. a)(i) : la conduite de M. Steele a-t-elle comporté l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence contre les préposées à la caisse?

[14] La juge McKelvey reconnaît l’existence de deux courants jurisprudentiels sur ce point. Selon le premier, auquel correspond l’arrêt *R. c. Neve*, 1999 ABCA 206, 71 Alta. L.R. (3d) 92, « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » veut que la violence soit [TRADUCTION] « objectivement grave » (par. 76). Le deuxième, qui correspond aux arrêts *R. c. Goforth*, 2005 SKCA 12, 257 Sask. R. 123, et *R. c. Lebar*, 2010 ONCA 220, 101 O.R. (3d) 263, écarte cette condition. La juge McKelvey relève (au par. 11) que [TRADUCTION] « [l]es tribunaux penchent en faveur [du second] », suivant lequel « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » s’entend de tout comportement violent, quel qu’en soit la gravité.

[15] La juge McKelvey conclut néanmoins que, en l’espèce, la [TRADUCTION] « menace de violence implicite » (par. 28) ne satisfait pas au critère du sous-al. a)(i) de la définition. Elle souligne que personne n’a été blessé. Bien que M. Steele ait eu les mains dans les poches lorsqu’il a proféré la menace,

likened to pulling out a weapon. McKelvey J. accepted that the two cashiers had experienced shock and fear as a result of Mr. Steele's actions, but nevertheless concluded that those actions had not constituted the use or attempted use of violence. In reaching this conclusion, she relied on the reasoning of other courts that had found that similar threats of violence failed to meet the SPIO threshold: e.g., *R. v. Thompson*, 2009 ONCJ 359 (CanLII); *R. v. Roy*, 2008 SKCA 41, 307 Sask. R. 276; *R. v. Jolicoeur*, 2011 MBQB 129, 265 Man. R. (2d) 225.

B. *Manitoba Court of Appeal, 2013 MBCA 21, 288 Man. R. (2d) 304 (per Scott C.J.M. and Beard and Monnin J.J.A.)*

[16] The Manitoba Court of Appeal, *per* Scott C.J.M., unanimously upheld McKelvey J.'s decision. The definition of robbery in s. 343(a) refers to a person who "uses violence" or "uses . . . threats of violence", whereas subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO in s. 752 refers to the "use . . . of violence" or the "attempted use of violence". Scott C.J.M. reasoned that these differences in language imply that not all robberies involve the use or attempted use of violence. He discussed *R. v. C.D.*, 2005 SCC 78, [2005] 3 S.C.R. 668, in which this Court had adopted a definition of the expression "violent offence" as used in s. 39(1)(a) of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 ("YCJA"), that included threats to cause bodily harm, but found that that case should be distinguished. In his opinion, the fact that s. 343(a) refers to the use of both violence and threats of violence means that there must be some difference between the two.

[17] After surveying the various types of threats that might support a robbery conviction under s. 343(a), Scott C.J.M. noted that whether or not violence was used or attempted is a factual determination, and a matter for the trial judge. He agreed with McKelvey J. in endorsing the holding

il n'a rien fait qui aurait pu s'apparenter au geste de brandir une arme. La juge McKelvey admet que, à cause des actes de M. Steele, les deux préposées à la caisse ont subi un choc et éprouvé de la peur, mais elle conclut que ces actes n'ont constitué ni l'emploi ni une tentative d'emploi de la violence. Elle appuie sa conclusion sur le raisonnement d'autres tribunaux qui ont auparavant décidé que des menaces de violence similaires ne satisfont pas au critère des sévices graves à la personne (p. ex. *R. c. Thompson*, 2009 ONCJ 359 (CanLII); *R. c. Roy*, 2008 SKCA 41, 307 Sask. R. 276; *R. c. Jolicoeur*, 2011 MBQB 129, 265 Man. R. (2d) 225).

B. *Cour d'appel du Manitoba, 2013 MBCA 21, 288 Man. R. (2d) 304 (le juge en chef Scott et les juges Beard et Monnin)*

[16] Au nom des juges unanimes de la Cour d'appel du Manitoba, le juge en chef Scott confirme la décision de la juge McKelvey. Le vol qualifié défini à l'al. 343a renvoie à la personne qui « emploie la violence » ou « des menaces de violence », alors que, à l'art. 752, le sous-al. a)(i) de la définition des « sévices graves à la personne » renvoie à l'« emploi [. . .] de la violence » ou à la « tentative d'emploi [. . .] de la violence ». Il explique que ces différences de libellé font en sorte que tout vol qualifié ne comporte pas l'emploi ou la tentative d'emploi de la violence. Il se réfère à l'arrêt *R. c. C.D.*, 2005 CSC 78, [2005] 3 R.C.S. 668, dans lequel la Cour statue que le terme « infraction avec violence » employé à l'al. 39(1)a de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (« LSJPA »), s'entend de la menace de causer des lésions corporelles, mais il établit une distinction d'avec cette affaire. Il estime que la mention à l'al. 343a tant de l'emploi de la violence que des menaces de violence fait en sorte qu'il existe nécessairement une différence entre les deux.

[17] Après avoir passé en revue les différentes menaces susceptibles d'étayer une déclaration de culpabilité de vol qualifié fondée sur l'al. 343a), le juge en chef Scott signale qu'il appartient au juge du procès de décider à partir des faits s'il y a eu ou non emploi ou tentative d'emploi de la violence. À

in *Goforth* and *Lebar* that the issue is not whether the violence used in committing the predicate offence was objectively serious. What must be determined, according to the court in *Lebar*, is “whether the evidence proves that violence was actually used” (Scott C.J.M., at para. 70, quoting *Lebar*, at para. 50). Although he agreed in substance with this approach, Scott C.J.M. found that the court had sidestepped the distinction between the concepts of use of violence and attempted use of violence referred to in subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO in s. 752. The use of violence to a person in committing robbery will also constitute a use of violence within the meaning of that provision. Where, on the other hand, robbery is committed by the use of *threats* of violence against a person, the question is whether those threats also constitute the *attempted use* of violence within the meaning of subpara. (a)(i).

[18] In this regard, Scott C.J.M. approved the approach adopted in *Thompson*, at para. 28:

In the myriad of factual circumstances that can constitute criminal offences, there is often a threat of violence, sometimes explicit and sometimes implicit. There may be instances when that threat of violence is so real that one could reasonably characterize it as an attempted use of violence. In other words, very little more need be done by the offender before the threat becomes actual use. To try and distinguish an attempt from a threat on such facts may be nothing more than semantics. However, in other cases, the threat of violence may be so remote from any actual perpetration of violence such that it cannot reasonably amount to an attempted use. [Emphasis added.]

[19] Scott C.J.M. proposed the following approach for determining whether a given threat amounts to an attempted use of violence (para. 85):

[S]ome degree of physical action must be part of a threat for it to constitute the “attempted use of violence”.

l’instar de la juge McKelvey, il adhère aux enseignements des arrêts *Goforth* et *Lebar* selon lesquels la question n’est pas de savoir si la violence employée pour perpétrer l’infraction sous-jacente était objectivement grave. Dans *Lebar*, le tribunal estime qu’il faut se demander [TRADUCTION] « si la preuve démontre qu’il y a eu effectivement emploi de la violence » (juge en chef Scott, au par. 70, citant *Lebar*, par. 50). S’il y souscrit pour l’essentiel, le juge en chef Scott conclut que ce point de vue élude la distinction entre les notions d’emploi de la violence et de tentative d’emploi de la violence auxquelles renvoie le sous-al. a)(i) de la définition des « sévices graves à la personne » à l’art. 752. L’emploi de la violence contre une personne au cours d’un vol qualifié constitue également l’emploi de la violence au sens de cette disposition. Par contre, lorsque le vol qualifié est commis par la profération de *menaces* de violence à l’endroit d’une personne, il faut se demander si les menaces constituent aussi une *tentative d’emploi* de la violence au sens du sous-al. a)(i).

[18] Le juge en chef Scott adhère sur ce point à la démarche adoptée par le tribunal dans *Thompson*, par. 28 :

[TRADUCTION] Parmi les nombreuses situations de fait susceptibles de constituer des infractions criminelles figure souvent la menace de violence, parfois explicite, parfois implicite. Dans certains cas, la menace de violence est à ce point réelle que l’on pourrait raisonnablement la qualifier de tentative d’emploi de la violence. Autrement dit, pour que la menace devienne emploi, bien peu de chose doit être accompli de surcroît par le délinquant. La tentative d’établir, à partir des faits de l’espèce, une distinction entre la tentative et la menace pourrait n’être affaire que de sémantique. Cependant, dans d’autres cas, la menace de violence peut être à ce point éloignée de tout acte réel de violence qu’elle ne saurait raisonnablement équivaloir à une tentative d’emploi de la violence. [Je souligne.]

[19] Le juge en chef Scott propose la démarche qui suit pour décider si une menace donnée équivaut à une tentative d’emploi de la violence (par. 85) :

[TRADUCTION] [L]a menace doit s’accompagner de quelque action concrète pour équivaloir à une « tentative

That is, there needs to be some indication of imminent apparent danger to a person or some overt act directed towards the actual use of violence against a person for a threat of violence to also constitute the attempted use of violence.

[20] Finally, Scott C.J.M. noted that McKelvey J.'s findings of fact had not been challenged, and because the threat of violence was not associated with either imminent danger or "any, even minimal, overt physical act", he upheld the trial judge's decision (para. 86). The threat, while sufficient to ground a conviction for robbery under s. 343(a), did not constitute the use or attempted use of violence for the purposes of the definition of an SPIO and did not trigger the sentencing procedures under Part XXIV.

IV. Issue

[21] Does robbery committed by using threats of violence to a person within the meaning of s. 343(a) of the *Criminal Code* constitute an SPIO in accordance with subpara. (a)(i) of the definition of that expression set out in s. 752?

V. Analysis

[22] To determine whether an offence constitutes an SPIO, it is necessary to review the elements of the offence, but it may also be necessary, if that review is insufficient, to consider the factual circumstances in which the offence was committed. Certain offences automatically constitute SPIOs regardless of the manner in which they are committed: s. 752, para. (b) of the definition of "serious personal injury offence"; see *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260, at paras. 21-22. There are other offences that always constitute SPIOs in that one of their elements automatically satisfies the descriptive criteria set out in para. (a) of the definition of an SPIO. One example would be where personal violence or endangerment forms part of the definition of the offence: see, e.g., *R. v. Cepic*,

d'emploi de la violence ». Il doit y avoir une indication qu'une personne court un danger manifeste imminent ou quelque action visant clairement l'emploi réel de la violence contre une personne pour qu'une menace de violence constitue également une tentative d'emploi de la violence.

[20] Enfin, le juge en chef Scott souligne que les conclusions factuelles tirées par la juge McKelvey ne sont pas contestées et, parce que la menace de violence n'était associée ni à un danger imminent, ni à [TRADUCTION] « une action concrète manifeste, même minimale », il confirme la décision de la juge du procès (par. 86). La menace, même si elle justifiait une déclaration de culpabilité de vol qualifié suivant l'al. 343a), ne constituait cependant pas l'emploi ou une tentative d'emploi de la violence pour les besoins de la définition des « sévices graves à la personne » et n'emportait pas l'application du régime de détermination de la peine de la partie XXIV.

IV. Question en litige

[21] Le vol qualifié qui s'accompagne de menaces de violence contre une personne au sens de l'al. 343a) du *Code criminel* équivaut-il à des « sévices graves à la personne » selon le sous-al. a)(i) de la définition de cette expression à l'art. 752?

V. Analyse

[22] Pour décider si une infraction participe des « sévices graves à la personne », il faut examiner ses éléments constitutifs puis, au besoin, se pencher sur les circonstances dans lesquelles elle a été commise. Certaines infractions constituent automatiquement des « sévices graves à la personne » quelle que soit la manière avec laquelle elles sont perpétrées (art. 752, al. b) de la définition de tels sévices; voir *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260, par. 21-22). D'autres infractions constituent toujours des « sévices graves à la personne » dans la mesure où l'un de leurs éléments correspond d'emblée à l'énoncé descriptif de l'al. a) de la définition. À titre d'exemple, les actes de violence contre une personne ou la mise en danger de celle-ci sont visés par la définition de l'infraction (voir p. ex. *R. c. Cepic*, 2010 ONSC 561, 93 M.V.R.

2010 ONSC 561, 93 M.V.R. (5th) 129, at para. 18. Robbery is clearly not one of this second type of offences, since it can involve the use of violence or threats of violence to a person *or property*, whereas subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO refers only to the use or attempted use of violence *against another person*: see *Lebar*, at para. 65.

[23] Thus, the question is whether a robbery committed as in the instant case — by using threats of violence to a person, but without using actual physical violence — satisfies the criterion of “use or attempted use of violence against another person” set out in the definition. I conclude that it does. I reach this conclusion in light of the modern principle of statutory interpretation that the words of legislation must be read “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87.

[24] I will begin by discussing the purpose of the SPIO threshold and its function within the scheme of Part XXIV. I will then consider the plain meaning of the term “violence” in the context of the *Criminal Code* and other legislation. Finally, I will discuss the statutory context of the provision in which the phrase “use or attempted use of violence” appears, including the other provisions of the definition of an SPIO and the provision that defines the offence of robbery. Taken together, these considerations support the view that threats of violence to a person that suffice to ground a conviction for robbery meet the violence criterion in the definition of an SPIO. Because robbery is an indictable offence for which the offender may be sentenced to imprisonment for 10 years or more, all the criteria of subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO are satisfied.

(5th) 129, par. 18). Le vol qualifié ne constitue manifestement pas une infraction du second type puisqu’il peut être perpétré en recourant à la violence ou aux menaces de violence contre une personne *ou contre des biens*, alors que le sous-al. a)(i) de la définition des « sévices graves à la personne » ne renvoie qu’à l’emploi ou à la tentative d’emploi de la violence *contre une autre personne* (voir *Lebar*, par. 65).

[23] Il s’agit donc de déterminer si le vol qualifié perpétré en l’espèce par la profération de menaces de violence contre une personne, mais sans violence physique réelle, satisfait à la condition qu’est « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence contre une autre personne » que prévoit la définition. Je réponds par l’affirmative. J’arrive à cette conclusion en adoptant la méthode moderne d’interprétation législative selon laquelle on interprète les termes employés dans une loi [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87).

[24] J’analyserai d’abord l’objectif du critère des « sévices graves à la personne » et sa fonction dans le régime de la partie XXIV. Je passerai ensuite au sens ordinaire du mot « violence » employé dans le *Code criminel* et dans d’autres textes législatifs. Finalement, je me pencherai sur le contexte législatif de la disposition dans laquelle figure l’expression « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence », y compris les autres volets de la définition des « sévices graves à la personne », ainsi que la disposition qui définit le vol qualifié. Examinées ensemble, ces considérations permettent de conclure que les menaces de violence contre une personne qui entraînent une déclaration de culpabilité de vol qualifié satisfont à la notion de violence propre à la définition des « sévices graves à la personne ». Puisque l’auteur d’un vol qualifié est passible, par mise en accusation, d’un emprisonnement d’au moins 10 ans, toutes les conditions du sous-al. a)(i) de la définition des sévices graves à la personne sont alors réunies.

A. Purpose of the SPIO Requirement

[25] The Crown emphasizes that the SPIO requirement serves as a gateway in that it is applied before an offender is assessed for dangerousness and before an application can be made for a finding that he or she is a dangerous offender or a long-term offender. The “use or attempted use of violence” criterion must therefore, the Crown argues, be interpreted broadly to ensure that offenders who might meet the criteria are not excluded from being assessed, which would undermine the goal of public protection.

[26] Mr. Steele counters that the SPIO requirement performs an important function in Part XXIV by ensuring that offenders may only be sentenced to indeterminate detention for sufficiently serious crimes. He argues that an overly broad construction of this requirement would frustrate the scheme’s objective of proportionality.

[27] As I will explain, both these purposive arguments have merit. The general purpose of Part XXIV is public protection, and an overly narrow construction of the gateway provision would indeed undermine this purpose. However, the specific purpose of the SPIO requirement is to link the sentence to the predicate offence, and an overly broad construction would undermine this purpose and jeopardize the objective of proportionality. My interpretive approach must be sensitive to both the general and the specific purpose. I will now discuss each of these purposes in detail and will conclude that the seriousness requirement of subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO is satisfied by a textual and contextual interpretation of the words “use or attempted use of violence”, and that it would be wrong to read in an objective minimum level of violence.

A. L’objectif du critère des sévices graves à la personne

[25] Le ministère public souligne que le critère des sévices graves à la personne s’applique en amont, avant que la dangerosité du délinquant ne soit évaluée et avant que ne soit présentée une demande de déclaration de délinquant dangereux ou à contrôler. Il soutient qu’une interprétation large de la condition qu’est « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » s’impose donc afin de ne pas soustraire à l’évaluation des délinquants qui pourraient satisfaire au critère, ce qui compromettrait l’objectif de protection de la société.

[26] M. Steele soutient au contraire que le critère des sévices graves à la personne joue un rôle important à la partie XXIV en assurant qu’un délinquant ne puisse être condamné à la détention pour une période indéterminée que pour un crime suffisamment grave. Selon lui, une interprétation trop libérale de ce critère compromettrait l’objectif de proportionnalité du régime.

[27] Comme je l’explique plus avant, les deux thèses axées sur l’objectif sont valables. La partie XXIV vise généralement la protection de la société, et une interprétation trop étroite de la disposition contrecarrerait en fait la réalisation de cet objectif. Toutefois, l’objectif du critère des sévices graves à la personne est précisément de lier la peine à l’infraction sous-jacente, de sorte qu’une interprétation trop libérale irait à l’encontre de cet objectif et compromettrait le respect de la notion de proportionnalité. Mon interprétation doit donc tenir compte des deux objectifs, l’un général, l’autre spécifique. Je les examinerai maintenant en détail à tour de rôle pour ensuite conclure qu’une interprétation textuelle et contextuelle de l’expression « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » satisfait au volet dangerosité du sous-al. a)(i) de la définition et qu’il serait erroné de l’interpréter comme si elle exigeait un degré minimal de violence objective.

(1) General Purpose of the Dangerous and Long-term Offender Provisions

[28] Part XXIV of the *Criminal Code* authorizes the indeterminate detention of individuals who are found to be “dangerous offender[s]” on the basis that their past conduct and patterns of behaviour show that they constitute a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons (s. 753(1)(a)), or that their failure to control sexual impulses means that they are likely to cause injury, pain or other evil to other persons (s. 753(1)(b)). It also authorizes the long-term supervision of individuals who are found to be “long-term offender[s]” where a sentence of imprisonment of two years or more would be appropriate, there is a substantial risk that the individuals will reoffend, and there is a reasonable possibility of eventual control of that risk in the community (s. 753.1(1)).

[29] The primary rationale for both indeterminate detention and long-term supervision under Part XXIV is public protection. Both sentences advance the “dominant purpose” of preventive detention identified by Dickson J. in *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39, at p. 43, namely “to protect the public when the past conduct of the criminal demonstrates a propensity for crimes of violence against the person, and there is a real and present danger to life or limb”. When the constitutionality of the dangerous offender provisions came before this Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, La Forest J., wrote at p. 329, “[Part XXIV] merely enables the court to accommodate its sentence to the common sense reality that the present condition of the offender is such that he or she is not inhibited by normal standards of behavioural restraint so that future violent acts can quite confidently be expected of that person” (emphasis in original). Lamer C.J. subsequently explained this rationale as follows in *Currie*, at para. 26: “Parliament has thus created a standard of preventive detention that measures an accused’s present condition according to past behaviour and patterns of conduct.” See

(1) L’objectif général de la déclaration de délinquant dangereux ou à contrôler

[28] La partie XXIV du *Code criminel* autorise la détention pour une période indéterminée de la personne qui est déclarée « délinquant dangereux » au motif que ses actes et ses comportements antérieurs démontrent qu’elle constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit (al. 753(1)a)), ou que son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles laisse prévoir qu’elle causera vraisemblablement des sévices ou d’autres maux à d’autres personnes (al. 753(1)b)). Elle autorise également la surveillance de longue durée du délinquant déclaré « délinquant à contrôler » lorsqu’il y a lieu d’imposer une peine d’emprisonnement minimale de deux ans, que le délinquant présente un risque élevé de récidive et qu’il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité (par. 753.1(1)).

[29] La raison d’être principale de la détention pendant une période indéterminée et de la surveillance de longue durée sous le régime de la partie XXIV est la protection de la société. Les deux peines favorisent la réalisation du « but principal » de la détention préventive cerné par le juge Dickson dans l’arrêt *Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39, p. 43, à savoir « protéger le public lorsque le comportement antérieur d’un criminel dénote une tendance à commettre des crimes de violence contre la personne et qu’il existe, de ce fait, un danger réel et actuel pour la vie et l’intégrité physique des gens ». Dans l’arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, où la Cour se prononce sur la constitutionnalité du régime applicable au délinquant dangereux, le juge La Forest opine à la p. 329 que « [la partie XXIV] ne fait que permettre à la cour d’adapter la peine à la réalité bien évidente que la situation actuelle du délinquant est telle que sa conduite n’est pas soumise aux contraintes normales, de sorte qu’on peut s’attendre avec un grand degré de certitude à ce que cette personne commette des actes de violence dans l’avenir » (souligné dans l’original). Puis, dans l’arrêt *Currie*, le juge en chef Lamer confirme

also *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423, at para. 19.

[30] Parliament amended Part XXIV in 1997 to create the category of “long-term offenders” and make it possible to supervise such offenders in the community, thus establishing an alternative to the indeterminate detention of persons designated as “dangerous offenders”. Long-term offenders, those who meet the criteria specified in s. 753.1(1), may be ordered to be subject to supervision in the community for a specified period (maximum of 10 years) after the expiry of a determinate sentence, which must be for a term of two years or more: s. 753.1(3). The purpose of the long-term supervision provisions is twofold: to protect the public and to rehabilitate offenders and facilitate their reintegration into the community: *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 50.

[31] In *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357, Iacobucci and Arbour JJ. considered the purpose of the long-term supervision provisions and the relationship between them and the dangerous offender provisions. At the time, the use of the word “may” indicated that, even if all the criteria were met, designation as either a long-term offender or a dangerous offender was discretionary. The Court held that, in light of the discretionary nature of a finding that an offender was a dangerous offender and given the principles of sentencing in s. 718.2 of the *Criminal Code*, a judge was required to consider finding an offender to be a long-term offender — inquiring in particular into the possibility of eventual control of the risk posed by the offender in the community — before imposing the harsher punishment applicable to a dangerous offender (para. 28; *Sipos*, at para. 22). Subsequent to the Court’s decision in *Johnson*, Parliament acted in 2008 to eliminate the judge’s discretion in the context of a dangerous offender application. The word “shall” now indicates that if a court is satisfied that the criteria in s. 753(1) have been met, it must find

comme suit cette raison d’être (au par. 26) : « Le législateur a donc créé, en matière d’incarcération à des fins préventives, une norme qui évalue l’état actuel de l’accusé en fonction de ses actes et comportements antérieurs. » Voir également *R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423, par. 19.

[30] En 1997, le législateur a modifié la partie XXIV pour créer la catégorie des « délinquants à contrôler » et rendre possible la surveillance de ces délinquants au sein de la collectivité. Il disposait dès lors d’une solution de rechange à la détention pour une période indéterminée des personnes déclarées « délinquants dangereux ». Le délinquant à contrôler qui satisfait aux conditions du par. 753.1(1) peut faire l’objet d’une surveillance au sein de la collectivité pendant une certaine période (au plus 10 ans) à l’expiration d’une peine d’une durée déterminée d’au moins deux ans (par. 753.1(3)). L’ordonnance d’une telle mesure a un double objectif, soit la protection du public, de même que la réadaptation du délinquant et sa réinsertion dans la collectivité (*R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 50).

[31] Dans l’arrêt *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357, les juges Iacobucci et Arbour se sont penchés sur l’objectif des dispositions relatives à la déclaration de délinquant à contrôler et sur le lien entre ces dispositions et celles relatives à la déclaration de délinquant dangereux. À l’époque, l’emploi du mot « peut » indiquait que les deux genres de déclaration relevaient d’un pouvoir discrétionnaire même lorsque toutes les conditions étaient réunies. Vu la nature discrétionnaire de la déclaration de délinquant dangereux et les principes de la détermination de la peine énoncés à l’art. 718.2 du *Code criminel*, la Cour a décidé que le juge, avant d’opter pour la sanction plus contraignante qu’est la déclaration de délinquant dangereux, est tenu de considérer s’il convient ou non de déclarer une personne délinquant à contrôler, en particulier lorsque le risque que présente la personne pourrait ou non être maîtrisé au sein de la collectivité (par. 28; *Sipos*, par. 22). Suite à cet arrêt, en 2008, le législateur a retiré au tribunal le pouvoir discrétionnaire qui lui permettait de déclarer ou non qu’un délinquant est un délinquant dangereux. Désormais, l’emploi du mot

the offender to be a dangerous offender. In eliminating this discretion, however, Parliament built in a new flexibility regarding the consequences of such a finding. Before 2008, a court that found an offender to be a dangerous offender was obliged to (“shall”) impose a sentence of detention for an indeterminate period (*Johnson*, at para. 5). Today, a court that makes such a finding has the option of imposing an indeterminate sentence, a determinate sentence of two years or more combined with long-term supervision for up to 10 years, or a sentence for the offence for which the offender has been convicted: s. 753(4). It may impose one of the latter two sentences only if it is satisfied that the sentence will adequately protect the public: s. 753(4.1).

(2) Specific Purpose of the SPIO Requirement in the Dangerous and Long-term Offender Scheme

[32] There are a number of procedural steps that must be taken before a court can find that an offender is a dangerous offender or a long-term offender. First of all, the prosecutor must apply to have the offender remanded for assessment: s. 752.1(1). An assessment report must then be filed before the prosecutor can apply for a finding that the offender is a dangerous offender or a long-term offender: ss. 753(1) or 753.1(1). The prosecutor must give notice to the offender outlining the basis on which it is intended to found the application: s. 754(1)(b). The Attorney General of the province must consent to the application: s. 754(1)(a). All these procedural protections enhance the overall fairness of the scheme. See *Lyons*, at pp. 362-63, for a discussion of the procedural safeguards provided for in Part XXIV.

[33] There are also substantive requirements to be met. Before the court remands an offender for assessment, it must be satisfied, first, that the offender

« doit » indique que, s’il est convaincu de l’existence des conditions énoncées au par. 753(1), le tribunal a l’obligation de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux. Toutefois, en retirant au tribunal son pouvoir discrétionnaire, le législateur lui a conféré une nouvelle latitude quant aux conséquences d’une telle déclaration. Auparavant, lorsqu’il concluait qu’un délinquant était un délinquant dangereux, le tribunal devait imposer une peine d’emprisonnement pour une période indéterminée (*Johnson*, par. 5). Désormais, le tribunal qui déclare qu’une personne est un délinquant dangereux peut infliger soit une peine de détention pour une période indéterminée, soit une peine de détention pour une période déterminée d’au moins deux ans jumelée à une surveillance de longue durée pendant au plus 10 ans, soit une peine pour l’infraction dont elle est déclarée coupable (par. 753(4)). Ces deux dernières mesures ne sont possibles que si le tribunal est convaincu qu’elles protégeront suffisamment le public (par 753(4.1)).

(2) L’objectif spécifique du critère des « sévices graves à la personne » dans le régime applicable aux délinquants dangereux et à contrôler

[32] Un certain nombre d’étapes doivent être franchies avant que le tribunal puisse déclarer qu’un délinquant est dangereux ou à contrôler. Le poursuivant doit d’abord demander le renvoi du délinquant pour évaluation (par. 752.1(1)). Ce n’est qu’après le dépôt du rapport d’évaluation qu’il pourra demander que le délinquant soit déclaré délinquant dangereux ou à contrôler (par. 753(1) et 753.1(1)). Il doit donner au délinquant un préavis dans lequel il indique ce sur quoi sa demande se fonde (al. 754(1)b)). Le procureur général de la province doit consentir à l’audition de la demande (al. 754(1)a)). Toutes ces mesures de protection d’ordre procédural accroissent l’équité générale du régime. Je me réfère à l’arrêt *Lyons*, p. 362-363, pour l’analyse des garanties procédurales de la partie XXIV.

[33] Des conditions de fond doivent aussi être satisfaites. Avant de renvoyer un délinquant pour évaluation, le tribunal doit d’abord être convaincu que

has been convicted of an SPIO as defined in s. 752. Second, there must be reasonable grounds to believe that the offender might be found to be a dangerous offender under s. 753 or a long-term offender under s. 753.1. The SPIO requirement comes into play once again at the stage of the application for a finding that the offender is a dangerous offender, as the court must be satisfied that the offence is an SPIO before making such a finding: s. 753(1).

[34] Thus, the SPIO requirement plays a crucial role in the operation of the dangerous and long-term offender scheme. The sentences that can be imposed under Part XXIV, including indeterminate detention and long-term supervision, serve the purposes of both prevention and punishment. To the extent that the sentence is based on a risk established in light of past conduct and patterns of behaviour, it is preventive. As La Forest J. held in *Lyons*, preventive detention under Part XXIV “represents a judgment that the relative importance of the objectives of rehabilitation, deterrence and retribution are greatly attenuated in the circumstances of the individual case, and that of prevention, correspondingly increased” (p. 329).

[35] These sentences are also punitive, however, and in this regard, the function of the SPIO requirement is twofold: first, it serves as a “gatekeeper” for entry into the dangerous or long-term offender system (s. 752.1(1)); second, if the Crown applies for a finding that the offender is a dangerous offender, it serves as a requirement for the making of such a finding (s. 753(1)). If the punitive purpose of these sentencing options were outweighed entirely by their preventive purpose, they might violate the fundamental principle of sentencing, that a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. The SPIO requirement helps safeguard the constitutionality of the scheme: *Lyons*, at p. 338. As Lamer C.J. put it in *Currie*, “[t]he [SPIO] requirement acts as a gatekeeper to ensure that the sentence

le délinquant a été déclaré coupable de « sévices graves à la personne » au sens de l’art. 752. Ensuite, il doit avoir des motifs raisonnables de croire que le délinquant pourrait être déclaré délinquant dangereux suivant l’art. 753 ou délinquant à contrôler suivant l’art. 753.1. Le critère des sévices graves à la personne entre à nouveau en jeu lorsque le poursuivant demande une déclaration de délinquant dangereux, car le tribunal doit alors être convaincu que l’infraction satisfait au critère de tels sévices avant d’acquiescer à la demande (par. 753(1)).

[34] Le critère des « sévices graves à la personne » joue donc un rôle crucial dans l’application du régime des délinquants dangereux et à contrôler. Les peines qui peuvent être infligées suivant la partie XXIV, y compris la détention pour une période indéterminée et la surveillance de longue durée, ont pour objet tant la prévention que la punition. Dans la mesure où elle est justifiée par un risque établi à la lumière des actes et des comportements antérieurs, la peine se veut préventive. Comme le souligne le juge La Forest dans l’arrêt *Lyons*, dans le contexte de la partie XXIV, la détention préventive « représente simplement un jugement que l’importance relative des objectifs de réinsertion sociale, de dissuasion et de châtiment peut diminuer sensiblement dans un cas particulier et celle de la prévention s’accroître proportionnellement » (p. 329).

[35] Cependant, la peine a aussi une vocation punitive et, à cet égard, le critère des sévices graves à la personne a deux fonctions. Premièrement, il permet de déterminer l’applicabilité ou l’inapplicabilité du régime (par. 752.1(1)). Deuxièmement, lorsque le ministère public demande au tribunal de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux, il tient lieu de condition préalable à une telle déclaration (par. 753(1)). Si l’objectif préventif des peines possibles l’emportait totalement sur leur objectif punitif, il y aurait alors un risque sérieux d’entorse au principe fondamental de la détermination de la peine, à savoir que la peine doit être proportionnée à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Le critère des sévices graves à la personne contribue à assurer la constitutionnalité du régime (*Lyons*, p. 338). Dans l’arrêt *Currie*, le

is not disproportionate to the offence” (para. 31; see also *Goforth*, at para. 44).

[36] These two purposes, one of them general and the other specific, are in conflict. In interpreting the definition of an SPIO, I must give effect to the overall protective purpose of Part XXIV, while also furthering the specific purpose of the SPIO requirement by tying the punishment to the predicate offence and safeguarding the objective of proportionality. Whereas an unduly narrow interpretation of the words “use or attempted use of violence” could preclude courts from remanding potentially dangerous offenders for assessment and thereby undermine the goal of public protection, an unduly broad interpretation of those words would dilute the gatekeeper function of the SPIO requirement and jeopardize the scheme’s objective of proportionality.

[37] The Crown relies on the Court’s statement in *Currie* that the SPIO requirement “merely triggers the [s. 753(1)(b)] application process. There remains a second stage to [s. 753(1)(b)], at which point the trial judge must be satisfied beyond a reasonable doubt of the likelihood of future danger that an offender presents to society before he or she can impose the dangerous offender designation and an indeterminate sentence” (*Currie*, at para. 25). This comment was made in the context of a finding that an offender is a dangerous offender on the basis of s. 753(1)(b) — that is, in relation to the commission of one of the sexual offences enumerated in para. (b) of the definition of an SPIO in s. 752 — but the same logic applies to a finding made under s. 753(1)(a), which provides that the predicate offence must “for[m] a part” of a pattern of behaviour underlying the threat the offender constitutes or be “associated with” particularly brutal behaviour relied on as evidence of that threat. In every case, the sentence is based on past conduct

juge en chef Lamer explique que « [l]e critère des “sérvices graves à la personne” agit comme mesure de contrôle visant à garantir que la peine ne soit pas disproportionnée à l’infraction » (par. 31; voir aussi *Goforth*, par. 44).

[36] Ces deux objectifs, l’un général, et l’autre spécifique, s’opposent. Pour interpréter la définition des « sérvices graves à la personne », il me faut donner effet à l’objectif général de protection de la partie XXIV tout en poursuivant l’objectif spécifique inhérent du critère des sérvices graves à la personne en liant la sanction à l’infraction sous-jacente et en assurant la réalisation de l’objectif de proportionnalité. Une interprétation trop stricte de l’expression « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » empêcherait le tribunal de renvoyer pour évaluation des délinquants susceptibles d’être dangereux et, partant, compromettrait l’objectif même de la protection de la société. De même, une interprétation indûment libérale de la même expression ferait en sorte que le critère des « sérvices graves à la personne » permette moins bien de déterminer l’applicabilité ou l’inapplicabilité du régime, ce qui nuirait à l’objectif de proportionnalité.

[37] Le ministère public invoque l’arrêt *Currie*, où la Cour affirme que la reconnaissance de culpabilité d’une infraction de « sérvices graves à la personne » « ne fait que déclencher le mécanisme prévu à [l’al. 753(1)(b)]. En effet, il reste la deuxième étape de [l’al. 753(1)(b)], au terme de laquelle le juge du procès doit, avant de pouvoir déclarer le délinquant en cause dangereux et lui infliger une peine de détention pour une période indéterminée, être convaincu hors de tout doute raisonnable que celui-ci présentera vraisemblablement un danger à l’avenir pour la société » (*Currie*, par. 25). Cette remarque est formulée dans le contexte d’une déclaration de délinquant dangereux fondée sur l’al. 753(1)(b) — soit suite à la perpétration de l’une des infractions d’ordre sexuel énumérées à l’al. b) de la définition des « sérvices graves à la personne » à l’art. 752 —, mais le même raisonnement vaut pour l’al. 753(1)(a) selon lequel l’infraction sous-jacente doit « [être] à l’origine » des comportements antérieurs qui sous-tendent la menace que constitue le délinquant, ou

or patterns of behaviour, but it cannot be divorced entirely from the predicate offence.

(3) Words “Use or Attempted Use of Violence” Do Not Include a Requirement of Objective Seriousness

[38] This Court’s statement in *Lyons* (at p. 324) that the offences falling within the definition of an SPIO are “very serious violent crimes” reflects the importance of the SPIO requirement in the overall scheme. Some courts took this statement to mean that in every case the predicate offence must on its own warrant the kind of punishment imposed under Part XXIV, but this represents an incorrect reading of *Lyons*. As this Court explained in *Currie*, at para. 28, the words “very serious violent crime” were used in relation to the specific facts of *Lyons* and did not require that all predicate offences fit that description. A predicate offence must be serious, but the degree of seriousness intended by Parliament is exhaustively set out in the definition of an SPIO in s. 752.

[39] Paragraph (a) of the definition in s. 752 requires, first, that the offence be an indictable offence, second, that the maximum sentence for the offence be imprisonment for 10 years or more and, third, that the offence involve (i) the use or attempted use of violence against another person, or (ii) conduct endangering or likely to endanger the life or safety of another person or inflicting or likely to inflict severe psychological damage on another person. In subpara. (a)(i), the word “violence” is not qualified, which means that the criteria may be satisfied even if the violence in question is not in itself “serious” (see *Goforth*, at para. 21; *Lebar*, at para. 67; *R. v. Smith*, 2012 ONCA 645 (CanLII), at para. 2). The degree of seriousness intended by Parliament exists if all three requirements of the definition are met. Thus,

être « associé[e] à » un comportement d’une nature particulièrement brutale invoqué pour prouver l’existence de la menace. Dans tous les cas, la peine est infligée en fonction d’actes ou de comportements antérieurs, mais elle ne peut être entièrement dissociée de l’infraction sous-jacente.

(3) L’expression « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » ne suppose pas un degré de violence objectivement grave

[38] Dans l’arrêt *Lyons* (p. 324), la Cour affirme que les infractions qui causent des « sévices graves à la personne » constituent des « crimes violents très graves », ce qui atteste l’importance de ce critère pour le régime lorsqu’on le considère globalement. Certains tribunaux ont conclu de ces propos que, dans chaque cas, l’infraction sous-jacente doit elle-même justifier la peine infligée sous le régime de la partie XXIV. Il s’agit cependant d’une interprétation erronée de l’arrêt *Lyons*. La Cour a en effet précisé dans l’arrêt *Currie*, par. 28, que l’expression « crime violent très grave » a été utilisée pour renvoyer aux faits propres à l’affaire *Lyons* et qu’elle ne fait pas en sorte que toute infraction sous-jacente doive correspondre à cette qualification. L’infraction sous-jacente doit être grave, mais le législateur délimite précisément le degré de gravité exigé dans la définition des « sévices graves à la personne » qui figure à l’art. 752.

[39] L’alinéa a) de la définition énoncée à l’art. 752 exige premièrement que l’infraction soit une infraction punissable par mise en accusation, deuxièmement que son auteur soit passible d’un emprisonnement d’au moins 10 ans et, troisièmement, qu’elle comporte (i) l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence contre une autre personne ou (ii) une conduite dangereuse, ou susceptible de l’être, pour la vie ou la sécurité d’une autre personne ou une conduite ayant infligé, ou susceptible d’infliger, des dommages psychologiques graves à une autre personne. Au sous-alinéa a)(i), le sens du terme « violence » n’est pas circonscrit, si bien que la condition peut être remplie même lorsque la violence en cause n’est pas « grave » en soi (voir *Goforth*, par. 21; *Lebar*, par. 67; *R. c. Smith*, 2012 ONCA 645 (CanLII), par. 2). Le degré de gravité

an offence that involves the use or attempted use of violence against another person is not an SPIO under para. (a) of the definition if it is not an indictable offence or if it is not punishable by a sentence of imprisonment for 10 years or more. Just as para. (b) of the definition does not invite the court to assess the manner of commission of the enumerated offences, subpara. (a)(i) does not invite it to assess the seriousness of the violence the offender used or attempted to use; any level of violence is sufficient.

[40] This interpretation is consistent with the gatekeeper function of the SPIO requirement. An offender who commits an indictable offence for which he or she may be sentenced to imprisonment for 10 years or more and that involves the use or attempted use of violence against a person commits what Parliament has defined as an SPIO; it is not necessary to further inquire into the level of the violence in question. If the offender is remanded for assessment and is then found, on the basis of past conduct and patterns of behaviour, to be a dangerous offender or a long-term offender, it cannot be said that the offender was “picked up off the street because of his past criminality (for which he has already been punished), or because of fears or suspicions about his criminal proclivities, and then subjected to a procedure in order to determine whether society would be better off if he were incarcerated indefinitely” (*Lyons*, at p. 328). Rather, the punishment “flows from the actual commission of a specific crime, the requisite elements of which have been proved to exist beyond a reasonable doubt” (*ibid.*). See also *Johnson*, at para. 23, in which the Court mentioned that dangerous and long-term offender proceedings form part of the sentencing process.

[41] This statutory framework enables courts to properly sentence dangerous offenders who have committed SPIOs “without having to wait for

voulu par le législateur est atteint lorsque les trois éléments de la définition sont réunis. Ainsi, l’infraction qui comporte l’emploi ou une tentative d’emploi de la violence contre une autre personne ne constitue pas des « sévices graves à la personne » au sens de l’al. a) de la définition lorsqu’elle n’est pas punissable par mise en accusation ou que son auteur n’est pas passible d’un emprisonnement d’au moins 10 ans. Au même titre que l’al. b) de la définition n’invite pas le tribunal à apprécier le mode de perpétration des infractions énumérées, le sous-al. a)(i) ne l’invite pas à considérer la gravité de la violence que le délinquant a employée ou tenté d’employer; toute violence, quelle qu’elle soit, suffit.

[40] Cette interprétation s’intègre bien à la protection inhérente du critère des sévices graves à la personne qui consiste à déterminer l’applicabilité ou l’inapplicabilité du régime. Le délinquant qui commet une infraction punissable, par mise en accusation, d’un emprisonnement d’au moins 10 ans et comportant l’emploi ou une tentative d’emploi de la violence contre une autre personne commet ce que le législateur qualifie de « sévices graves à la personne ». Point n’est besoin de se demander en outre quelle est la gravité de la violence employée. Si le délinquant est renvoyé pour évaluation puis, sur la base d’actes et de comportements antérieurs, déclaré délinquant dangereux ou à contrôler, on ne peut prétendre qu’il a été « appréhendé à cause de ses actes criminels antérieurs (pour lesquels il a déjà été puni) ni à cause de craintes ou de soupçons quant à sa propension au crime, pour être ensuite soumis à une procédure visant à déterminer s’il valait mieux pour la société qu’il soit incarcéré indéfiniment » (*Lyons*, p. 328). La peine découle plutôt « de la perpétration d’un crime précis dont les éléments ont été établis hors de tout doute raisonnable » (*ibid.*). Je me réfère également à l’arrêt *Johnson*, par. 23, où la Cour a rappelé que la procédure qui permet de déclarer qu’un délinquant est dangereux ou à contrôler fait partie du processus de détermination de la peine.

[41] Le cadre législatif permet au tribunal d’infliger une peine juste au délinquant dangereux qui a perpétré des sévices graves à la personne « sans

them to strike out in a particularly egregious way” (*Currie*, at para. 26). For our purposes, the jurisprudence confirms that the words “use or attempted use of violence” must be read in their grammatical and ordinary sense, having regard to their statutory context. Neither the purpose of the SPIO requirement nor that of Part XXIV warrants reading in a qualitative minimum level of violence.

B. *Plain Meaning of the Term “Violence” in the Context of the Criminal Code and Other Legislation*

[42] The question of what constitutes violence is as old as the criminal law itself. It is a moral question as much as a legal one, and no doubt society’s answer to it has changed in tandem with evolving social mores. I will not attempt — nor am I required — to answer it definitively. However, in interpreting the words “use or attempted use of violence” in subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO, I must endeavour to ascertain their “plain meaning”. In this regard, I am aided by dictionary definitions as well as by judicial interpretations from a variety of contexts involving both the *Criminal Code* and other legislation. I will explain a conflict that exists between *harm-based* definitions of violence that focus on acts by which a person causes, attempts to cause or threatens to cause harm, and *force-based* definitions that focus on the physical nature of the act. Building upon this Court’s reasoning in *C.D.* and subsequent cases, I conclude that the prevailing definition of violence is a harm-based one.

[43] In *C.D.*, Bastarache J. began his discussion of the definition of “violence” by noting that there is disagreement with respect to its grammatical and ordinary meaning. After quoting one dictionary definition of “violence”, namely “[t]he exercise of physical force so as to inflict injury on, or

devoir attendre [que ce dernier] frapp[e] à nouveau d’une manière particulièrement odieuse » (*Currie*, par. 26). Pour les besoins du présent dossier, la jurisprudence confirme que l’expression « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » doit être interprétée selon son sens grammatical et ordinaire, à la lumière de son contexte législatif. Ni l’objectif du critère des sévices graves à la personne, ni celui de la partie XXIV ne justifient qu’on l’interprète comme si elle exigeait expressément la preuve d’un degré minimal de violence.

B. *Le sens ordinaire du mot « violence » employé dans le Code criminel et dans d’autres textes législatifs*

[42] La question de savoir ce qu’il faut entendre par « violence » est aussi ancienne que le droit criminel lui-même. Elle est d’ordre à la fois moral et juridique et il ne fait aucun doute que la conception que se fait la société de la violence a changé au gré de l’évolution des mœurs. Je ne tenterai pas — et je n’y suis pas tenu — de trancher la question de manière définitive. Cependant, pour interpréter les mots « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » qui figurent au sous-al. a)(i) de la définition des « sévices graves à la personne », je dois m’efforcer de cerner leur « sens ordinaire ». À cette fin, je m’appuie sur les définitions des dictionnaires et les interprétations judiciaires dans divers contextes du *Code criminel* et d’autres textes législatifs. Je fais état du conflit entre la définition de la violence *axée sur le préjudice* qui met l’accent sur les actes par lesquels une personne cause un préjudice ou tente ou menace de le faire, et celle *axée sur le recours à la force* qui s’attache plutôt à la matérialité de l’acte. M’appuyant sur le raisonnement de la Cour dans l’arrêt *C.D.* et sur les décisions rendues dans sa foulée, je conclus que la définition prédominante de la notion de violence est celle axée sur le préjudice.

[43] Dans l’arrêt *C.D.*, le juge Bastarache entreprend son analyse de la définition de la notion de « violence » en signalant l’existence d’un désaccord sur le sens grammatical et ordinaire du terme. Après avoir énoncé l’une des définitions des dictionnaires, à savoir [TRADUCTION] « [l]’emploi d’une force

cause damage to, persons or property” (*The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), at p. 654), Bastarache J. noted that violence is ordinarily understood not only in terms of the use of force, but also in terms of the effects of that use. This conflict is reflected in judicial definitions, as Prof. Teresa Scassa explains:

It is significant that the Criminal Code, which one might assume to be the “bible” of the control of violence in society, offers no definition of violence. It is, surprisingly, perhaps the most “assumed” term within the entire Code. Offences which one might consider the most “violent” of all crimes, such as murder and assault, do not mention violence. Rather, they talk about concrete, measurable things like “death” and “bodily harm.”

(T. Scassa, “Violence Against Women in Law Schools” (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 809, at p. 816, cited in *C.D.*, at para. 30.)

[44] I would add that even dictionary definitions of “violence” vary, reflecting both harm-based and force-based approaches. For instance, *Le Petit Robert* dictionary (new ed. 2012) contains the following definition of the French expression “*faire violence*” (do violence): “*agir sur [quelqu’un] ou le faire agir contre sa volonté, en employant la force ou l’intimidation*” ([TRANSLATION] “act so as to influence a person or to cause the person to act in a manner contrary to his or her wishes, by using force or intimidation”) (p. 2717 (emphasis added)). The variance among definitions of violence — both those found in dictionaries and those adopted by judges — highlights the need to interpret the word in the context in which it is used.

[45] In *C.D.*, the Court was being asked to interpret the scope of the term “violent offence” as used in s. 39(1)(a) of the *YCJA* with respect to the imposition of custodial sentences on young persons. Bastarache J. concluded that in the context of the *YCJA*, the term “violent offence” means “an offence in the commission of which a young person causes, attempts to cause or threatens to cause bodily

physique de manière à causer des blessures à des personnes ou des dommages à des biens » (*The Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), p. 654), il fait remarquer que la violence est habituellement définie en fonction non seulement de l’emploi de la force, mais aussi des effets de cet emploi. Ce désaccord se retrouve dans les définitions retenues par les tribunaux, comme l’explique la professeure Teresa Scassa :

[TRANSLATION] Il est révélateur que le Code criminel, considéré comme étant la « bible » en matière de contrôle de la violence dans la société, ne donne aucune définition du mot « violence ». Il est surprenant de constater que, parmi tous les termes qu’emploie le Code, c’est celui « que l’on tient le plus pour acquis ». Les infractions jugées les plus « violentes », le meurtre et les voies de fait, par exemple, ne mentionnent pas le mot violence. On utilise plutôt des termes concrets et mesurables comme la « mort » et les « lésions corporelles ».

(T. Scassa, « Violence Against Women in Law Schools » (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 809, p. 816, cité dans *C.D.*, par. 30.)

[44] J’ajoute que même les définitions des dictionnaires de la « violence » varient et renvoient tant à la notion de préjudice qu’à celle de recours à la force. Voici à titre d’exemple comment *Le Petit Robert* (nouvelle éd. 2012) définit l’expression « faire violence » : « agir sur [quelqu’un] ou le faire agir contre sa volonté, en employant la force ou l’intimidation » (p. 2717 (je souligne)). L’écart entre les définitions des dictionnaires et des tribunaux fait ressortir la nécessité d’une interprétation qui tient du contexte d’utilisation.

[45] Dans *C.D.*, la Cour était appelée à déterminer la portée des mots « infraction avec violence » employés à l’al. 39(1)a) de la *LSJPA* aux fins de l’imposition d’un placement sous garde à de jeunes contrevenants. Le juge Bastarache a conclu que, dans le contexte de cette loi, l’« infraction avec violence » s’entend de « toute infraction commise par un adolescent et au cours de la perpétration

harm” (para. 17). This definition is notable for its emphasis on the harmful effects of violence rather than on the nature of the force that was applied. Thus, threats of bodily harm are included even if physical force has not been used. Bastarache J. explained that a harm-based approach encompasses both physical and psychological harm, whereas a force-based approach would apply only to those “harm-causing” offences that also involve the use, attempted use or threatened use of force (para. 66). This definition of “violent offence” also excludes certain acts that might otherwise fall within the ordinary meaning of the word “violence”. For instance, it excludes crimes against property even though such offences are generally considered to involve “violence” to property (paras. 33 and 51). It also excludes relatively minor assaults committed without causing, attempting to cause or threatening to cause bodily harm, whereas a force-based definition would tend to encompass such assaults (para. 64).

[46] Some of the reasoning in *C.D.* was statute-specific. For instance, Bastarache J. favoured a harm-based approach in part to include certain offences — e.g. murder committed without the direct application of physical force — that in his view ought to fall within the definition of “violent offence” but that might not be included by a force-based approach (paras. 58-65). However, he also made some general observations in support of his adoption of a harm-based definition. He stated that such a definition “better accords with . . . the ‘usual’ definition of violence, which tends to focus on its effects (i.e. harm) rather than on the means employed to produce the effects (i.e. force)” (para. 67). The inclusion of threats of bodily harm in the definition of “violent offence” “accords with the commonly held view that a threat to cause bodily harm is, at base, an act of violence” (para. 85). He added the following:

de laquelle celui-ci cause des lésions corporelles ou bien tente ou menace d’en causer » (par. 17). La définition met l’accent sur les effets préjudiciables de la violence plutôt que sur la nature de la force employée. Dès lors, la menace de lésions corporelles est incluse même lorsqu’aucune force physique n’est employée. Le juge Bastarache explique que, dans le cas de la définition axée sur le préjudice, celui-ci s’entend à la fois du préjudice corporel et du préjudice psychologique, alors que, dans le cas de la définition axée sur le recours à la force, seule l’infraction dont la perpétration cause un préjudice et comporte soit le recours à la force, soit la tentative ou la menace d’y recourir, répond à la définition (par. 66). Cette dernière définition axée sur le préjudice écarte aussi certains actes qui pourraient par ailleurs relever du sens ordinaire du mot « violence ». Elle exclut à titre d’exemple les crimes contre les biens, même si on considère généralement qu’ils impliquent l’exercice d’une « violence » contre les biens (par. 33 et 51). Elle emporte de plus l’exclusion des agressions mineures lorsque l’agresseur ne cause pas de lésions corporelles, ni ne tente ou ne menace d’en causer, alors que la définition axée sur le recours à la force engloberait plutôt ce genre de voies de fait (par. 64).

[46] Dans l’arrêt *C.D.*, une partie du raisonnement de la Cour ne valait que pour l’interprétation de la loi en cause. Ainsi, le juge Bastarache a privilégié une définition axée sur le préjudice notamment pour englober certaines infractions — dont le meurtre commis sans recours direct à la force physique — qui, selon lui, doivent être visées par la définition d’« infraction avec violence », mais qui pourraient ne pas l’être si la définition était axée sur le recours à la force (par. 58-65). Il formule toutefois des observations générales à l’appui du choix d’une définition axée sur le préjudice. Il explique que pareille définition « cadre mieux » avec la « définition “courante” de [la] violence, laquelle est axée sur les effets (le préjudice) plutôt que sur les moyens employés pour produire ces effets (la force) » (par. 67). L’inclusion de la menace de lésions corporelles « va dans le même sens que l’opinion courante selon laquelle une menace de causer des lésions corporelles est fondamentalement un acte de violence » (par. 85). Il ajoute :

The view that threats of bodily harm are essentially acts of violence is likely based on the fact that threatening to cause bodily harm can often perform the same function as actually causing it, in that both can instill the level of fear in the victim that is needed to achieve the offender's goal: see [*R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72], at pp. 81-82. In this sense, it can be said that irrespective of whether an offender threatens to cause bodily harm or actually causes bodily harm, in both cases he or she is "wielding violence" to satisfy his or her object(s). [para. 85]

I would endorse these observations of Bastarache J. and would note that the harm-based approach he articulated draws additional support from several recent decisions rendered by this Court in a variety of contexts, including those of the offence of uttering threats, the violence exception to freedom of expression, and the offence of robbery.

[47] First, a recent case concerning the offence of uttering threats provided for in s. 264.1(1)(a) of the *Criminal Code* supports the proposition that threats of violence are *inherently* violent, not simply a means of communicating future violence. In *R. v. McRae*, 2013 SCC 68, [2013] 3 S.C.R. 931, the Court confirmed the elements of the offence of uttering threats:

[I]t is not necessary to prove that the threats were conveyed to their intended recipients (prohibited act) or that the accused intended the threats to be so conveyed (fault element). Further, it is not necessary to prove that anyone was actually intimidated by the threats (prohibited act) or that the accused specifically intended to intimidate anyone (fault element). The concept of the "closed circle" is therefore legally wrong. Threats are tools of intimidation and violence. As such, in any circumstance where threats are spoken with the intent that they be taken seriously, even to third parties, the elements of the offence will be made out. [Emphasis added; para. 24.]

In other words, the act of threatening harm can itself be an act of violence even if the threats are not conveyed to their intended recipients or are not intended to be so conveyed, so long as they are intended to be taken seriously.

L'opinion que les menaces de causer des lésions corporelles sont essentiellement des actes de violence se fonde probablement sur le fait que la menace de causer des lésions corporelles peut souvent exercer la même fonction que l'infliction de lésions corporelles elle-même, en ce sens que les deux actes peuvent susciter chez la victime suffisamment de crainte pour permettre au contrevenant de réaliser son but : voir [*R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72], p. 81-82. De ce point de vue, il est possible d'affirmer que, peu importe que le contrevenant menace de causer des lésions corporelles ou qu'il en cause réellement, dans les deux cas, il « fait acte de violence » pour parvenir à ses fins. [par. 85]

Je fais miennes ces remarques du juge Bastarache, et je note que la définition axée sur le préjudice qu'il formule est confirmée par quelques décisions récentes de la Cour rendues dans différents contextes, y compris ceux de la profération de menaces, de l'exception à la liberté d'expression en cas de violence et du vol qualifié.

[47] Premièrement, selon un arrêt récent portant sur la profération de menaces visée à l'al. 264.1(1)a) du *Code criminel*, la menace de violence est *intrinsèquement* violente et ne constitue pas seulement un moyen d'informer d'une violence à venir. Dans *R. c. McRae*, 2013 CSC 68, [2013] 3 R.C.S. 931, la Cour confirme les éléments de l'infraction qui consiste à proférer des menaces :

[I]l n'est pas nécessaire de prouver que les menaces ont été transmises à leurs destinataires (acte prohibé) ou que l'accusé voulait que les menaces soient ainsi transmises (élément de faute). En outre, il n'est pas nécessaire de prouver que quelqu'un a effectivement été intimidé par les menaces (acte prohibé) ou que l'accusé avait l'intention expresse d'intimider quelqu'un (élément de faute). La notion de « cercle fermé » est donc non fondée en droit. Les menaces sont des outils d'intimidation et de violence. Pour cette raison, dans toute situation où les menaces sont exprimées dans l'intention qu'elles soient prises au sérieux, même à des tiers, les éléments de l'infraction seront établis. [Je souligne; par. 24.]

Autrement dit, l'acte qui consiste à menacer de blesser peut lui-même constituer un acte de violence, même lorsque la menace n'est pas transmise à l'intéressé ou que son auteur ne veut pas qu'elle soit ainsi transmise, pour autant qu'il veuille qu'elle soit prise au sérieux.

[48] Incidentally, this does not mean that the offence of uttering threats under s. 264.1(1)(a) is an SPIO. Even if the offence were found to meet the violence requirement (“use or attempted use of violence”) of subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO, it is not punishable by a sentence of imprisonment for 10 years and therefore fails to meet the seriousness requirement: s. 264.1(2)(a).

[49] Second, in *C.D.*, Bastarache J. discussed this Court’s decisions with respect to freedom of expression and the question whether threats of violence fall outside the scope of constitutionally protected speech (para. 31). In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, Dickson C.J. had held that only “expression communicated directly through physical harm” could be considered violence and be excluded from the protection of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on that basis (p. 732). It was unclear from the early cases whether the “violence exception” extended to threats of violence, but any lingering uncertainty was eliminated in *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, in which McLachlin C.J. held: “This Court’s jurisprudence supports the proposition that the exclusion of violence from the s. 2(b) guarantee of free expression extends to threats of violence” (para. 70). The same rationale for excluding expression conveyed by physical violence from the protection of s. 2(b) also applies to threats of violence.

[50] Third, Bastarache J. in *C.D.* discussed the different forms of robbery under s. 343. Regarding s. 343(b), he mentioned that the expression “personal violence” in the phrase “wounds, beats, strikes or uses any personal violence” had been interpreted to require something more than a mere technical assault. On the other hand, the phrase “uses violence or threats of violence” in s. 343(a) had been interpreted to include simple assault (para. 32). Putting aside, for a moment, technical arguments about the construction of each of the provisions, I would note that Parliament included

[48] Signalons au passage que l’infraction de préférer des menaces créée à l’al. 264.1(1)a) ne constitue pas pour autant des « sévices graves à la personne ». Même lorsqu’il est établi qu’elle comporte la violence exigée au sous-al. a)(i) de la définition (à savoir, « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence »), l’infraction n’est pas punissable d’un emprisonnement de 10 ans et ne revêt donc pas le degré de gravité requis (al. 264.1(2)a)).

[49] Deuxièmement, dans l’arrêt *C.D.*, le juge Bastarache se penche sur les arrêts de la Cour relatifs à la liberté d’expression et sur la question de savoir si la menace de violence sort du champ de la garantie constitutionnelle de la liberté d’expression (par. 31). Dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, le juge en chef Dickson conclut que seule « l’expression qui se manifeste directement par un préjudice corporel » peut être assimilée à de la violence et doit être privée de ce fait de la protection de l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (p. 732). Avant l’arrêt *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, la jurisprudence ne permettait pas de savoir avec certitude si l’« exception de la violence » s’appliquait ou non à la menace de violence. Dans cet arrêt, tout doute a été écarté à cet égard, et le juge en chef McLachlin a mentionné que « [l]a jurisprudence de la Cour milite en faveur de l’inapplication de la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) non seulement à la violence, mais aussi à la menace de violence » (par. 70). La raison d’être de cette exception à la protection de l’al. 2b) dans le cas d’une expression transmise par la violence physique vaut également pour la menace de violence.

[50] Troisièmement, dans l’arrêt *C.D.*, le juge Bastarache examine les différentes déclinaisons du vol qualifié suivant l’art. 343. Concernant l’al. 343b), il dit que, pour les tribunaux, dans l’expression « blesse, bat ou frappe cette personne ou se porte à des actes de violence contre elle », la « violence contre [la personne] » ne s’entend pas de simples voies de fait à strictement parler. À l’opposé, les tribunaux ont estimé que l’expression « emploie la violence ou des menaces de violence » figurant à l’al. 343a) s’entend de simples voies de fait (par. 32). Si l’on met brièvement de

threats of violence among the violent acts that elevate the offence of theft to that of robbery. In this regard, I agree with the comment of Epstein J.A. in *Lebar*: “Section 343(a) applies to a robbery committed with violence. It is categorically a crime of violence — violence is an essential element of an offence under that section” (para. 33).

[51] This brief survey of judicial interpretations of the term “violence” suggests that the focus is on the harm caused, attempted or threatened rather than on the force that was applied. I do not suggest that the definition of violence must be a harm-based one in every case. Context will be paramount. As I mention below (see para. 65), there may be situations in which the presumption of consistent expression is clearly rebutted by other principles of interpretation and, as a result, the intended meaning of violence may vary between statutes and even, in some circumstances, within them: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 222. However, unless the context or the purpose of the statute suggests a different approach, the prevailing definition of “violence” is a harm-based one that encompasses acts by which a person causes, attempts to cause or threatens to cause harm.

C. *Statutory Context Supports a Harm-Based Definition That Encompasses Threats of Violence*

[52] Having established that the purposive arguments are in conflict, that it is therefore necessary to consider the plain meaning of the words as well as the statutory context, and that the plain meaning generally favours a harm-based definition of violence that includes threats, I will now discuss the context in detail. The scope of the expression “use or attempted use of violence” must ultimately be determined having regard to the context in which it is used: *C.D.*, at para. 33; *Lebar*, at para. 38.

côté les éléments techniques invoqués à l’appui de l’interprétation de chacune des dispositions, on remarque que le législateur inclut la menace de violence parmi les actes de violence qui transforment un vol en vol qualifié. À cet égard, je souscris aux observations suivantes du juge Epstein dans *Lebar* : [TRADUCTION] « L’alinéa 343a) s’applique au vol qualifié commis avec violence. Il s’agit assurément d’un crime violent, la violence constituant un élément essentiel de l’infraction aux termes de cette disposition » (par. 33).

[51] Il appert de ce bref survol de l’interprétation judiciaire du mot « violence » qu’elle met l’accent sur le préjudice ou sur la tentative ou la menace de causer un préjudice, plutôt que sur la force employée. Je ne suggère pas que la violence doit toujours être définie en fonction du préjudice, car le contexte est crucial. Comme je l’explique au par. 65 des présents motifs, il peut arriver que la présomption d’uniformité d’expression soit clairement réfutée par d’autres principes d’interprétation, de sorte que le sens voulu par le législateur peut varier d’une loi à l’autre, voire, dans certaines situations, d’une disposition à l’autre (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 222). Cependant, à moins que le contexte ou l’objet de la loi n’indique qu’il en va autrement, la « violence » se définit surtout en fonction du préjudice et elle englobe le fait de causer un préjudice ou de tenter ou de menacer d’en causer un.

C. *Le contexte législatif appuie une définition axée sur le préjudice qui englobe la menace de violence*

[52] Ayant établi que les thèses axées sur l’objet s’opposent entre elles, de sorte qu’il faut se pencher sur le sens ordinaire des mots et sur le contexte législatif, et que le sens ordinaire milite généralement en faveur d’une définition de la violence axée sur le préjudice qui englobe la menace, j’examinerai maintenant plus précisément le contexte. Au final, l’expression « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » doit voir sa portée déterminée en fonction du contexte dans lequel elle est utilisée (*C.D.*, par. 33; *Lebar*, par. 38).

[53] Currently, the definition of an SPIO is relevant only to the dangerous and long-term offender scheme in Part XXIV of the *Criminal Code*, but this was not always the case. Between 2007 and 2012, s. 742.1 of the *Criminal Code* referred to that definition for the purpose of excluding certain offenders from the imposition of conditional sentences. In interpreting the definition for this purpose, some courts reasoned that the context of s. 742.1 called for a different interpretive approach: see, for example, *Lebar; R. v. Goulet*, 2011 ABCA 230, 52 Alta. L.R. (5th) 241. I mention this in passing because, although some of the SPIO jurisprudence was developed in that context, the definition of an SPIO is no longer relevant to the imposition of such sentences and must therefore be interpreted solely in the context of its role in the dangerous and long-term offender scheme.

[54] Mr. Steele relies heavily, as did the Court of Appeal, on contextual arguments and the corresponding principles of statutory interpretation, and in particular on the presumption against tautology and the presumption of consistent expression. I must address the following arguments: First, it is argued that the words “conduct . . . inflicting or likely to inflict severe psychological damage” in subpara. (a)(ii) of the definition of an SPIO would be redundant if the words “use or attempted use of violence” in subpara. (a)(i) are not interpreted narrowly. Second, according to the Court of Appeal, the fact that robbery is excluded from the offences enumerated in para. (b) of the definition of an SPIO indicates that not every robbery is an SPIO. Third, the Court of Appeal stated that because the definition of robbery in s. 343(a) refers to the use of both violence and threats of violence, there must be some difference between the two and that, in light of the presumption of consistent expression, the reference to the use of violence in the definition of an SPIO therefore excludes threats of violence. With respect, I disagree with each of these arguments, for the following reasons.

[53] À l’heure actuelle, la définition des « sévices graves à la personne » ne vaut qu’aux fins du régime suivant lequel un délinquant peut être déclaré dangereux ou à contrôler (partie XXIV du *Code criminel*), mais tel n’a pas toujours été le cas. De 2007 à 2012, l’art. 742.1 du *Code criminel* renvoyait à cette définition pour écarter l’imposition à certains délinquants d’une peine d’emprisonnement avec sursis. Lorsqu’ils ont interprété la définition à cette fin, certains tribunaux ont expliqué que le contexte dans lequel s’inscrivait l’art. 742.1 commandait une méthode d’interprétation différente (voir p. ex. *Lebar; R. c. Goulet*, 2011 ABCA 230, 52 Alta. L.R. (5th) 241). Je le mentionne au passage, car même si une partie de la jurisprudence relative aux « sévices graves à la personne » a évolué dans ce contexte, la définition de ces derniers n’a plus d’incidence sur l’imposition d’une telle peine, de sorte qu’elle doit maintenant être interprétée seulement dans le cadre du régime de déclaration de délinquant dangereux ou à contrôler.

[54] M. Steele et la Cour d’appel s’appuient beaucoup sur le contexte et les principes d’interprétation législative pertinents, dont la présomption d’absence de tautologie et celle d’uniformité d’expression. Voici quelles sont les prétentions sur lesquelles je dois statuer. Premièrement, les mots « conduite [. . .] ayant infligé, ou susceptible d’infliger, des dommages psychologiques graves » employés au sous-al. a)(ii) de la définition des « sévices graves à la personne » seraient redondants si les mots « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » figurant au sous-al. a)(i) n’étaient pas interprétés strictement. Deuxièmement, selon la Cour d’appel, il appert de l’absence du vol qualifié parmi les infractions énumérées à l’al. b) de la définition que tout vol qualifié ne constitue pas des sévices graves à la personne. Troisièmement, elle estime que, vu la mention de l’emploi de la violence et des menaces de violence dans la définition du vol qualifié à l’al. 343a), force est de conclure qu’il y a automatiquement une différence entre les deux, de sorte que, selon la présomption d’uniformité d’expression, la mention de l’emploi de la violence pour définir les sévices graves à la personne exclut les menaces de violence. En toute déférence, je suis en désaccord avec chacune de ces affirmations, et ce, pour les raisons suivantes.

(1) Subparagraph (a)(ii) of the Definition of an SPIO in Section 752

[55] Subparagraph (a)(ii) of the definition of an SPIO refers to “conduct endangering or likely to endanger the life or safety of another person or inflicting or likely to inflict severe psychological damage on another person”. Mr. Steele argues that if subpara. (a)(i) of the definition is interpreted more broadly, it would apply to less serious instances of the very conduct to which subpara. (a)(ii) applies, thereby rendering the “severe psychological damage” portion of the definition redundant. If this argument is taken a step further, it might be argued that subpara. (a)(ii) targets violent activity on the basis of its *harm* or *effects* — i.e. danger to life or safety or severe psychological damage — whereas subpara. (a)(i) targets violent activity on the basis of the force that was applied — i.e. *use* or attempted *use* of violence.

[56] With respect, after considering the relationship between subparas. (a)(i) and (a)(ii) of the definition, I am led to the opposite conclusion. As a preliminary matter, there is no indication that the various parts of the definition of an SPIO in s. 752 are mutually exclusive: see *R. v. J.Y.* (1996), 141 Sask. R. 132 (C.A.), at para. 22. On the contrary, I can think of many scenarios in which an offence causing the harms outlined in subpara. (a)(ii) would clearly also involve “the use or attempted use of violence”. The same can be said about para. (b) of the definition, which lists a number of sexual offences to include them in the definition of an SPIO. The offences enumerated in para. (b) will of course often also meet the qualitative criteria of subparas. (a)(i) and (a)(ii). The fact that a proposed interpretation would bring some offences within the ambit of more than one part of the definition in s. 752 should not, in itself, justify narrowing the definition to avoid such overlaps.

[57] Furthermore, to the extent that redundancy is a problem in the case at bar, I would suggest that the Court of Appeal’s interpretation of subpara. (a)(i) adds to the redundancy rather than reducing it. By

(1) Sous-alinéa a)(ii) de la définition des « sévices graves à la personne » (art. 752)

[55] Le sous-alinéa a)(ii) de la définition des « sévices graves à la personne » renvoie à la « conduite dangereuse, ou susceptible de l’être, pour la vie ou la sécurité d’une autre personne ou une conduite ayant infligé, ou susceptible d’infliger, des dommages psychologiques graves à une autre personne ». M. Steele soutient qu’accroître la portée du sous-al. a)(i) ferait tomber sous le coup de la définition des cas de figure bien moins graves que la conduite visée au sous-al. a)(ii), ce qui rendrait redondant le volet « dommages psychologiques graves » de la définition. Si l’on pousse l’argument un peu plus loin, on pourrait même prétendre que le sous-al. a)(ii) cible l’activité violente selon le *préjudice* qu’elle inflige ou les *effets* qu’elle cause, soit le danger pour la vie ou la sécurité ou les dommages psychologiques graves, alors que le sous-al. a)(i) cible l’activité violente sur la base de la force employée, c’est-à-dire l’*emploi* ou la tentative d’*emploi* de la violence.

[56] En toute déférence, l’examen de l’interaction entre les sous-al. a)(i) et (ii) de la définition m’amène à conclure le contraire. D’abord, rien n’indique que les différents volets de la définition des « sévices graves à la personne » qui figure à l’art. 752 sont mutuellement exclusifs (voir *R. c. J.Y.* (1996), 141 Sask. R. 132 (C.A.), par. 22). Au contraire, je peux concevoir de nombreux cas où une infraction causant les préjudices visés au sous-al. a)(ii) impliquerait aussi clairement « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence ». Il en va de même de l’al. b) de la définition, qui énumère un certain nombre d’infractions d’ordre sexuel qui constituent des « sévices graves à la personne ». Évidemment, ces infractions satisferont en outre souvent aux conditions de nature qualitative énoncées aux sous-al. a)(i) et (ii). Le fait qu’une interprétation proposée fait tomber certaines infractions sous le coup de plusieurs volets de la définition ne justifie pas en soi que l’on restreigne la portée de celle-ci pour éviter ces chevauchements.

[57] En outre, à supposer que la redondance soit problématique en l’espèce, je suis d’avis que, par son interprétation du sous-al. a)(i) de la définition, la Cour d’appel accroît la redondance au lieu

confining the expression “use or attempted use of violence” to physical action or danger, the Court of Appeal has rendered it largely indistinguishable from the expression “conduct endangering or likely to endanger the life or safety of another person” in subpara. (a)(ii). The Court of Appeal held that there must be “some degree of physical action” for a threat to amount to an attempted use of violence: “. . . there needs to be some indication of imminent apparent danger to a person or some overt act directed towards the actual use of violence against a person for a threat of violence to also constitute the attempted use of violence” (para. 85). Scott C.J.M. endorsed the reasoning in *Thompson*, in which a similar distinction was made between violent and non-violent threats on the basis of proximity to the “actual perpetration of violence” (para. 77). With respect, this interpretation artificially limits the ordinary harm-based meaning of the “violence” concept in subpara. (a)(i) and transforms that provision into a replication of the dangerousness portion of subpara. (a)(ii). As Bastarache J. stated in *C.D.*, “[t]he fact that violent conduct is different from dangerous conduct is made quite clear in . . . s. 752” (para. 79).

[58] I agree that the effect of my interpretation will be to include certain offences causing less-than-severe psychological damage within the scope of subpara. (a)(i). However, this does not render the reference to “severe psychological damage” in subpara. (a)(ii) redundant. In other words, the endangerment and severe psychological damage referred to in subpara. (a)(ii) do not merely form a narrower subset of “the use or attempted use of violence”. In my view, the two provisions are qualitatively different owing, in part, to the required level of intent. Subparagraph (a)(i) concerns violent acts — “the use or attempted use of violence” — and requires violent intent on the offender’s part. This part of the definition will apply to an offender who *intentionally* causes, attempts to cause or threatens to cause harm. Threats are included by virtue of the speaker’s *intent* that they be taken

de l’atténuer. Son interprétation selon laquelle « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » ne peut s’entendre que d’une action concrète ou d’un danger emporte une quasi-identité avec la « conduite dangereuse, ou susceptible de l’être, pour la vie ou la sécurité d’une autre personne » (sous-al. a)(ii)). La Cour d’appel a décidé que la menace doit s’accompagner de « quelque action concrète » pour équivaloir à une tentative d’emploi de la violence : [TRADUCTION] « . . . il doit y avoir quelque indication qu’une personne court un danger à la fois clair et imminent ou quelque geste évident en vue de l’emploi réel de la violence contre elle pour qu’une menace de violence constitue également une tentative d’emploi de la violence » (par. 85). Le juge en chef Scott fait sien le raisonnement du tribunal dans *Thompson*, où l’on établit entre la menace violente et la menace non violente une distinction semblable fondée sur la proximité avec la « perpétration réelle de la violence » (par. 77). À mon humble avis, il s’agit d’une interprétation qui limite artificiellement le sens ordinaire de la « violence » axé sur le préjudice pour les besoins du sous-al. a)(i) et qui transforme cette disposition en réplique du volet de dangerosité du sous-al. a)(ii). Comme le dit le juge Bastarache dans l’arrêt *C.D.*, « [l]a distinction entre un comportement violent et un comportement dangereux est clairement énoncée [. . .] à l’art. 752 » (par. 79).

[58] Certes, mon interprétation a pour effet de faire tomber sous le coup du sous-al. a)(i) certaines infractions dont la perpétration inflige des dommages psychologiques bénins, mais elle ne rend pas pour autant redondant le renvoi aux « dommages psychologiques graves » du sous-al. a)(ii). Autrement dit, la mise en danger et les dommages psychologiques graves auxquels renvoie le sous-al. a)(ii) de la définition ne constituent pas seulement un sous-ensemble de « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence ». À mon avis, les deux dispositions sont qualitativement différentes, notamment en raison du degré d’intention requis. Le sous-alinéa a)(i) vise les actes violents — « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence » — et requiert une intention violente de la part du délinquant. Ce volet de la définition s’applique au délinquant qui cause, tente ou menace de causer un préjudice

seriously. Subparagraph (a)(ii), on the other hand, relates solely to the effects of conduct. It does not refer to violence in general, or even to intent. Thus, numerous courts have properly included offences involving negligence — for example, dangerous operation of a motor vehicle, vessel or aircraft causing bodily harm (s. 249(3)) — within the scope of subpara. (a)(ii) on the basis that they caused one of the effects in question: see, e.g., *Cepic*; *R. v. O’Keefe*, 2011 NLCA 41, 309 Nfld. & P.E.I.R. 253. Conversely, although I will not decide this issue, I would have difficulty concluding that a negligence-based offence involves “the use or attempted use of violence”.

[59] I would note that in *C.D.*, Bastarache J. excluded offences for which bodily harm need merely be reasonably foreseeable from the definition of “violent offence”. He reasoned: “. . . I do not support the inclusion of a ‘reasonable foreseeability of bodily harm’ aspect in the definition of ‘violent offence’ because, in my view, whether an offence is likely to result in bodily harm is really a question of whether the offence is dangerous rather than whether it is violent, and these two concepts are quite distinct from one another” (para. 79 (emphasis added)). He relied on s. 752 in support of this proposition.

[60] In conclusion, a harm-based approach to subpara. (a)(i) according to which threatening violence constitutes a form of use of violence is not inconsistent with the endangerment and psychological damage aspects of the definition in subpara. (a)(ii).

(2) Paragraph (b) of the Definition

[61] I have already briefly addressed the argument that the exclusion of robbery from the offences listed in para. (b) of the definition is relevant to the determination of legislative intent. With respect, this argument is based on two false premises. First, robbery may be committed by way of threats of

intentionnellement. La menace, elle, est également visée en raison de l’*intention* de son auteur qu’elle soit prise au sérieux. À l’opposé, le sous-al. a)(ii) ne s’attache qu’aux effets de la conduite. Il ne mentionne pas la violence de manière générale, ni même l’intention. De nombreux tribunaux ont donc estimé à juste titre qu’il s’appliquait à l’infraction comportant de la négligence — à titre d’exemple, la conduite dangereuse d’un véhicule à moteur, d’un bateau ou d’un aéronef causant des lésions corporelles (par. 249(3)) — au motif qu’elle entraînait l’un des effets mentionnés (voir p. ex. *Cepic*; *R. c. O’Keefe*, 2011 NLCA 41, 309 Nfld. & P.E.I.R. 253). À l’inverse, sans pour autant me prononcer sur la question, j’ai de la difficulté à concevoir qu’une infraction fondée sur la négligence puisse inclure « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence ».

[59] Signalons que, dans l’arrêt *C.D.*, le juge Bastarache a exclu de la définition d’une « infraction avec violence » l’infraction au cours de laquelle l’infliction de lésions corporelles doit seulement être raisonnablement prévisible. Il s’en explique comme suit. « [J]e ne suis pas en faveur de l’inclusion de l’aspect “prévisibilité raisonnable des lésions corporelles” dans la définition parce que, à mon avis, la probabilité qu’une infraction entraîne des lésions corporelles dépend vraiment de sa dangerosité plutôt que de sa violence. Ce sont deux concepts totalement distincts » (par. 79 (je souligne)). Il invoque l’art. 752 à l’appui.

[60] Pour conclure, l’interprétation du sous-al. a)(i), axée sur le préjudice et selon laquelle une menace de violence constitue une forme d’emploi de la violence, n’est pas incompatible avec les éléments de mise en danger et de dommages psychologiques mentionnés au sous-al. a)(ii) de la définition.

(2) Alinéa b) de la définition

[61] J’ai déjà brièvement analysé la thèse selon laquelle l’absence du vol qualifié parmi les infractions énumérées à l’al. b) de la définition est un élément à considérer pour déterminer l’intention du législateur. En toute déférence, cette thèse repose sur deux fausses prémisses. Premièrement, le vol

violence to property and such threats are clearly excluded from the definition of an SPIO, which means that Parliament could not have categorically defined robbery as an SPIO even if it considered the threats to be violent. Second, Parliament identified three sexual offences each of which categorically qualifies as an SPIO in para. (b). There is no indication that Parliament intended to create an exhaustive list of all offences constituting SPIOs in all cases. Rather, as this Court stated in *Currie*, para. (b) serves to make it clear that the enumerated sexual offences, whatever form they may take, are inherently serious and may trigger a dangerous offender application (para. 22).

[62] The reason why Parliament included a list of sexual offences is surely not that sexual offences are not otherwise covered by the expression “use or attempted use of violence”. The more reasonable view is that Parliament included the list to make it clear that such offences will constitute SPIOs in all circumstances, even those that are committed with minimal physical force and that do not result in bodily harm. Furthermore, the view that Parliament, in enacting para. (b) of the definition, was rejecting a narrow approach that might exclude some sexual offences is consistent with my interpretation of subpara. (a)(i), which rules out a similarly narrow approach in the context of threats of violence.

(3) Section 343(a)

[63] The Court of Appeal relied heavily on the need for consistency in the interpretation of s. 343(a) and subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO in s. 752. This argument is appealing at first glance. It can be summarized as follows: Section 343(a) refers to the use of violence and the use of threats of violence. Subparagraph (a)(i) of the definition refers to the use of violence and the attempted use of violence. Threats of violence are not mentioned in subpara. (a)(i). If s. 343(a) is read disjunctively, there must be some difference

qualifié peut être perpétré par la profération de menaces de violence contre des biens, une possibilité qu’exclut clairement la définition des sévices graves à la personne, de sorte que le législateur ne pouvait assimiler expressément le vol qualifié à des sévices graves à la personne même s’il tenait la profération de menaces pour de la violence. Deuxièmement, le législateur établit expressément à l’al. b) que trois infractions d’ordre sexuel constituent des « sévices graves à la personne ». Rien n’indique que le législateur a voulu énumérer exhaustivement toutes les infractions qui constituent toujours des « sévices graves à la personne ». Dans l’arrêt *Currie*, la Cour dit plutôt que l’al. b) a pour objet de préciser que les infractions d’ordre sexuel énumérées, quelle que soit la forme qu’elles revêtent, sont intrinsèquement graves et peuvent donner lieu à une demande de déclaration de délinquant dangereux (par. 22).

[62] Le législateur n’a certainement pas énuméré ces infractions d’ordre sexuel parce qu’elles ne sont pas visées par ailleurs par l’expression « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence ». Selon toute vraisemblance, il a voulu préciser qu’elles constituent des sévices graves à la personne dans tous les cas, même lorsqu’elles sont commises sans grande force physique, sans entraîner de lésions corporelles. De plus, l’idée que, par l’adoption de l’al. b), le législateur a écarté l’interprétation étroite susceptible d’exclure certaines infractions d’ordre sexuel est parfaitement compatible avec mon interprétation du sous-al. a)(i), à savoir que pareille interprétation étroite ne s’applique pas en contexte de menaces de violence.

(3) Alinéa 343a)

[63] La Cour d’appel insiste beaucoup sur la nécessité d’une interprétation uniforme de l’al. 343a) et du sous-al. a)(i) de la définition des « sévices graves à la personne ». Cet argument est attrayant au premier abord. En voici le résumé. L’alinéa 343a) parle d’emploi de la violence et de recours à des menaces de violence. Le sous-alinéa a)(i) de la définition parle d’emploi de la violence et de tentative d’emploi de la violence. Les menaces de violence ne sont pas mentionnées au sous-al. a)(i). Si on interprète l’al. 343a) de manière disjonctive, il y

between the use of violence and the use of threats of violence. As a result, the question is whether the expression “uses . . . threats of violence” in s. 343(a) is equivalent to the expression the “attempted use of violence” in subpara. (a)(i) of the definition. The Court of Appeal cited the presumption that the use of different language suggests that the legislature intended different meanings and the principle that the same words have the same meaning throughout a statute.

[64] With respect, I find this argument to be an overly technical one that fails to take into account the full context in which the expressions “uses violence” and “use of violence” appear in the two provisions. First, the argument is based on a strictly disjunctive reading of the words “uses violence or threats of violence” in s. 343(a) that suggests that the expressions “violence” and “threats of violence” have different meanings. But in s. 343(b), the list “wounds, beats, strikes or uses any personal violence” is clearly not disjunctive — the words “uses any personal violence” encompass the other acts in the list. In my view, the contextual information from s. 343(b) suggests that Parliament may well have included threats of violence in s. 343(a) as a way to make it clear that threats of violence were to be included among the violent acts that would be included in the definition of robbery (see Sullivan, at p. 214).

[65] Second, even a strictly disjunctive reading of the words “uses violence or threats of violence” in s. 343(a) does not lead inexorably to the conclusion that the expression “use . . . of violence” in subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO means the same thing as “uses violence” in s. 343(a). The two provisions are in unrelated parts of the *Criminal Code*, and they have distinct purposes and legislative histories. As Ruth Sullivan notes, “[s]ome statutes, like Insurance Acts or the *Criminal Code*, are frequent[ly] amended decade after decade. It is not surprising, then, that inadvertent variations occur within a single Act. It is even more likely that they would occur within the statute book as a

nécessairement une différence entre l’emploi de la violence et le recours aux menaces de violence. Dès lors, la question est de savoir si l’expression « emploi [. . .] des menaces de violence » utilisée à l’al. 343a) est équivalente à celle utilisée au sous-al. a)(i) de la définition, à savoir « tentative d’emploi [. . .] de la violence ». La Cour d’appel invoque la présomption selon laquelle le recours du législateur à des termes différents suppose qu’il a voulu créer des sens différents, et le principe selon lequel, dans une loi, un mot a le même sens chaque fois qu’il y est employé.

[64] En toute déférence, j’estime que l’argument est indûment technique et fait abstraction de tout le contexte dans lequel les termes « emploie la violence » et « emploi [. . .] de la violence » figurent dans chacune des dispositions. Premièrement, l’argument s’appuie sur une interprétation strictement disjunctive des mots « emploie la violence ou des menaces de violence » utilisés à l’al. 343a), ce qui suggère que les mots « violence » et « menaces de violence » ont des sens différents. Or, à l’al. 343b), l’énumération « blesse, bat ou frappe [. . .] ou se porte à des actes de violence » n’est manifestement pas disjunctive, et l’expression « se porte à des actes de violence » englobe les autres actes énumérés. À mon avis, il appert des données contextuelles qu’offre l’al. 343b) que le législateur a fort bien pu inclure les menaces de violence à l’al. 343a) afin de bien préciser qu’elles font partie des actes de violence qui constituent un vol qualifié selon la définition (voir Sullivan, p. 214).

[65] Deuxièmement, même une interprétation strictement disjunctive de l’expression « emploie la violence ou des menaces de violence » utilisée à l’al. 343a) ne mène pas forcément à la conclusion que « l’emploi [. . .] de la violence » dont fait mention le sous-al. a)(i) de la définition des « sévices graves à la personne » s’entend des mêmes actes que ceux visés par l’expression « emploie la violence » utilisée à l’al. 343a). Les deux dispositions figurent dans des parties du *Code criminel* indépendantes l’une de l’autre et chacune est dotée d’une raison d’être et d’un historique distincts. Ruth Sullivan relève que [TRADUCTION] « [c]ertains textes législatifs, comme les lois sur les assurances ou le *Code*

whole” (p. 222). If s. 343(a) were to be interpreted disjunctively, the use of violence would have to be understood as the use of *physical* violence in order to exclude threats of violence from the definition. As I mentioned above, however, the meaning of the word “violence” is not limited to physical violence everywhere it appears in the *Criminal Code* or in other legislation. For instance, as this Court stated in *McRae* (at para. 24), threats are themselves “tools of intimidation and violence” in the context of s. 264.1(1)(a). Thus, even if the word “violence” in s. 343(a) is interpreted using a force-based definition, that is, as meaning uses *physical* violence or threats of *physical* violence, this need not preclude courts from interpreting the same word in a contextually sensitive manner in subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO in s. 752.

[66] In short, I find that threats of violence to a person (and not threats to property) that are sufficient to ground a conviction for robbery under s. 343(a) meet the “use . . . of violence” criterion in subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO in s. 752. This approach is consistent with the broader understanding of robbery as the crime of theft committed with violence.

D. *Conclusion: Robbery Committed by Using Threats of Violence to a Person Is a Serious Personal Injury Offence*

[67] Not all robberies are SPIOs. Robbery committed by using violence or a threat of violence *to property* is clearly excluded. Robbery committed by using violence *to a person* is clearly included. In the case bar, in the context of a robbery committed by using a *threat of violence* to a person, the trial judge and the Court of Appeal attempted to draw a line. Although the Court of Appeal was not prepared to

criminel, sont fréquemment modifiés au fil des décennies. Il n’est donc guère étonnant que le législateur emploie par inadvertance des termes différents dans une même loi. Il est encore plus probable qu’il le fasse dans le corpus législatif dans son ensemble » (p. 222). Si on interprétait l’al. 343a) de manière disjonctive, l’emploi de la violence devrait s’entendre du recours à la violence physique pour que les menaces de violence échappent à la définition. Or, il appert de l’analyse qui précède que la « violence » ne s’entend pas de la seule violence physique pour l’application du *Code criminel* ou d’autres textes législatifs. À titre d’exemple, dans *McRae*, la Cour dit (au par. 24) que les menaces sont en soi des « outils d’intimidation et de violence » dans le contexte de l’al. 264.1(1)a). Partant, même si, à l’al. 343a), la « violence » s’entendait du recours à la force — emploie la violence *physique* ou des menaces de violence *physique* —, il demeurerait loisible au tribunal d’interpréter le même mot employé au sous-al. a)(i) de la définition des « sévices graves à la personne » d’une manière qui tient compte du contexte.

[66] En somme, je suis d’avis que les menaces de violence proférées contre une personne (et non contre des biens) qui suffisent pour faire déclarer leur auteur coupable de vol qualifié en application de l’al. 343a) satisfont à la condition qu’est « l’emploi [. . .] de la violence » énoncée au sous-al. a)(i) des « sévices graves à la personne ». Ce point de vue cadre avec l’interprétation large de la notion de vol qualifié, à savoir qu’il s’agit d’un vol commis avec violence.

D. *Conclusion : le vol qualifié dont la perpétration comporte des menaces de violence contre une personne constitue des « sévices graves à la personne »*

[67] Les vols qualifiés ne constituent pas tous des « sévices graves à la personne ». Le vol qualifié commis avec violence ou menace de violence *contre des biens* est clairement exclu. Lorsqu’il est perpétré par l’emploi de la violence *contre une personne*, il est clairement inclus. En l’espèce, le vol qualifié s’est accompagné de *menaces de violence* contre une personne, et tant la juge du procès que la

conclude categorically that threats are not violent, it held that some, but not all, threats are violent. Something more than a mere verbal threat is required: “. . . there needs to be some indication of imminent apparent danger to a person or some overt act directed towards the actual use of violence” (para. 85 (emphasis added)).

[68] I have rejected this view for the numerous reasons given above. In short, a threat of violence is itself a form of violence, and the respondent’s context-based arguments have not persuaded me to depart from this premise in interpreting subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO.

[69] Finally, the Court of Appeal’s interpretation would have undesirable consequences. In seeking to distinguish between violent and non-violent threats, the Court of Appeal referred to a number of cases in which courts have grappled with this very question. Threatening to “splat” the clerk of a cheque cashing business (*Thompson*), raising a baseball bat in a threatening manner in confronting two police officers (*Roy*), and saying “[m]oney and cigarettes in the bag” while making an implied threat of violence if this demand were not met (*Jolicoeur*, at para. 25), have all been held not to satisfy the “use or attempted use of violence” criterion, because they lacked the requisite physical act or danger. On the other hand, an offender who had committed robbery by producing a knife and holding it close to the victim satisfied the criterion despite the absence of physical injury (*Lebar*). It would be possible to list other examples of cases in which trial judges have endeavoured to distinguish violent from non-violent threats on the facts of the cases before them. At the end of the day, however, I conclude that such an exercise is not just difficult, but pointless.

[70] The Court of Appeal’s approach is inconsistent with the principles of statutory interpretation

Cour d’appel ont tenté de départager l’un et l’autre. Non disposée à conclure catégoriquement que les menaces n’étaient pas violentes, la Cour d’appel a décidé que certaines menaces, mais pas toutes, sont violentes. La seule menace verbale ne suffit pas : [TRADUCTION] « . . . il doit y avoir quelque indication qu’une personne court un danger à la fois clair et imminent ou quelque geste évident en vue de l’emploi réel de la violence » (par. 85 (je souligne)).

[68] Je rejette ce point de vue pour les nombreuses raisons déjà exposées. En bref, proférer des menaces de violence constitue en soi une forme de violence, et les prétentions de l’intimé axées sur le contexte ne me convainquent pas d’en faire abstraction pour interpréter le sous-al. a)(i) de la définition des « sévices graves à la personne ».

[69] Enfin, l’interprétation préconisée par la Cour d’appel aurait des conséquences non souhaitables. Pour distinguer entre les menaces violentes et celles qui ne le sont pas, la Cour d’appel renvoie à un certain nombre d’affaires où les tribunaux, aux prises avec la même question, ont décidé que ni la menace de « gifler » l’employé d’une entreprise d’encaissement de chèques (*Thompson*), ni le fait de brandir un bâton de baseball de manière menaçante en affrontant deux policiers (*Roy*), ni le fait de dire [TRADUCTION] « [l]’argent et les cigarettes dans le sac » en menaçant tacitement l’interlocuteur de violence en cas de désobéissance (*Jolicoeur*, par. 25) ne satisfont au critère qu’est « l’emploi, ou une tentative d’emploi, de la violence », car ils ne s’accompagnent pas de l’action concrète ou du danger requis. Par contre, les tribunaux ont estimé que le fait d’exhiber un couteau et de le tenir près de la victime faisait en sorte que le vol qualifié satisfasse à la condition malgré l’absence de préjudice corporel (*Lebar*). On pourrait énumérer d’autres exemples où le juge a entrepris de distinguer la menace violente de celle qui ne l’est pas au regard des faits de l’espèce. Cependant, je conclus au final que la tâche est non seulement ardue, mais également inutile.

[70] La solution retenue par la Cour d’appel va à l’encontre des principes d’interprétation législative

I discussed above. It would result in untold difficulties for trial judges seeking to establish the elusive dividing line between threats that are inherently violent and those that are not. Finally, in my view, it is incompatible with the plain meaning and the purpose of the provision. All threats of violence are themselves violent, even though the seriousness of the violence may be quite limited. In seeking to distinguish violent from non-violent threats, courts are in effect reading in an objective minimum level of violence. This is inconsistent with the clear language of subpara. (a)(i) of the definition, which requires violence, not serious violence, and it risks undermining the overall purpose of Part XXIV by precluding courts from remanding potentially dangerous offenders for assessment.

[71] When, in committing the robbery, Mr. Steele threatened the cashiers by saying “I have a gun”, he used violence against another person within the meaning of subpara. (a)(i) of the definition of an SPIO.

VI. Disposition

[72] I would allow the appeal without costs. Mr. Steele was convicted under s. 343(a) of robbery, an offence that satisfies the criterion set out in subpara. (a)(i) of the definition of a “serious personal injury offence” in s. 752. Since the other requirements for the Crown’s application for remand for an assessment have not been contested, I would grant the application and order that Mr. Steele be remanded for assessment pursuant to s. 752.1(1).

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Walsh & Company, Winnipeg; Legal Aid Manitoba, Winnipeg.

examinés précédemment. Elle est de nature à causer des difficultés innombrables au juge du procès désireux d’établir la distinction insaisissable entre la menace intrinsèquement violente et celle qui ne l’est pas. Enfin, j’estime qu’elle va à l’encontre du sens ordinaire et de l’objet de la disposition. Toute menace de violence est en soi violente, même lorsque la gravité de la violence se révèle minime. En cherchant à distinguer entre la menace violente et celle qui ne l’est pas, les tribunaux voient dans la disposition l’exigence d’un degré minimal de violence objective, ce qui contredit le texte clair du sous-al. a)(i) de la définition, lequel requiert certes la violence, mais non la violence grave. Pareille interprétation risque de compromettre l’objectif général de la partie XXIV en empêchant les tribunaux de renvoyer pour évaluation des délinquants potentiellement dangereux.

[71] Lorsqu’il a commis le vol qualifié et menacé les préposées à la caisse en leur disant [TRADUCTION] « [j]’ai une arme », M. Steele a employé la violence contre une autre personne au sens du sous-al. a)(i) de la définition des « sévices graves à la personne ».

VI. Dispositif

[72] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi sans dépens. M. Steele a été déclaré coupable de vol qualifié selon l’al. 343a), une infraction qui satisfait à la condition énoncée au sous-al. a)(i) de la définition des « sévices graves à la personne » figurant à l’art. 752. Puisque le respect des autres conditions auxquelles le ministère public peut demander un renvoi pour évaluation n’est pas contesté, je suis d’avis d’accueillir la demande et d’ordonner le renvoi pour évaluation de M. Steele en application du par. 752.1(1).

Pourvoi accueilli.

Procureur de l’appelante : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l’intimé : Walsh & Company, Winnipeg; Aide juridique Manitoba, Winnipeg.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

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

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

**Estate of the Late Zahra (Ziba) Kazemi and
Stephan (Salman) Hashemi** *Appellants*

v.

**Islamic Republic of Iran, Ayatollah Sayyid
Ali Khamenei, Saeed Mortazavi,
Mohammad Bakhshi and Attorney General
of Canada** *Respondents*

and

**Canadian Lawyers for International
Human Rights, Amnistie internationale,
Section Canada francophone,
Redress Trust Ltd., Canadian Association
of Refugee Lawyers, British Columbia
Civil Liberties Association, Canadian Bar
Association, Canadian Civil Liberties
Association, Canadian Centre for
International Justice, David Asper Centre for
Constitutional Rights, International
Human Rights Program at the University
of Toronto Faculty of Law and Iran Human
Rights Documentation Center** *Interveners*

**INDEXED AS: KAZEMI ESTATE v. ISLAMIC REPUBLIC
OF IRAN**

2014 SCC 62

File No.: 35034.

2014: March 18; 2014: October 10.

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

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

*Public international law — Sovereign immunity —
Civil proceedings initiated in Quebec against Iran,
Iranian head of state and two state officials in relation to
alleged torture and death of Canadian citizen in Iran
— Whether proceedings are barred, in whole or in part,
by application of State Immunity Act — Whether interna-
tional law requires State Immunity Act to be interpreted*

**Succession de feu Zahra (Ziba) Kazemi et
Stephan (Salman) Hashemi** *Appelants*

c.

**République islamique d’Iran, ayatollah Sayyid
Ali Khamenei, Saeed Mortazavi,
Mohammad Bakhshi et procureur général
du Canada** *Intimés*

et

**Canadian Lawyers for International
Human Rights, Amnistie internationale,
Section Canada francophone,
Redress Trust Ltd., Association canadienne
des avocats et avocates en droit des
réfugiés, Association des libertés civiles de
la Colombie-Britannique, Association du
Barreau canadien, Association canadienne
des libertés civiles, Centre canadien pour la
justice internationale, David Asper Centre for
Constitutional Rights, International
Human Rights Program at the University
of Toronto Faculty of Law et Iran Human
Rights Documentation Center** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : KAZEMI (SUCCESSION) c.
RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D’IRAN**

2014 CSC 62

N° du greffe : 35034.

2014 : 18 mars; 2014 : 10 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Droit international public — Immunité de juridic-
tion — Action civile intentée au Québec contre l’Iran, le
chef d’État de l’Iran et deux agents de l’État pour la tor-
ture alléguée et le décès d’une citoyenne canadienne en
Iran — La Loi sur l’immunité des États fait-elle obstacle
partiellement ou intégralement à l’action? — Le droit
international exige-t-il une interprétation de la Loi sur*

to include exception in cases of torture — Whether immunity extends to foreign public officials acting in their official capacity — Whether torture may constitute an official act of a state — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 3(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Bill of Rights — Right to security of person — Right to a fair hearing — Sovereign immunity — Civil proceedings initiated in Quebec against Iran, Iranian head of state and two state officials in relation to alleged torture and death of Canadian citizen in Iran — Proceedings barred by application of s. 3(1) of State Immunity Act — Whether s. 3(1) of State Immunity Act inconsistent with s. 2(e) of Bill of Rights or infringes s. 7 of Charter — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 3(1) — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III, s. 2(e) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

K, a Canadian citizen, visited Iran in 2003 as a freelance photographer and journalist. She was arrested, detained and interrogated by Iranian authorities. During her detention, she was beaten, sexually assaulted and tortured. She later died as the result of a brain injury sustained while in the custody of Iranian officials. Despite requests made by K's son, H, that her remains be sent to Canada for burial, she was buried in Iran. Although a report commissioned by the Iranian government linked members of the judiciary and the Office of the Prosecutor to K's torture, only one individual was tried. That person was acquitted following a trial marked by a lack of transparency. In short, it was impossible for K and her family to obtain justice in Iran.

In 2006, H instituted civil proceedings in Quebec seeking damages on behalf of himself and his mother's estate against the Islamic Republic of Iran, its head of state, the Chief Public Prosecutor of Tehran and the former Deputy Chief of Intelligence of the prison where K was detained and tortured. H sought damages on behalf of K's estate for her physical, psychological, and emotional pain and suffering as well as damages for the psychological and emotional prejudice that he sustained as the result of the loss of his mother. Both H and the estate also sought punitive damages. The Iranian defendants brought a motion in Quebec Superior Court to dismiss the action on the basis of state immunity. In response, H and K's estate raised certain exceptions provided in the *State Immunity*

l'immunité des États qui reconnaît une exception dans les cas de torture? — L'immunité s'étend-elle aux agents d'États étrangers qui agissent dans l'exercice de leurs fonctions officielles? — La torture constitue-t-elle un acte officiel d'un État? — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 3(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Déclaration des droits — Droit à la sécurité de la personne — Droit à une audition impartiale de sa cause — Immunité de juridiction — Action civile intentée au Québec contre l'Iran, le chef d'État de l'Iran et deux agents de l'État pour la torture alléguée et le décès d'une citoyenne canadienne en Iran — Irrecevabilité de l'action par application de l'art. 3(1) de la Loi sur l'immunité des États — L'article 3(1) de la Loi sur l'immunité des États est-il incompatible avec l'art. 2e) de la Déclaration des droits ou viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 3(1) — Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III, art. 2e) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

K, une citoyenne canadienne, s'est rendue en Iran en 2003 comme photographe et journaliste pigiste. Arrêtée, détenue et interrogée par les autorités iraniennes, elle a été battue, agressée sexuellement et torturée durant sa détention. Elle est morte des suites d'une lésion cérébrale subie alors qu'elle se trouvait détenue par les autorités iraniennes. Même si le fils de K, H, avait demandé que les restes de cette dernière soient envoyés au Canada pour qu'ils y soient inhumés, elle a été ensevelie en Iran. Bien qu'un rapport commandé par le gouvernement iranien ait impliqué des juges et le Bureau du procureur dans la torture de K, un seul individu a été traduit en justice et il a été acquitté à l'issue d'un procès marqué par un manque de transparence. Bref, il était impossible pour K et sa famille d'obtenir justice en Iran.

En 2006, H, a intenté au Québec une action civile en dommages-intérêts en son propre nom et au nom de la succession de sa mère contre la République islamique d'Iran, son chef d'État, le procureur en chef des poursuites pénales de Téhéran et l'ancien chef adjoint du renseignement à la prison où K avait été détenue et torturée. H a réclamé des dommages-intérêts au nom de la succession de K pour les douleurs et souffrances physiques, psychologiques et émotionnelles qu'elle a subies ainsi que des dommages-intérêts pour le préjudice psychologique et émotionnel que lui a causé la perte de sa mère. H et la succession ont également réclamé des dommages-intérêts punitifs. Les défendeurs iraniens ont demandé par requête à la Cour supérieure du Québec le rejet de

Act (“SIA”), and challenged the constitutionality of certain provisions of that Act.

The Quebec Superior Court dismissed the constitutional challenge to the SIA, allowed the defendants’ motion to dismiss the action with respect to the claim brought by K’s estate but dismissed the motion with respect to the recourse sought by H personally. The court held that the SIA exhaustively captures the law of state immunity and that there are no unwritten exceptions to state immunity at common law, in international law, or in international treaties that would allow the claims to proceed. However, it found that H’s personal action could potentially fall within a statutory exception to state immunity applicable to proceedings relating to personal injury that occurs in Canada. The Quebec Court of Appeal dismissed the estate’s appeal and allowed the Iranian defendants’ appeal with respect to H’s claim.

At issue in this appeal is whether the Islamic Republic of Iran, its head of state and the individuals who allegedly detained, tortured and killed K in Iran are entitled to immunity by operation of the SIA. The resolution of that issue rests on the scope of the SIA, the impact that the evolution of international law since the SIA’s adoption might have on its interpretation, and whether the Act is constitutional. An overarching question, which permeates almost all aspects of this appeal, is whether international law has created a mandatory universal civil jurisdiction in respect of claims of torture, which would require Canada to open its courts to the claims of victims of acts of torture that were committed abroad. Moreover, this Court is asked to determine whether torture may constitute an official act of a state and whether public officials having committed acts of torture can benefit from immunity.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Neither H nor K’s estate may avail themselves of a Canadian court in order to sue Iran or its functionaries for the torture that K endured. Furthermore, the challenges brought by the appellants based on s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 7 of the *Charter* should be dismissed.

l’action en raison de l’immunité des États. H et la succession de K ont répondu en invoquant des exceptions prévues par la *Loi sur l’immunité des États* (« LIÉ ») et en contestant la constitutionnalité de certaines des dispositions de cette loi.

La Cour supérieure du Québec a rejeté la contestation constitutionnelle de la LIÉ, a accueilli la requête en rejet de l’action présentée par les défendeurs à l’égard du recours intenté au nom de la succession de K, mais a rejeté la requête relative au recours intenté par H en son propre nom. De l’avis de la cour, la LIÉ traite exhaustivement du droit à l’immunité des États et il n’existe en common law, en droit international ou dans les traités internationaux aucune exception non écrite à cette immunité susceptible de permettre la continuation des réclamations. Toutefois, la cour a conclu que l’action personnelle intentée par H relèverait possiblement d’une exception légale à l’immunité des États applicable aux actions découlant des dommages corporels survenus au Canada. La Cour d’appel du Québec a rejeté l’appel de la succession et accueilli celui des défendeurs iraniens quant à la réclamation de H.

La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si la République islamique d’Iran, son chef d’État et les responsables présumés de la détention de K, de la torture dont elle a été victime et de son décès en Iran bénéficient de l’immunité en application de la LIÉ. La réponse à cette question dépend de la portée de cette loi, de l’incidence que l’évolution du droit international depuis son adoption a pu avoir sur son interprétation, et de sa constitutionnalité. La question primordiale qui touche presque tous les aspects du présent pourvoi porte sur l’argument selon lequel le droit international a créé une compétence universelle obligatoire en matière civile à l’égard des allégations de torture qui obligerait le Canada à permettre aux victimes d’actes de torture commis à l’étranger de porter leurs réclamations devant ses tribunaux. En outre, la Cour est appelée à déterminer si des actes de torture peuvent constituer des actes officiels d’un État et si les fonctionnaires ayant commis des actes de torture peuvent bénéficier de l’immunité.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : Ni H, ni la succession de K ne peuvent poursuivre l’Iran ou ses fonctionnaires devant un tribunal canadien pour la torture subie par K. De plus, il faut rejeter les contestations des appelants fondées sur l’al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* et l’art. 7 de la *Charte*.

State immunity is not solely a rule of international law, it also reflects domestic choices made for policy reasons, particularly in matters of international relations. Canada's commitment to the universal prohibition of torture is strong. However, Parliament has made a choice to give priority to a foreign state's immunity over civil redress for citizens who have been tortured abroad. That policy choice is not a comment about the evils of torture, but rather an indication of what principles Parliament has chosen to promote.

In Canada, state immunity from civil suits is codified in the *SIA*. That Act is a complete codification of Canadian law as it relates to state immunity from civil proceedings. It provides an exhaustive list of exceptions to state immunity and it does not contain an exception to immunity from civil suits alleging acts of torture committed abroad. For that reason, reliance need not, and indeed cannot, be placed on the common law, *jus cogens* norms or customary international law to carve out additional exceptions to the immunity granted to foreign states pursuant to the *SIA*. Although there is no doubt that the prohibition of torture has reached the level of a peremptory norm, the current state of customary international law regarding redress for victims of torture does not alter the *SIA*, nor does it render it ambiguous.

H seeks to avail himself of the “personal or bodily injury” exception to state immunity set out at s. 6(a) of the *SIA*. If H's psychological suffering is captured by the personal injury exception to state immunity set out at s. 6(a), his claim would be allowed to proceed. However, when the words of s. 6(a) are examined in conjunction with the purpose of the Act, it becomes apparent that the exception applies only where the tort causing the personal injury or death has occurred in Canada. It does not apply where the impugned events, or the tort causing the personal injury or death, did not take place in Canada. Accordingly, H's claim is barred by the *SIA* because the alleged tort did not “occur in Canada”. His claim is also barred by the *SIA* on the further ground that the “personal or bodily injury” exception does not apply where the injury allegedly suffered by the plaintiff does not stem from a physical breach of personal integrity. Only when psychological distress manifests itself after a physical injury will the exception to state immunity be triggered. In the present case, H did not plead any kind of physical harm nor did he claim to have suffered an injury to his physical integrity.

L'immunité des États ne représente pas seulement une règle de droit international, mais témoigne aussi des choix faits par un pays pour des raisons politiques, notamment au sujet de ses relations internationales. L'engagement du Canada envers l'interdiction universelle de la torture reste fort. Cependant, le législateur a privilégié l'immunité des États étrangers par rapport à l'application de recours civils aux citoyens qui auraient été victimes de torture à l'étranger. Ce choix de politique générale ne représente pas un jugement sur les méfaits de la torture, mais une indication des principes que le législateur a décidé de promouvoir.

Au Canada, l'immunité des États à l'égard des poursuites civiles est consacrée par la *LIÉ*. Cette loi codifie de manière exhaustive le droit canadien concernant la question de l'immunité des États à l'encontre de poursuites civiles. Elle établit une liste exhaustive des exceptions à l'immunité des États et ne prévoit aucune exception à l'immunité à l'égard de poursuites civiles pour des actes allégués de torture commis à l'étranger. En conséquence, il n'est pas nécessaire de se fonder sur la common law, les normes de *jus cogens* ou le droit international coutumier — et il ne saurait en être ainsi — pour créer des exceptions additionnelles à l'immunité accordée aux États étrangers en application de la *LIÉ*. Même s'il ne fait aucun doute que l'interdiction de la torture a acquis un caractère impératif, l'état actuel du droit international coutumier sur les réparations destinées aux victimes de torture ne modifie pas la *LIÉ* et ne la rend pas ambiguë.

H invoque l'exception des « dommages corporels » à l'immunité des États, prévue à l'al. 6a) de la *LIÉ*. Si l'exception à l'immunité des États fondée sur les dommages corporels et prévue par l'al. 6a) englobe le préjudice psychologique subi par H, sa réclamation pourrait suivre son cours. Cependant, lorsqu'on examine le texte de l'al. 6a) en corrélation avec l'objet de la *LIÉ*, il devient évident que l'exception ne s'applique que si le délit qui a causé le dommage corporel ou le décès a été commis au Canada. L'exception ne s'applique pas si les faits reprochés, ou le délit, qui ont causé les dommages corporels ou le décès ne se sont pas produits au Canada. La *LIÉ* fait donc obstacle à la réclamation de H parce que le délit reproché n'est pas « survenu au Canada ». La loi fait aussi obstacle à sa réclamation parce que l'exception des « dommages corporels » ne s'applique pas si le préjudice allégué par le demandeur ne découle pas d'une atteinte à son intégrité physique. Seule la manifestation d'une détresse psychologique à la suite d'un préjudice physique entraîne l'application de l'exception à l'immunité des États. En l'espèce, H n'a plaidé aucun préjudice physique ni allégué avoir subi une atteinte à son intégrité physique.

A further issue to be determined is whether the respondents M and B are immune from legal action by operation of the *SIA*. Section 3(1) of the *SIA* provides that a “foreign state” is immune from the jurisdiction of any court in Canada. The definition of “foreign state” at s. 2 of the *SIA* includes a reference to the term “government”. The absence of an explicit reference to “public officials” in the *SIA* requires that the term “government” be interpreted in context and against the backdrop of international law. Following such an exercise, it becomes clear that public officials must be included in the meaning of “government” as it is used in the *SIA*. States are abstract entities that can only act through individuals. Excluding public officials from the meaning of government would completely thwart the purposes of the *SIA*, as allowing civil claims against individual public officials would require Canadian courts to scrutinize other states’ decision-making as carried out by their public officials. Accordingly, public officials, being necessary instruments of the state, are included in the term “government” as used in the *SIA*. However, those public officials will only benefit from state immunity when acting in their official capacity.

The acts of torture allegedly committed by M and B have all the bearings of official acts, and no suggestion was made that either of these public officials were acting in their personal capacity or in a way that was unconnected to their roles as state functionaries. The heinous nature of these acts of torture does not transform the actions of M and B into private acts, undertaken outside of their official capacity. By definition, torture is necessarily an official act of the state. It is the state-sanctioned or official nature of torture that makes it such a despicable crime. There continues to be very strong support for the conclusion that immunity from civil suits extends to public officials engaging in acts of torture, and it is not yet possible to conclude that either a consistent state practice or *opinio juris* to the contrary effect exists. As a result, given that M and B were public officials acting in their official capacity, they are captured by the term “government” found at s. 2 of the *SIA*. By virtue of that statute, they are immune from the jurisdiction of Canadian courts.

Parliament has given no indication whatsoever that Canadian courts are to deem torture an “unofficial act” and that a universal civil jurisdiction has been created allowing foreign officials to be sued in our courts. Creating

Une autre question à déterminer est celle de savoir si l’application de la *LIÉ* met M et B, intimés en l’espèce, à l’abri des poursuites judiciaires. Aux termes du par. 3(1) de la *LIÉ*, l’« État étranger » bénéficie de l’immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada. La définition du terme « État étranger » à l’art. 2 inclut le terme « gouvernement ». Comme la *LIÉ* n’utilise pas expressément le mot « fonctionnaire », le terme « gouvernement » doit être interprété selon son contexte et à la lumière du droit international. Il ressort à l’évidence d’un tel exercice que les agents de l’État doivent être visés par le sens du mot « gouvernement » qui figure à la *LIÉ*. L’État constitue une entité abstraite qui ne peut agir que par l’entremise d’individus. Si la définition du mot « gouvernement » excluait les fonctionnaires, cela contrecarrerait complètement les objectifs de la *LIÉ*, tout comme l’autorisation de poursuites civiles contre des fonctionnaires, en particulier, obligerait les tribunaux canadiens à examiner les décisions d’États étrangers qu’auraient prises leurs agents. Ainsi, les fonctionnaires, en tant qu’instruments nécessaires de l’État, sont visés par le terme « gouvernement » qui figure dans la *LIÉ*. Les fonctionnaires ne peuvent toutefois bénéficier de l’immunité des États que lorsqu’ils exercent leurs fonctions officielles.

Les actes de torture reprochés à M et à B revêtent toutes les caractéristiques d’actes officiels, et rien ne permet de croire que l’un ou l’autre de ces représentants de l’État agissait à titre personnel ou dans un cadre sans lien avec son rôle d’agent de l’État. Le caractère odieux des actes de torture ne métamorphose pas les agissements de M et de B en des actes privés commis à l’extérieur du cadre de leurs fonctions officielles. Par définition, la torture est nécessairement un acte officiel de l’État. C’est la sanction officielle donnée par l’État à la torture qui rend ce crime si abominable. La conclusion selon laquelle l’immunité contre les poursuites civiles s’applique aux fonctionnaires qui se livrent à des actes de torture jouit toujours d’un appui très fort, et il est encore impossible de conclure à l’existence d’une pratique uniforme des États ou d’une *opinio juris* allant dans le sens contraire. En conséquence, en tant que fonctionnaires dans l’exercice de leurs fonctions officielles, M et B sont visés par le terme « gouvernement » qui figure à l’art. 2 de la *LIÉ*. Ainsi, aux termes de cette loi, ils jouissent de l’immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens.

Le législateur n’a pas donné la moindre indication selon laquelle les tribunaux canadiens devraient considérer que la torture constitue un « acte non officiel » et qu’une compétence universelle en matière civile a été

this kind of jurisdiction would have potentially considerable impact on Canada's international relations. This decision is to be made by Parliament, not the courts.

The *SIA* withstands constitutional scrutiny despite the fact that it prevents H and his mother's estate from suing Iran or its functionaries in Canada for the torture that K endured. The challenge brought by the appellants based on s. 2(e) of the *Bill of Rights* should be dismissed as that provision is not engaged in the present case. Section 2(e) guarantees fairness in the context of proceedings before a Canadian court or a tribunal. It does not create a self-standing right to a fair hearing where the law does not allow for an adjudicative process. Accordingly, in order to engage s. 2(e), a court or tribunal must properly have jurisdiction over a matter. As previously discussed, the existence of state immunity means that no jurisdiction exists in Canada to adjudicate the appellants' claims.

Similarly, the appellants' challenge of the *SIA* pursuant to s. 7 of the *Charter* must fail. Insofar as it prevents victims of torture or their next of kin from finding closure by seeking civil redress, it is arguable that s. 3(1) of the *SIA* might cause such serious psychological prejudice that the security of the person is engaged and violated. However, it is not necessary to decide whether s. 3(1) of the *SIA* engages the security of the person interest under s. 7 of the *Charter* because that provision of the *SIA* does not violate any principles of fundamental justice.

Not all commitments in international agreements amount to principles of fundamental justice. When a party points to a provision in an international treaty as evidence of a principle of fundamental justice, a court must determine (a) whether there is significant international consensus regarding the interpretation of the treaty, and (b) whether there is consensus that the particular interpretation is fundamental to the way in which the international legal system ought to fairly operate. The absence of such consensus weighs against finding that the principle is fundamental to the operation of the legal system. Although the appellants argue that art. 14 of the *Convention Against Torture* requires Canada to ensure that a civil remedy be available to victims of torture committed in foreign countries and allege that this obligation is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7, they have not argued, let alone established,

créée afin de poursuivre des agents d'un État étranger devant nos tribunaux. La création de ce type de compétence aurait des conséquences potentiellement graves sur les relations internationales du Canada. Cette décision incombe au législateur, et non aux tribunaux.

La *LIÉ* passe avec succès l'épreuve du contrôle de sa constitutionnalité malgré le fait qu'elle empêche H et la succession de sa mère de poursuivre l'Iran ou ses fonctionnaires au Canada pour la torture subie par K. Il faut rejeter la contestation soulevée par les appelants et fondée sur l'al. 2e) de la *Déclaration des droits*, car cette disposition ne s'applique pas en l'espèce. Elle garantit l'équité dans le contexte d'une instance devant une cour de justice ou un tribunal administratif canadien. Elle ne crée pas un droit autonome à un procès équitable dans les cas où la loi ne prévoit pas l'existence d'un tel procès. Donc, pour que s'applique l'al. 2e), il faut qu'une cour de justice ou un tribunal administratif soit régulièrement compétent en la matière. Répétons-le, l'existence de cette immunité signifie que le Canada ne possède aucune compétence pour statuer sur les demandes des appelants.

De même, la contestation de la *LIÉ* que les appelants fondent sur l'art. 7 de la *Charte* doit être rejetée. On peut soutenir que dans la mesure où il empêche les victimes de torture ou leurs proches d'intenter un recours civil pour mettre fin à ce chapitre, le par. 3(1) de la *LIÉ* pourrait causer un préjudice psychologique suffisamment grave pour que le droit à la sécurité de la personne entre en jeu et que l'on y porte atteinte. Cependant, il n'est pas nécessaire de décider si le par. 3(1) de la *LIÉ* met en jeu le droit à la sécurité de la personne que garantit l'art. 7 de la *Charte*, car l'application de cette disposition de la *LIÉ* ne porte atteinte à aucun principe de justice fondamentale.

Les engagements pris dans des ententes internationales ne sont pas tous assimilables à des principes de justice fondamentale. Quand une partie invoque une disposition d'un traité international comme preuve d'un principe de justice fondamentale, la cour doit déterminer a) s'il existe un vaste consensus international à propos de l'interprétation de ce traité, et b) s'il y a un consensus sur le fait que l'interprétation particulière est essentielle au bon fonctionnement du système de justice internationale. L'absence d'un tel consensus milite contre une conclusion voulant que le principe soit essentiel au fonctionnement du système de justice. Même si, selon les appelants, l'art. 14 de la *Convention contre la torture* oblige le Canada à veiller à ce que l'on assure une réparation civile aux victimes d'actes de torture commis à l'étranger et que cette obligation constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, ils n'ont pas prétendu — et encore moins

that their interpretation of art. 14 reflects customary international law, or that it has been incorporated into Canadian law through legislation. There appears to be no consensus that art. 14 should be interpreted in the manner the appellants suggest. In fact, the language of art. 14 as well as the interpretation of that provision by some party states and by international and domestic judicial authorities support a conclusion that art. 14 ensures redress and compensation for torture committed within the forum state's own territorial jurisdiction.

While the prohibition of torture is certainly a *jus cogens* norm from which Canada cannot derogate and is also very likely a principle of fundamental justice, the peremptory norm prohibiting torture has not yet created an exception to state immunity from civil liability in cases of torture committed abroad. At this point in time, state practice and *opinio juris* do not suggest that Canada is obligated by the *jus cogens* prohibition on torture to open its courts so that its citizens may seek civil redress for torture committed abroad. Consequently, failing to grant such access would not be a breach of the principles of fundamental justice.

In conclusion, the *SIA*, in its present form, does not provide for an exception to foreign state immunity from civil suits alleging acts of torture occurring outside Canada. Consequently, a foreign state and its functionaries cannot be sued in Canadian courts for acts of torture committed abroad. This conclusion does not, however, freeze state immunity in time. Parliament has the power and the capacity to change the current state of the law on exceptions to state immunity, just as it has done in the past, and to allow those in situations like H and his mother's estate to seek redress in Canadian courts.

Per Abella J. (dissenting): The doctrine of sovereign immunity is not entirely codified under the *State Immunity Act*. The only individuals expressly included in the definition of a "foreign state" are "any sovereign or other head of the foreign state . . . while acting as such in a public capacity". There is no reference to public officials apart from heads of state. That silence creates an ambiguity as to whether the *State Immunity Act* applies to lower-level officials. Resolving that ambiguity is assisted by reference to customary international law and the

établi — que leur interprétation de l'art. 14 correspond au droit international coutumier ou qu'elle a été intégrée au droit canadien par voie législative. En effet, aucun consensus ne semble s'être établi pour reconnaître que l'art. 14 devrait être interprété comme le souhaitent les appelants. En fait, tant le libellé de l'art. 14 que ses interprétations étatiques et judiciaires nationales et internationales étayent la conclusion selon laquelle cette disposition garantit une réparation et une indemnisation pour des actes de torture commis sur le territoire même de l'État du for.

Si l'interdiction de la torture est assurément une norme du *jus cogens* à laquelle le Canada ne peut déroger et aussi, fort probablement, un principe de justice fondamentale, la norme impérative qui interdit la torture n'a pas encore entraîné la création d'une exception à l'immunité des États contre toute responsabilité civile à l'égard d'actes de torture commis à l'étranger. À l'heure actuelle, les pratiques étatiques et l'*opinio juris* ne sous-entendent pas que le Canada est tenu par les règles du *jus cogens* relatives à l'interdiction de la torture d'ouvrir ses tribunaux de sorte que ses citoyens puissent solliciter une réparation civile pour des actes de torture commis à l'étranger. En conséquence, ne pas accorder un tel accès ne constituerait pas une violation des principes de justice fondamentale.

Pour conclure, la *LIÉ*, dans sa forme actuelle, ne prévoit aucune exception à l'immunité des États étrangers à l'égard des poursuites civiles pour des actes allégués de torture commis à l'extérieur du Canada. En conséquence, une personne ne peut pas poursuivre un État étranger et ses fonctionnaires devant les tribunaux canadiens pour des actes de torture commis à l'étranger. Cette conclusion ne fige toutefois pas l'immunité des États dans le temps. Le législateur a le pouvoir et la capacité de modifier l'état actuel du droit régissant les exceptions à l'immunité des États, tout comme il l'a déjà fait, et de permettre aux personnes qui se trouvent dans une situation semblable à celle de H et de la succession de sa mère d'obtenir réparation devant les tribunaux canadiens.

La juge Abella (dissidente) : La doctrine de l'immunité de juridiction n'est pas entièrement codifiée par la *Loi sur l'immunité des États*. Les seuls individus expressément visés par la définition d'« État étranger » sont « le chef ou souverain de cet État [. . .] dans l'exercice de ses fonctions officielles ». Il n'y est pas fait mention des agents ou des représentants officiels, hormis les chefs d'État. Ce silence crée une ambiguïté quant à la question de savoir si la *Loi sur l'immunité des États* s'applique aux agents de rang inférieur et, pour la dissiper, il est utile de

significant development of the principle of reparation under public international law.

The prohibition on torture is a peremptory norm — *jus cogens* — under international law. That means that the international community has agreed that the prohibition cannot be derogated from by any state. The question then is how can torture be an official function for the purpose of immunity under international law when international law itself universally prohibits torture? This poses challenges for the integrity of international law and leaves this Court with a choice about whether to extend immunity to foreign officials for such acts.

Under international law generally, the protection for and treatment of individuals as legal subjects has evolved dramatically. With that evolving protection has come the recognition of a victim's right to redress for a violation of fundamental human rights. The claims for civil damages brought by K's estate and her son H are founded on Canada's and Iran's obligations under international human rights law and the *jus cogens* prohibition against torture. These claims must be situated in the context of the significant development of the principle of reparation under public international law throughout the twentieth century. At its most fundamental, the principle of reparation means that when the legal rights of an individual are violated, the wrongdoer owes redress to the victim for harm suffered. The aim of the principle of reparation is restorative.

While early international criminal proceedings did little to recognize victims' rights, several international courts now recognize victims' rights to reparation against individual perpetrators of international crimes. This shift is, in part, the result of the recognition of the principle of reparation as a general principle of international law in the enabling treaties and statutes of these courts. The treatment of immunity for civil claims should not be different from that for criminal proceedings.

The development and international acceptance of the principle of reparation demonstrates that an individual's right to a remedy against a state for violations of his or her human rights is now a recognized principle of international law. There is also growing acceptance that *jus*

se référer au droit international coutumier et à la nette évolution du principe de réparation en droit international public.

La prohibition de la torture est une norme impérative — de *jus cogens* — en droit international. Ceci veut dire que la communauté internationale a convenu qu'aucun État ne peut y déroger. Il faut alors se demander comment la torture peut être considérée comme une fonction officielle pour l'application du principe de l'immunité en droit international quand le droit international lui-même interdit universellement cette pratique. Cela pose certains défis pour l'intégrité du droit international et laisse à la Cour un choix quant à savoir s'il convient d'étendre l'immunité aux agents d'États étrangers pour de tels actes.

De façon générale, en droit international, le régime de protection et de traitement des personnes en tant que sujets de droit a radicalement évolué. Cette protection en évolution s'est accompagnée de la reconnaissance du droit des victimes à une réparation en cas de violation de droits fondamentaux de la personne. Les poursuites en dommages-intérêts que la succession de feu K et son fils H ont engagées au civil reposent sur les obligations qu'impose le droit international en matière de droits de la personne au Canada et à l'Iran et sur la prohibition de la torture fondée sur le *jus cogens*. Ces poursuites doivent être situées dans le contexte de la nette évolution du principe de réparation en droit international public depuis le début du xx^e siècle, un principe qui, dans son aspect le plus fondamental, signifie que, s'il y a violation des droits d'un individu, l'auteur de cette violation doit réparation à la victime pour le préjudice qu'elle a subi. L'objectif de ce principe est de nature réparatrice.

Les premières poursuites criminelles en droit international ne se souciaient guère des droits des victimes, mais plusieurs tribunaux internationaux reconnaissent de nos jours les droits qu'ont les victimes à une réparation à l'encontre d'auteurs individuels de crimes internationaux. Ce changement résulte, en partie, de la reconnaissance du fait que le principe de la réparation est un principe général de droit international reconnu par la loi et les traités portant création de ces tribunaux. Le traitement de l'immunité dans le cas d'une action civile ne devrait pas être différent de celui qui s'applique aux actions criminelles.

L'évolution et l'acceptation internationale du principe de réparation démontrent que le droit d'un individu à une réparation à l'encontre d'un État pour violation de ses droits de la personne est aujourd'hui un principe de droit international reconnu. On accepte également de

cogens violations such as torture do not constitute “official acts” justifying immunity for individual state officials.

The purpose of the *Convention Against Torture* is consistent with a broad obligation to protect victims’ rights to remedies for torture regardless of where it occurred. The *Convention* established a shared commitment to “make more effective the struggle against torture . . . throughout the world”. On a plain reading, Article 14 imposes an obligation on state parties to ensure that all victims of torture from their countries can obtain “redress and ha[ve] an enforceable right to fair and adequate compensation”. The text provides no indication that the “act of torture” must occur within the territory of the state party for the obligation to be engaged. If a state undertakes to ensure access to a remedy for torture committed abroad, this necessarily implicates the question of the immunity of the perpetrators of that torture.

In the face of the universal acceptance of the prohibition against torture, concerns about any interference with sovereignty which may be created by acting in judgment of an individual state official who violates this prohibition, necessarily shrink. The very nature of the prohibition as a peremptory norm means that all states agree that torture cannot be condoned. Torture cannot, therefore, be an official state act for the purposes of immunity *ratione materiae*.

Under customary international law, there is a distinction between the blanket immunity *ratione personae* of high-ranking individuals such as the head of state, and the immunity *ratione materiae* for former heads of state and lower-ranking officials which applies only in respect of official acts performed for or on behalf of the state. These doctrines recognize the unique role and responsibility of heads of state. At present, state practice reveals a palpable, albeit slow trend in the international jurisprudence to recognize that torture, as a violation of a peremptory norm, does not constitute officially sanctioned state conduct for the purposes of immunity *ratione materiae*.

In light of the equivocal state of the customary international law of immunity, the long-standing international acceptance of the principle of reparation manifested in Article 14 of the *Convention Against Torture*, and almost a century of increasing international recognition that human rights violations threaten global peace and stability, there is no reason to include torture in the category

plus en plus que les violations du *jus cogens* comme la torture ne constituent pas des « actes officiels » justifiant l’immunité pour les représentants de l’État.

L’objet de la *Convention contre la torture* concorde avec l’obligation générale de protéger le droit des victimes de torture d’obtenir réparation, peu importe l’endroit où les actes ont été commis. La *Convention* consacre l’engagement commun d’« accroître l’efficacité de la lutte contre la torture [. . .] dans le monde entier ». Une simple lecture de l’art. 14 permet de constater que cette disposition oblige les États parties à faire en sorte que toutes les victimes de torture de leur pays puissent obtenir « réparation et [. . .] être indemnisée[s] équitablement et de manière adéquate ». Le texte n’indique nullement que l’« acte de torture » doit avoir été commis sur le sol de l’État partie pour que l’obligation soit engagée. Lorsqu’un État s’engage à accorder une réparation pour des actes de torture commis à l’étranger, cela met forcément en cause la question de l’immunité de l’auteur de ces actes.

Compte tenu de l’acceptation universelle de la prohibition de la torture, les préoccupations relatives aux atteintes à la souveraineté que pourrait créer le fait de juger l’agent de l’État qui viole cette interdiction s’atténuent forcément. La nature même de cette prohibition en tant que norme impérative signifie que les États sont tous d’accord pour dire que l’on ne peut pas tolérer la torture. Il ne peut donc pas s’agir d’un acte étatique officiel pour l’application de l’immunité *ratione materiae*.

En droit international coutumier, il existe une distinction entre l’immunité générale *ratione personae*, dont bénéficient les personnes d’un rang supérieur comme les chefs d’État, et l’immunité *ratione materiae*, qui s’applique aux anciens chefs d’État et aux agents de rang inférieur et qui ne vaut que pour les actes officiels accomplis pour l’État ou en son nom. Ces principes reconnaissent le rôle et la responsabilité uniques des chefs d’État. À l’heure actuelle, la pratique des États dénote une tendance palpable, quoique lente, dans la jurisprudence internationale à reconnaître que la torture, en tant que violation d’une norme impérative, n’est pas une conduite étatique officiellement sanctionnée pour l’application de l’immunité *ratione materiae*.

Compte tenu du caractère équivoque du droit international coutumier en matière d’immunité, du fait que la communauté internationale souscrit de longue date au principe de réparation énoncé à l’art. 14 de la *Convention contre la torture*, ainsi que de la reconnaissance grandissante à l’échelle internationale, depuis près d’un siècle, que les violations des droits de la personne menacent

of official state conduct attracting individual immunity. Equivocal customary international law should not be interpreted so as to block access to a civil remedy for what is unequivocally prohibited.

The *State Immunity Act* therefore does not apply to M and B. They are not immune from the jurisdiction of Canadian courts and the claims against them should be allowed to proceed.

Cases Cited

By LeBel J.

Referred to: *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Al-Adsani v. United Kingdom* (2001), 34 E.H.R.R. 273; *Jones v. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14; *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50; *Kuwait Airways Corp. v. Iraq*, 2010 SCC 40, [2010] 2 S.C.R. 571; *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270; *Prosecutor v. Anto Furund'ija*, Case No. IT-95-17/1-T, December 10, 1998, aff'd Case No. IT-95-17/1-A, July 21, 2000; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *Alcom Ltd. v. Republic of Columbia*, [1984] 1 A.C. 580; *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517; *Persinger v. Islamic Republic of Iran*, 729 F.2d 835 (1984); *Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. Netherlands*, Award (1928), II R.I.A.A. 829; *Castle v. United States Department of Justice (Attorney General)* (2006), 218 O.A.C. 53; *Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168; *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 611; *Prosecutor v. Blaškić* (1997), 110 I.L.R. 607; *Jaffé v. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745; *Samantar v. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010); *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S.

la paix et la stabilité mondiales, rien ne permet de faire entrer la torture dans la catégorie des conduites étatiques officielles qui donnent naissance à une immunité individuelle. Il n'y a pas lieu d'interpréter les dispositions équivoques du droit international coutumier de façon à faire obstacle à une réparation de nature civile pour des actes qui sont catégoriquement interdits.

La *Loi sur l'immunité des États* ne s'applique donc pas à M et à B. Ceux-ci ne bénéficient pas de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens et les poursuites intentées contre eux devraient pouvoir suivre leur cours.

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/97, 21 novembre 2001 (HUDOC); *Jones c. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14; *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50; *Kuwait Airways Corp. c. Irak*, 2010 CSC 40, [2010] 2 R.C.S. 571; *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Jones c. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270; *Procureur c. Anto Furund'ija*, Affaire n° IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998, conf. par Affaire n° IT-95-17/1-A, 21 juillet 2000; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Alcom Ltd. c. Republic of Columbia*, [1984] 1 A.C. 580; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517; *Persinger c. Islamic Republic of Iran*, 729 F.2d 835 (1984); *Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America c. Netherlands*, Award (1928), II R.I.A.A. 829; *Castle c. United States Department of Justice (Attorney General)* (2006), 218 O.A.C. 53; *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 611; *Prosecutor c. Blaškić* (1997), 110 I.L.R. 607; *Jaffé c. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745; *Samantar c. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010);

692 (2004); *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012); *Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9 (2009); *Belhas v. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (2008); *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620 (2004); *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2013 SCC 66, [2013] 3 S.C.R. 866; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Tibi v. Ecuador* (2004), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 114; *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (2002), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 91; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Fang v. Jiang*, [2007] N.Z.A.R. 420; *Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441.

By Abella J. (dissenting)

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Jaffe v. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745; *Case Concerning the Factory at Chorzów* (1928), P.C.I.J. (Ser. A) No. 17; *Godínez-Cruz v. Honduras*, July 21, 1989 (Reparations and Costs); *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99; *Jones v. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014; *Xuncax v. Gramajo*, 886 F.Supp.

Sosa c. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692 (2004); *Yousuf c. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012); *Matar c. Dichter*, 563 F.3d 9 (2009); *Belhas c. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (2008); *Ye c. Zemin*, 383 F.3d 620 (2004); *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Amaratunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*, 2013 CSC 66, [2013] 3 R.C.S. 866; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Tibi c. Ecuador* (2004), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 114; *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (2002), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 91; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Fang c. Jiang*, [2007] N.Z.A.R. 420; *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Jaffe c. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745; *Affaire relative à l'usine de Chorzów* (1928), C.P.J.I. (sér. A) n° 17; *Godínez-Cruz c. Honduras*, July 21, 1989 (Reparations and Costs); *Yousuf c. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenante))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99; *Jones c. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014; *Xuncax c.*

162 (1995); *Cabiri v. Assasie-Gyimah*, 921 F.Supp. 1189 (1996); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422; *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270; *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004); *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III, s. 2(a), (e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 12, 15.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 269.1.
Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. § 1603, 1605(a)(5).
Limitations Act, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, ss. 4, 10.
State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, ss. 2 “agency of a foreign state”, “foreign state”, “political subdivision”, 3, 4, 5, 6, 6.1, 7, 8, 14(1)(c), 18.
State Immunity Act 1978 (U.K.), 1978, c. 33, s. 16(4).
Torture Victim Protection Act of 1991, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73, 28 U.S.C. § 1350.

Treaties and Other International Instruments

American Convention on Human Rights, 1144 U.N.T.S. 123, arts. 10, 25(1).
Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/Res/60/147, December 16, 2005.
Charter of the International Military Tribunal, 82 U.N.T.S. 279, art. 8.
Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 U.N.T.S. 85, Preamble, arts. 1, 2, 3, 4, 5(1)(a), (c), (2), 11, 12, 13, 14, 16, 17, 19.
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 [*European Convention on Human Rights*], arts. 3, 5(5), 13.
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 39.
Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, G.A. Res. 40/34, U.N. Doc. A/Res/40/34, November 29, 1985.
Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, G.A. Res. 3452

Gramajo, 886 F.Supp. 162 (1995); *Cabiri c. Assasie-Gyimah*, 921 F.Supp. 1189 (1996); *Questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422; *Jones c. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270; *Sosa c. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004); *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 12, 15.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 269.1.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III, art. 2a), e).
Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. § 1603, 1605(a)(5).
Loi de 2002 sur la prescription des actions, L.O. 2002, ch. 24, ann. B, art. 4, 10.
Loi sur l’immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 2 « État étranger », « organisme d’un État étranger », « subdivision politique », 3, 4, 5, 6, 6.1, 7, 8, 14(1)c), 18.
State Immunity Act 1978 (R.-U.), 1978, ch. 33, art. 16(4).
Torture Victim Protection Act of 1991, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73, 28 U.S.C. § 1350.

Traités et autres instruments internationaux

Convention américaine relative aux droits de l’homme, 1144 R.T.N.U. 123, art. 10, 25(1).
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 1465 R.T.N.U. 85, préambule, art. 1, 2, 3, 4, 5(1)a), c), (2), 11, 12, 13, 14, 16, 17, 19.
Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 [*Convention européenne des droits de l’homme*], art. 3, 5(5), 13.
Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 40, 53, 79.
Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, art. 2(1)b)iv). New York : Nations Unies, 2004 [non encore en vigueur].
Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 660 R.T.N.U. 195, art. 6.
Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, A.G. Rés. 45/158, Doc. N.U. A/Res/45/158, 18 décembre 1990, art. 15, 16(9), 18(6), 83.
Convention relative aux droits de l’enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 39.

(XXX), U.N. Doc. A/3452/XXX, December 9, 1975, art. 3.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 660 U.N.T.S. 195, art. 6.

International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, G.A. Res. 45/158, U.N. Doc. A/Res/45/158, December 18, 1990, arts. 15, 16(9), 18(6), 83.

International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, arts. 2, 7, 9 to 14.

Rome Statute of the International Criminal Court, U.N. Doc. A/CONF.183/9, July 17, 1998.

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, s. 2(1)(b)(iv). New York: United Nations, 2004 [not yet in force].

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), arts. 5, 8.

Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 40, 53, 79.

Authors Cited

Arbour, J.-Maurice, et Geneviève Parent. *Droit international public*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2012.

Bassiouni, M. Cherif. “International Recognition of Victims’ Rights” (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 203.

Batros, Ben, and Philippa Webb. “Accountability for Torture Abroad and the Limits of the Act of State Doctrine: Comments on *Habib v. Commonwealth of Australia*” (2010), 8 *J.I.C.J.* 1153.

Beaulac, Stéphane. “‘Texture ouverte’, droit international et interprétation de la Charte canadienne”, in Errol Mendes and Stéphane Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013, 191.

Besner, Jennifer, and Amir Attaran. “Civil liability in Canada’s courts for torture committed abroad: The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can)” (2008), 16 *Tort L. Rev.* 150.

Bradley, Curtis A., and Laurence R. Helfer. “International Law and the U.S. Common Law of Foreign Official Immunity” (2010), *Sup. Ct. Rev.* 213.

Brierly, James L. *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1963.

Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. “A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts” (2002), 40 *Can. Y.B. Int’l L.* 3.

Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d’abus de pouvoir, A.G. Rés. 40/34, Doc. N.U. A/Res/40/34, 29 novembre 1985.

Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A.G. Rés. 3452 (XXX), Doc. N.U. A/3452/XXX, 9 décembre 1975, art. 3.

Déclaration universelle des droits de l’homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 5, 8.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 2, 7, 9 à 14.

Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l’homme et de violations graves du droit international humanitaire, A.G. Rés/60/147, Doc. N.U. A/Res/60/147, 16 décembre 2005.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Doc. N.U. A/CONF.183/9, 17 juillet 1998.

Statut du Tribunal militaire international, 82 R.T.N.U. 279, art. 8.

Doctrine et autres documents cités

Arbour, J.-Maurice, et Geneviève Parent. *Droit international public*, 6^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2012.

Bassiouni, M. Cherif. « International Recognition of Victims’ Rights » (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 203.

Batros, Ben, and Philippa Webb. « Accountability for Torture Abroad and the Limits of the Act of State Doctrine : Comments on *Habib v. Commonwealth of Australia* » (2010), 8 *J.I.C.J.* 1153.

Beaulac, Stéphane. « “Texture ouverte”, droit international et interprétation de la Charte canadienne », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2013, 191.

Besner, Jennifer, and Amir Attaran. « Civil liability in Canada’s courts for torture committed abroad : The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can) » (2008), 16 *Tort L. Rev.* 150.

Bradley, Curtis A., and Laurence R. Helfer. « International Law and the U.S. Common Law of Foreign Official Immunity » (2010), *Sup. Ct. Rev.* 213.

Brierly, James L. *The Law of Nations : An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed. Oxford : Clarendon Press, 1963.

Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002), 40 *Can. Y.B. Int’l L.* 3.

- Byrnes, Andrew. “Civil Remedies for Torture Committed Abroad: An Obligation under the Convention against Torture?”, in Craig M. Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*. Oxford: Hart, 2001, 537.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, No. 60, 1st Sess., 32nd Parl., February 4, 1982, p. 32.
- Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. *Legislative Summary of Bill C-10: An Act to enact the Justice for Victims of Terrorism Act and to amend the State Immunity Act, the Criminal Code, the Controlled Drugs and Substances Act, the Corrections and Conditional Release Act, the Youth Criminal Justice Act, the Immigration and Refugee Protection Act and other Acts*, by Laura Barnett et al., Legal and Legislative Affairs Division, and Julie Béchar, Social Affairs Division, October 5, 2011, revised February 17, 2012.
- Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Currie, John H. *Public International Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
- Currie, John H., Craig Forcese, Joanna Harrington and Valerie Oosterveld. *International Law: Doctrine, Practice, and Theory*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2014.
- Dwertmann, Eva. *The Reparation System of the International Criminal Court: Its Implementation, Possibilities and Limitations*. Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2010.
- Emanuelli, Claude. *Droit international public: Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
- Forcese, Craig. “De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity” (2007), 52 *McGill L.J.* 127.
- Fox, Hazel. “State Immunity and the International Crime of Torture”, [2006] *E.H.R.L.R.* 142.
- Fox, Hazel, and Philippa Webb. *The Law of State Immunity*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Gattini, Andrea. “Reparations to Victims”, in Antonio Cassese, ed., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. New York: Oxford University Press, 2009, 487.
- International Law Association. Committee on International Human Rights Law and Practice. *Interim report on the impact of the work of the United Nations human rights treaty bodies on national courts and tribunals*, 2002 (online: <http://hdl.handle.net/1885/41106>).
- Byrnes, Andrew. « Civil Remedies for Torture Committed Abroad : An Obligation under the Convention against Torture? », in Craig M. Scott, ed., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*. Oxford : Hart, 2001, 537.
- Canada. Bibliothèque du Parlement. Service d'information et de recherche parlementaires. *Résumé législatif du projet de loi C-10 : Loi édictant la Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme et modifiant la Loi sur l'immunité des États, le Code criminel, la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et d'autres lois*, par Laura Barnett et autres, Division des affaires juridiques et législatives, et Julie Béchar, Division des affaires sociales, 5 octobre 2011, révisé le 17 février 2012.
- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, n° 60, 1^{re} sess., 32^e lég., 4 février 1982, p. 32.
- Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2005.
- Currie, John H. *Public International Law*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2008.
- Currie, John H., Craig Forcese, Joanna Harrington and Valerie Oosterveld. *International Law : Doctrine, Practice, and Theory*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2014.
- Dwertmann, Eva. *The Reparation System of the International Criminal Court : Its Implementation, Possibilities and Limitations*. Leiden, The Netherlands : Martinus Nijhoff, 2010.
- Emanuelli, Claude. *Droit international public : Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 3^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010.
- Forcese, Craig. « De-immunizing Torture : Reconciling Human Rights and State Immunity » (2007), 52 *R.D. McGill* 127.
- Fox, Hazel. « State Immunity and the International Crime of Torture », [2006] *E.H.R.L.R.* 142.
- Fox, Hazel, and Philippa Webb. *The Law of State Immunity*, 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2013.
- Gattini, Andrea. « Reparations to Victims », in Antonio Cassese, ed., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. New York : Oxford University Press, 2009, 487.

- Koh, Harold Hongju. "Memorandum Opinion on the Geographic Scope of the Convention Against Torture and Its Application in Situations of Armed Conflict", U.S. Department of State, January 21, 2013.
- Koh, Harold Hongju. "Transnational Public Law Litigation" (1991), 100 *Yale L.J.* 2347.
- Larocque, François. *Civil Actions for Uncivilized Acts: The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings*. Toronto: Irwin Law, 2010.
- Larocque, François. "La Loi sur l'immunité des États canadienne et la torture" (2010), 55 *McGill L.J.* 81.
- LeBel, Louis, and Gloria Chao. "The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23.
- MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, chapter 11, "The Obligation of Reparation". Oxford: Clarendon Press, 1982.
- Mazzeschi, Riccardo Pisillo. "Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview" (2003), 1 *J.I.C.J.* 339.
- Nowak, Manfred, and Elizabeth McArthur, with the contribution of Kerstin Buchinger et al. *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- O'Flaherty, Michael. "The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies" (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 27.
- Perry, Stephen R. "The Moral Foundations of Tort Law" (1992), 77 *Iowa L. Rev.* 449.
- Ranganathan, Prasanna. "Survivors of Torture, Victims of Law: Reforming State Immunity in Canada by Developing Exceptions for Terrorism and Torture" (2008), 71 *Sask. L. Rev.* 343.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Trumbull, Charles P., IV. "The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings" (2008), 29 *Mich. J. Int'l L.* 777.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Report of the independent expert on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1998/43*. U.N. Doc. E/CN.4/1999/65, February 8, 1999.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Revised set of basic principles and guidelines on the right to reparation for victims of gross violations of human*
- International Law Association. Committee on International Human Rights Law and Practice. *Interim report on the impact of the work of the United Nations human rights treaty bodies on national courts and tribunals*, 2002 (online : <http://hdl.handle.net/1885/41106>).
- Koh, Harold Hongju. « Memorandum Opinion on the Geographic Scope of the Convention Against Torture and Its Application in Situations of Armed Conflict », U.S. Department of State, January 21, 2013.
- Koh, Harold Hongju. « Transnational Public Law Litigation » (1991), 100 *Yale L.J.* 2347.
- Larocque, François. *Civil Actions for Uncivilized Acts : The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings*. Toronto : Irwin Law, 2010.
- Larocque, François. « La Loi sur l'immunité des États canadienne et la torture » (2010), 55 *R.D. McGill* 81.
- LeBel, Louis, and Gloria Chao. « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation : Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23.
- MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy : Essays in Legal and Political Philosophy*, chapter 11, « The Obligation of Reparation ». Oxford : Clarendon Press, 1982.
- Mazzeschi, Riccardo Pisillo. « Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights : An Overview » (2003), 1 *J.I.C.J.* 339.
- Nations Unies. Collection des Traités. État de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, base de données TMDSG, État des traités, chapitre IV (9.), PDF (en ligne : <https://treaties.un.org>).
- Nations Unies. Comité contre la torture. *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention*. Doc. N.U. CAT/C/CR/34/CAN, 7 juillet 2005.
- Nations Unies. Comité contre la torture. *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention*. Doc. N.U. CAT/C/CAN/CO/6, 25 juin 2012.
- Nations Unies. Comité contre la torture. *Observation générale n° 3 (2012) : Application de l'article 14 par les États parties*. Doc. N.U. CAT/C/GC/3, 13 décembre 2012.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Ensemble révisé de principes fondamentaux et de directives concernant le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire, établi par M. Theo van Boven*

- rights and humanitarian law prepared by Mr. Theo van Boven pursuant to Sub-Commission decision 1995/117. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/17, May 24, 1996.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Summary prepared by the Secretary-General in accordance with Commission resolution 18 (XXXIV)*. U.N. Doc. E/CN.4/1314, December 19, 1978.
- United Nations. Committee against Torture. *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention*. U.N. Doc. CAT/C/CR/34/CAN, July 7, 2005.
- United Nations. Committee against Torture. *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention*. U.N. Doc. CAT/C/CAN/CO/6, June 25, 2012.
- United Nations. Committee against Torture. *General comment No. 3 (2012): Implementation of article 14 by States parties*. U.N. Doc. CAT/C/GC/3, December 13, 2012.
- United Nations. International Law Commission. *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, Report of the International Law Commission, U.N. Doc. A/66/10/Add.1 (2011).
- United Nations. *Report of the Committee against Torture*. U.N. Doc. G.A. A/55/44 (2000).
- United Nations. *Review of Canada's Sixth Report on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 2012 (online: <http://www.pch.gc.ca>).
- United Nations. Treaty Collection. Status of *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, MTDSG Database, Status of Treaties, Chapter IV (9.), PDF (online: <https://treaties.un.org>).
- United States. Senate Report No. 249, 102nd Cong., 1st Sess. (1991).
- van Ert, Gib. *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
- Weinrib, Ernest. "The Special Morality of Tort Law" (1989), 34 *McGill L.J.* 403.
- Zegveld, Liesbeth. "Victims' Reparations Claims and International Criminal Courts: Incompatible Values?" (2010), 8 *J.I.C.J.* 79.
- en application de la décision 1995/117 de la Sous-Commission. Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 mai 1996.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Rapport de l'expert indépendant M. Cherif Bassiouni, sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, présenté en application de la résolution 1998/43 de la Commission des droits de l'homme*. Doc. N.U. E/CN.4/1999/65, 8 février 1999.
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Résumé établi par le Secrétaire général conformément à la résolution 18 (XXXIV) de la Commission*. Doc. N.U. E/CN.4/1314, 19 décembre 1978.
- Nations Unies. Commission du droit international. *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, Rapport de la Commission du droit international, Doc. N.U. A/66/10/Add.1 (2011).
- Nations Unies. *Examen du sixième rapport du Canada sur la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 2012 (en ligne : <http://www.pch.gc.ca>).
- Nations Unies. *Rapport du Comité contre la torture*. Doc. N.U. A.G. A/55/44 (2000).
- Nowak, Manfred, and Elizabeth McArthur, with the contribution of Kerstin Buchinger et al. *The United Nations Convention Against Torture : A Commentary*. Oxford : Oxford University Press, 2008.
- O'Flaherty, Michael. « The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies » (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 27.
- Perry, Stephen R. « The Moral Foundations of Tort Law » (1992), 77 *Iowa L. Rev.* 449.
- Ranganathan, Prasanna. « Survivors of Torture, Victims of Law : Reforming State Immunity in Canada by Developing Exceptions for Terrorism and Torture » (2008), 71 *Sask. L. Rev.* 343.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Trumbull, Charles P., IV. « The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings » (2008), 29 *Mich. J. Int'l L.* 777.
- United States. Senate Report No. 249, 102nd Cong., 1st Sess. (1991).
- van Ert, Gib. *Using International Law in Canadian Courts*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2008.
- Weinrib, Ernest. « The Special Morality of Tort Law » (1989), 34 *R.D. McGill* 403.
- Zegveld, Liesbeth. « Victims' Reparations Claims and International Criminal Courts : Incompatible Values? » (2010), 8 *J.I.C.J.* 79.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morissette, Wagner and Gascon J.J.A.), 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, 265 C.R.R. (2d) 265, 354 D.L.R. (4th) 385, [2012] AZ-50886272, [2012] Q.J. No. 7754 (QL), 2012 CarswellQue 8098, reversing in part a decision of Mongeon J., 2011 QCCS 196, 330 D.L.R. (4th) 1, 227 C.R.R. (2d) 233, [2011] AZ-50714217, [2011] Q.J. No. 412 (QL), 2011 CarswellQue 488. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Kurt A. Johnson, Mathieu Bouchard, Audrey Boctor and David Grossman, for the appellants.

No one appeared for the respondents the Islamic Republic of Iran, Ayatollah Sayyid Ali Khamenei, Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi.

Bernard Letarte and René LeBlanc, for the respondent the Attorney General of Canada.

Christopher D. Bredt and Heather Pessione, for the *amicus curiae*.

Jill Copeland and Emma Phillips, for the interveners the Canadian Lawyers for International Human Rights.

François Larocque and Alyssa Tomkins, for the interveners Amnistie internationale, Section Canada francophone.

Written submissions only by *Azim Hussain, Rahool P. Agarwal and Maureen R. A. Edwards*, for the intervener Redress Trust Ltd.

Written submissions only by *Daniel Sheppard and Tamara Morgenthau*, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Michael Sobkin, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Written submissions only by *David Matas, Monique Pongracic-Speier and Noemi Gal-Or*, for the intervener the Canadian Bar Association.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morissette, Wagner et Gascon), 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, 265 C.R.R. (2d) 265, 354 D.L.R. (4th) 385, [2012] AZ-50886272, [2012] Q.J. No. 7754 (QL), 2012 CarswellQue 8098, qui a infirmé en partie une décision du juge Mongeon, 2011 QCCS 196, 330 D.L.R. (4th) 1, 227 C.R.R. (2d) 233, [2011] AZ-50714217, [2011] Q.J. No. 412 (QL), 2011 CarswellQue 488. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Kurt A. Johnson, Mathieu Bouchard, Audrey Boctor et David Grossman, pour les appelants.

Personne n'a comparu pour les intimés la République islamique d'Iran, ayatollah Sayyid Ali Khamenei, Saeed Mortazavi et Mohammad Bakhshi.

Bernard Letarte et René LeBlanc, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Christopher D. Bredt et Heather Pessione, pour l'*amicus curiae*.

Jill Copeland et Emma Phillips, pour l'intervenante Canadian Lawyers for International Human Rights.

François Larocque et Alyssa Tomkins, pour l'intervenante Amnistie internationale, Section Canada francophone.

Argumentation écrite seulement par *Azim Hussain, Rahool P. Agarwal et Maureen R. A. Edwards*, pour l'intervenant Redress Trust Ltd.

Argumentation écrite seulement par *Daniel Sheppard et Tamara Morgenthau*, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Michael Sobkin, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *David Matas, Monique Pongracic-Speier et Noemi Gal-Or*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Christopher A. Wayland and Simon Chamberland, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

John Terry and Sarah Shody, for the intervener the Canadian Centre for International Justice.

John Norris and Carmen Cheung, for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law.

Babak Barin and Payam Akhavan, for the intervener the Iran Human Rights Documentation Center.

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

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] The death of Ms. Zahra Kazemi in Iran was nothing short of a tragedy. In an attempt to seek relief and redress, Ms. Kazemi's son and only child, Stephan Hashemi, instituted an action for damages on behalf of himself and his mother's estate against the Islamic Republic of Iran, its head of state, and two of its government officials. Mr. Hashemi and his mother's estate have appealed to this Court for a ruling that those who allegedly detained, tortured and killed Ms. Kazemi not be entitled to immunity by operation of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18 ("SIA" or "Act"), in order that their underlying claims be allowed to proceed.

[2] Despite the tragic fate of Ms. Kazemi, the current state of the law does not allow the appellants to sue the respondents for damages in a Canadian court. Foreign states, as well as their heads of state and public officials, are immune from civil suit in Canada except as expressly provided in the SIA. The SIA does not withdraw immunity in cases

Christopher A. Wayland et Simon Chamberland, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

John Terry et Sarah Shody, pour l'intervenant le Centre canadien pour la justice internationale.

John Norris et Carmen Cheung, pour les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law.

Babak Barin et Payam Akhavan, pour l'intervenant Iran Human Rights Documentation Center.

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

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] La mort de M^{me} Zahra Kazemi a été une véritable tragédie. Pour obtenir réparation, son fils unique, Stephan Hashemi, a intenté une action en dommages-intérêts en son propre nom et au nom de la succession de sa mère contre la République islamique d'Iran, son chef d'État et deux de ses fonctionnaires. M. Hashemi et la succession de sa mère ont interjeté appel devant la Cour afin que cette dernière décide que les responsables présumés de la détention de M^{me} Kazemi, de la torture dont elle a été victime et de son décès ne bénéficient pas de l'immunité en application de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18 (« LIÉ » ou « loi ») afin que les réclamations sous-jacentes puissent suivre leur cours.

[2] Malgré le destin tragique de M^{me} Kazemi, l'état actuel du droit ne permet pas aux appelants de poursuivre les intimés en dommages-intérêts devant un tribunal canadien. Les États étrangers, de même que leurs dirigeants et leurs fonctionnaires, demeurent à l'abri de poursuites civiles au Canada, sauf dans les cas expressément prévus par la LIÉ.

alleging acts of torture committed abroad. Put differently, the Parliament of Canada has chosen to embrace principles of comity and state sovereignty over the interests of individuals wishing to sue a foreign state in Canadian courts for acts of torture committed abroad. I conclude that this choice is not contrary to international law, the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III (“*Bill of Rights*”), or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Facts

[3] The facts, taken as true in the court of first instance, are horrific.

[4] Zahra Kazemi, a Canadian citizen, visited Iran in 2003 as a freelance photographer and journalist. On or about June 23, 2003, Ms. Kazemi went to take photographs of individuals protesting against the arrest and detention of their family members outside the Evin prison in Tehran. During that time, Ms. Kazemi was ordered arrested and detained by Mr. Mortazavi, Tehran’s Chief Public Prosecutor. She was detained in the very prison that she was photographing.

[5] During her time in custody, Ms. Kazemi was not permitted to contact counsel, the Canadian embassy, or her family. She was interrogated by Iranian authorities. She was beaten. She was sexually assaulted. She was tortured.

[6] Eventually, some time prior to July 6, 2003, Ms. Kazemi was taken from the prison and transferred to a hospital in Tehran. She was unconscious upon her arrival. She had suffered a brain injury. Other injuries included a fractured nose, a crushed eardrum, strip-like wounds on her back and the back of her legs, fractured bones and broken nails on her hands and toes, and extensive trauma on and around her genital area.

Or, cette dernière ne retire pas l’immunité dans les cas de torture qui aurait été infligée à l’étranger. En d’autres mots, le législateur canadien a choisi de privilégier les principes de courtoisie et de souveraineté des États par rapport aux intérêts d’individus qui souhaiteraient poursuivre un État étranger devant les tribunaux canadiens pour des actes de torture commis à l’étranger. J’estime que ce choix n’est contraire ni au droit international, ni à la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III, ni à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je rejetterais donc le pourvoi.

II. Faits

[3] Les faits, tenus pour avérés en première instance, sont horribles.

[4] Zahra Kazemi, une citoyenne canadienne, s’est rendue en Iran en 2003 comme photographe et journaliste pigiste. Le ou vers le 23 juin 2003, elle est allée photographier des personnes qui protestaient à l’extérieur de la prison d’Evin à Téhéran contre l’arrestation et la détention de leurs parents. M. Mortazavi, le procureur en chef des poursuites pénales de Téhéran, a alors ordonné son arrestation et sa détention. Elle a été détenue dans la prison même qu’elle photographiait.

[5] Durant son incarcération, M^{me} Kazemi n’a été autorisée à communiquer ni avec un avocat, ni avec l’ambassade canadienne, ni avec sa famille. Les autorités iraniennes l’ont interrogée. Elle a été battue. Elle a été agressée sexuellement. Elle a été torturée.

[6] Plus tard, quelque temps avant le 6 juillet 2003, M^{me} Kazemi a été transférée de la prison à un hôpital de Téhéran. Elle était inconsciente à son arrivée. Elle avait subi une lésion cérébrale et d’autres blessures, notamment une fracture du nez, l’écrasement d’un tympan, des lacérations sur le dos et derrière les jambes, des fractures et des bris des ongles sur les mains et les orteils ainsi que de graves lésions aux organes génitaux et autour de ceux-ci.

[7] While Ms. Kazemi was in hospital, no attempt was made by the Iranian authorities to notify Canadian consulate officials or Ms. Kazemi's family members of her condition. Even after Ms. Kazemi's mother, a resident of Iran, was unofficially informed that her daughter was in hospital, she was largely forbidden from having contact with her. However, with the knowledge that her daughter was hospitalized, Ms. Kazemi's mother and other members of her family in Iran began to contact Canadian consular officials and Ms. Kazemi's son.

[8] On or about July 10, 2003, Canadian officials visited the hospital in which Ms. Kazemi was receiving care. Doctors informed these officials that Ms. Kazemi was medically brain dead and had no expectation of recovery. During this time, Ms. Kazemi's son and mother attempted to obtain independent medical assistance for Ms. Kazemi and to arrange for her transport to Canada for further treatment. Despite their wishes, the medical staff at the hospital removed Ms. Kazemi from life support and pronounced her dead. On July 12, the Iranian government officially announced Ms. Kazemi's death through the Islamic Republic News Agency. A later report confirmed that Ms. Kazemi had died as a result of sustaining a blow to the head while in custody.

[9] After her death, the Iranian government ordered an autopsy. In doing so, the government did not consult with Ms. Kazemi's family. Further, officials did not release the results of the autopsy to Ms. Kazemi's family or Canadian officials. Following the autopsy, Ms. Kazemi was buried in Iran, despite her son's requests that her remains be sent to Canada for burial.

[10] In late July, the Iranian government commissioned an investigation into Ms. Kazemi's death. Despite a report linking members of the judiciary and the Office of the Prosecutor to Ms. Kazemi's torture and subsequent death, only one individual,

[7] Durant l'hospitalisation de M^{me} Kazemi, les autorités iraniennes n'ont rien fait pour informer les représentants consulaires canadiens ou les membres de sa famille de son état. Même après que la mère de M^{me} Kazemi, qui résidait en Iran, eut été prévenue par des sources non officielles que sa fille se trouvait à l'hôpital, on lui a interdit en bonne partie d'être en contact avec elle. Toutefois, au courant de l'hospitalisation de M^{me} Kazemi, sa mère et d'autres membres de sa famille vivant en Iran ont communiqué avec des représentants consulaires canadiens et avec son fils.

[8] Le ou vers le 10 juillet 2003, des fonctionnaires canadiens se sont rendus à l'hôpital où M^{me} Kazemi recevait des soins. Des médecins leur ont déclaré que M^{me} Kazemi était cliniquement morte et qu'elle n'avait aucune chance de se rétablir. Pendant ce temps, son fils et sa mère ont tenté de lui obtenir des soins médicaux indépendants et de la faire transporter au Canada pour qu'elle y reçoive d'autres traitements. Contrairement à leur volonté, le personnel médical de l'hôpital a débranché M^{me} Kazemi du système de maintien de la vie auquel elle était reliée et l'a déclarée morte. Le gouvernement iranien a officiellement annoncé le décès de M^{me} Kazemi le 12 juillet par l'entremise de l'Agence de presse de la République islamique. Un rapport subséquent a confirmé que M^{me} Kazemi était morte des suites d'un coup porté à sa tête pendant sa détention.

[9] Après le décès de M^{me} Kazemi, le gouvernement iranien a ordonné qu'une autopsie soit pratiquée. À cette occasion, le gouvernement n'a pas consulté la famille de la défunte. De plus, les autorités n'ont communiqué les résultats de l'autopsie ni à sa famille ni aux fonctionnaires canadiens. À la suite de l'autopsie, M^{me} Kazemi a été ensevelie en Iran même si son fils avait demandé que ses restes soient envoyés au Canada pour qu'ils y soient inhumés.

[10] À la fin juillet, le gouvernement iranien a ordonné la tenue d'une enquête relativement à la mort de M^{me} Kazemi. Malgré l'existence d'un rapport impliquant des juges et le Bureau du procureur dans la torture de M^{me} Kazemi et sa mort subséquente,

Mr. Reza Ahmadi, was tried. The trial was marked by a lack of transparency. Mr. Ahmadi was acquitted. In short, it was impossible for Ms. Kazemi and her family to obtain justice in Iran.

[11] In June 2006, Mr. Hashemi moved to institute proceedings in the Superior Court of the Province of Quebec on his own behalf and in his capacity as liquidator for the estate of his mother. Mr. Hashemi brought proceedings against (1) the Islamic Republic of Iran, (2) Iran's head of state, the Ayatollah Sayyid Ali Khamenei, (3) Saeed Mortazavi, the Chief Public Prosecutor of Tehran, and (4) Mohammad Bakhshi, the former Deputy Chief of Intelligence of the Evin Prison. The action sought: (a) \$5,000,000 for the estate of the late Zahra Kazemi as a result of her physical, psychological, and emotional pain and suffering, plus \$5,000,000 in punitive damages, and (b) \$5,000,000 for the psychological and emotional prejudice caused to Mr. Hashemi personally by the loss of his mother, plus \$2,000,000 in punitive damages.

[12] The defendants, named as respondents in this appeal, brought a motion to dismiss the action on the basis of state immunity. The defendants appointed counsel and took part in the litigation in the Superior Court and in the Court of Appeal in order to argue the absence of jurisdiction of Canadian courts. They were not represented in the appeal to this Court.

[13] Mr. Hashemi and Ms. Kazemi's estate responded to the motion to dismiss both by raising exceptions provided in the *SIA* and by challenging the constitutionality of certain provisions of the *SIA*.

[14] The motion to institute proceedings, the motion to dismiss, and the matter of the constitutionality of the Act were decided by Mongeon J. of the Quebec Superior Court on January 25, 2011.

un seul individu a été traduit en justice, M. Reza Ahmadi. Son procès a été marqué par un manque de transparence. M. Ahmadi a été acquitté. Bref, il était impossible pour M^{me} Kazemi et sa famille d'obtenir justice en Iran.

[11] En juin 2006, M. Hashemi a déposé une requête introductive d'instance devant la Cour supérieure de la province de Québec en son propre nom et à titre de liquidateur de la succession de sa mère. Cette poursuite visait (1) la République islamique d'Iran, (2) le chef d'État de l'Iran, l'ayatollah Sayyid Ali Khamenei, (3) Saeed Mortazavi, le procureur en chef des poursuites pénales de Téhéran et (4) Mohammad Bakhshi, l'ancien chef adjoint du renseignement à la prison d'Evin. L'action réclamait : a) 5 000 000 \$ au nom de la succession de feu Zahra Kazemi pour les douleurs et souffrances physiques, psychologiques et émotionnelles qu'elle a subies, de même que 5 000 000 \$ en dommages-intérêts punitifs et b) 5 000 000 \$ pour le préjudice psychologique et émotionnel qu'a causé à M. Hashemi personnellement la perte de sa mère, en plus de 2 000 000 \$ en dommages-intérêts punitifs.

[12] Les défendeurs, qui sont intimés dans le présent pourvoi, ont demandé par requête le rejet de l'action en raison de l'immunité des États. Ils ont mandaté un avocat et ont pris part au litige en Cour supérieure et en Cour d'appel pour y plaider l'absence de juridiction des tribunaux canadiens. Ils n'étaient toutefois pas représentés dans le cadre du pourvoi devant la Cour.

[13] M. Hashemi et la succession de M^{me} Kazemi ont répondu à la requête en rejet des deux demandes en invoquant des exceptions prévues par la *LIÉ* et en contestant la constitutionnalité de certaines des dispositions de cette loi.

[14] Le juge Mongeon, de la Cour supérieure du Québec, a été saisi de la requête introductive d'instance, de la requête en rejet et de la question de la constitutionnalité de la *LIÉ* et a rendu jugement le 25 janvier 2011.

III. Relevant Statutory Provisions

[15] As was the case before the lower courts, the constitutionality of ss. 3 and 6 of the *SIA* is at issue in this appeal. The following provisions are relevant to this appeal:

State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18

2. In this Act,

. . . .

“foreign state” includes

(a) any sovereign or other head of the foreign state or of any political subdivision of the foreign state while acting as such in a public capacity,

(b) any government of the foreign state or of any political subdivision of the foreign state, including any of its departments, and any agency of the foreign state, and

(c) any political subdivision of the foreign state;

. . . .

3. (1) Except as provided by this Act, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada.

(2) In any proceedings before a court, the court shall give effect to the immunity conferred on a foreign state by subsection (1) notwithstanding that the state has failed to take any step in the proceedings.

. . . .

5. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to any commercial activity of the foreign state.

6. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to

(a) any death or personal or bodily injury, or

(b) any damage to or loss of property

that occurs in Canada.

III. Dispositions législatives pertinentes

[15] Comme cela a été le cas devant les cours d’instance inférieure, la constitutionnalité des art. 3 et 6 de la *LIÉ* est en cause dans le présent pourvoi. Les dispositions suivantes sont pertinentes pour trancher ce dernier :

Loi sur l’immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . . .

« État étranger » Sont assimilés à un État étranger :

a) le chef ou souverain de cet État ou d’une subdivision politique de celui-ci, dans l’exercice de ses fonctions officielles;

b) le gouvernement et les ministères de cet État ou de ses subdivisions politiques, ainsi que les organismes de cet État;

c) les subdivisions politiques de cet État.

. . . .

3. (1) Sauf exceptions prévues dans la présente loi, l’État étranger bénéficie de l’immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada.

(2) Le tribunal reconnaît d’office l’immunité visée au paragraphe (1) même si l’État étranger s’est abstenu d’agir dans l’instance.

. . . .

5. L’État étranger ne bénéficie pas de l’immunité de juridiction dans les actions qui portent sur ses activités commerciales.

6. L’État étranger ne bénéficie pas de l’immunité de juridiction dans les actions découlant :

a) des décès ou dommages corporels survenus au Canada;

b) des dommages aux biens ou perte de ceux-ci survenus au Canada.

IV. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, 2011 QCCS 196, 330 D.L.R. (4th) 1*

[16] In the Superior Court, Mongeon J. addressed four main issues:

- (1) Are there any unwritten exceptions to state immunity which might allow the plaintiffs' action to proceed?
- (2) Assuming that the *SIA* is constitutionally valid, can the plaintiffs invoke the exception to immunity under s. 6(a) of the *SIA*?
- (3) Does the *SIA*, assuming that it is constitutionally valid, grant immunity to the defendants Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi?
- (4) If the claim cannot proceed against all the defendants, are the barring provisions of the *SIA* constitutionally valid?

[17] In response to the first issue, Mongeon J. concluded that the *SIA* exhaustively captures the law of state immunity. In his view, all of the legal principles surrounding state immunity, and all of the exceptions to state immunity, are expressly contained in the Act (para. 48). In Mongeon J.'s opinion, based on current case law and the wording of the *SIA*, no unwritten exceptions to state immunity at common law, in international law, or in international treaties would allow the plaintiffs' claims to proceed.

[18] With regard to the exception to immunity found in s. 6(a) of the *SIA*, Mongeon J. drew a distinction between the claim of Ms. Kazemi's estate and her son's claim. While the bodily injuries of Ms. Kazemi were suffered in Iran, Mr. Hashemi suffered his injuries in Canada. As a result, Mongeon J. held that Ms. Kazemi's estate could not raise the exception to state immunity under s. 6(a). However, he concluded that Mr. Hashemi's personal action could potentially

IV. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2011 QCCS 196, 330 D.L.R. (4th) 1*

[16] En Cour supérieure, le juge Mongeon a examiné quatre questions principales :

- (1) Existe-t-il des exceptions non écrites à l'immunité de juridiction qui autoriseraient la continuation de l'action des demandeurs?
- (2) À supposer que la *LIÉ* soit constitutionnelle, les demandeurs peuvent-ils invoquer l'exception à l'immunité prévue par l'al. 6a) de la *LIÉ*?
- (3) À supposer que cette loi soit constitutionnelle, la *LIÉ* accorde-t-elle l'immunité aux défendeurs MM. Mortazavi et Bakhshi?
- (4) Si la poursuite ne peut suivre son cours contre tous les défendeurs, les dispositions de la *LIÉ* qui y font obstacle sont-elles constitutionnelles?

[17] En réponse à la première question, le juge Mongeon a conclu que la *LIÉ* traite exhaustivement du droit à l'immunité des États. Selon lui, l'ensemble des principes de droit régissant l'immunité des États et toutes les exceptions à cette immunité s'y retrouvent expressément (par. 48). Compte tenu de la jurisprudence actuelle et du libellé de la *LIÉ*, le juge Mongeon estime qu'il n'existe en common law, en droit international ou dans les traités internationaux aucune exception non écrite à cette immunité susceptible de permettre la continuation des réclamations des demandeurs.

[18] Dans le cas de l'exception à l'immunité énoncée à l'al. 6a) de la *LIÉ*, le juge Mongeon a établi une distinction entre la réclamation de la succession de M^{me} Kazemi et celle de son fils. Bien que M^{me} Kazemi ait subi ses lésions corporelles en Iran, M. Hashemi a subi ses propres dommages au Canada. Le juge Mongeon a donc conclu que la succession de M^{me} Kazemi ne pouvait pas invoquer l'exception à l'immunité des États prévue à l'al. 6a)

fall within that exception. Relying on *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, Mongeon J. acknowledged that mental distress could be considered a “personal . . . injury” within the meaning of the Act if the alleged injury manifested itself physically. In Mongeon J.’s view, if Mr. Hashemi could prove that the psychological trauma he suffered affected his physical integrity, or was equivalent to “nervous shock”, the exception set out at s. 6(a) would apply and the defendants would be deprived of immunity (para. 92). As a result, Mongeon J. was not prepared to summarily dismiss Mr. Hashemi’s case against the defendants.

[19] Next, Mongeon J. considered whether the *SIA* grants immunity to the individual defendants Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi. He addressed the issue of whether “employees of the state acting in their capacity as employees” were included in the statutory definition of “foreign state” (para. 105). In his view, granting immunity to a governmental department, yet withholding immunity from its functionaries, “would render the *State Immunity Act* ineffective and inoperative” (para. 112). Mongeon J. concluded that the immunity provisions of the *SIA* should apply to the individual defendants regardless of the nature of the acts they are alleged to have committed.

[20] Finally, Mongeon J. addressed the constitutionality of the *SIA*. In particular, he considered whether s. 3(1) of the *SIA* contravenes ss. 2(e) and 2(a) of the *Canadian Bill of Rights* and ss. 7 and 9 of the *Charter*.

[21] Mongeon J. concluded that s. 2(e) of the *Bill of Rights* does not create a right to recourse where the law does not otherwise provide for such recourse. Rather, in his view, s. 2(e) merely ensures that when a hearing procedure is foreseen, it will be conducted fairly before an administrative body or tribunal. Having found that the plaintiffs did not have the right to sue a foreign authority except as

de la *LIE*. Il a toutefois également conclu que l’action personnelle intentée par M. Hashemi relèverait possiblement de cette exception. Se fondant sur l’arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, le juge Mongeon a reconnu que la souffrance morale alléguée pouvait être considérée comme un « dommage corporel » au sens où il faut l’entendre pour l’application de la loi, si cette souffrance se manifestait physiquement. Toujours à son avis, si M. Hashemi pouvait démontrer que le traumatisme psychologique qu’il avait subi a porté atteinte à son intégrité physique ou équivalait à un [TRADUCTION] « choc nerveux », l’exception de l’al. 6a) s’appliquerait et les défendeurs seraient privés de l’immunité (par. 92). En conséquence, le juge Mongeon n’était pas disposé à rejeter sommairement la poursuite intentée par M. Hashemi contre les défendeurs.

[19] Le juge Mongeon s’est ensuite demandé si la *LIE* accorde l’immunité aux défendeurs Saeed Mortazavi et Mohammad Bakhshi. Il a cherché à déterminer si les [TRADUCTION] « fonctionnaires agissant en cette qualité » étaient visés par la définition légale d’« État étranger » (par. 105). À son avis, le fait d’attribuer l’immunité à un ministère tout en la refusant à ses employés « rendrait sans effet et inopérante la *Loi sur l’immunité des États* » (par. 112). Le juge Mongeon a donc conclu que les dispositions de la *LIE* relatives à l’immunité devraient s’appliquer aux individus défendeurs, sans égard à la nature des actes qu’ils auraient commis.

[20] Enfin, le juge Mongeon s’est penché sur la constitutionnalité de la *LIE*. Plus particulièrement, il s’est demandé si le par. 3(1) de cette loi contrevient aux al. 2e) et 2a) de la *Déclaration canadienne des droits* et aux art. 7 et 9 de la *Charte*.

[21] Le juge Mongeon a décidé que l’al. 2e) de la *Déclaration des droits* ne confère pas un droit de recours lorsque le droit n’accorde pas autrement un tel recours. À son avis, cet alinéa garantit seulement, le cas échéant, le déroulement équitable des audiences devant des organes ou des tribunaux administratifs. Ayant décidé que les demandeurs n’avaient pas le droit de poursuivre une autorité

provided by the exceptions of the *SIA*, Mongeon J. held that s. 2(e) did not assist them.

[22] Mongeon J. also determined that the plaintiffs' claim under s. 2(a) of the *Bill of Rights* had no merit. In his view, the *SIA* did not "authorize" Ms. Kazemi's detention. The *SIA* only prevents the plaintiffs from claiming damages in Canada in the aftermath of such detention.

[23] Mongeon J. then went on to consider the *Charter*. In his view, the causal connection between the plaintiffs' suffering and the action of the Canadian government was insufficient. He found that the application of the *SIA* did not cause the breach of Mr. Hashemi's or Ms. Kazemi's s. 7 *Charter* rights.

[24] In the result, Mongeon J. allowed the defendants' motion to dismiss the action with respect to the estate of Ms. Kazemi but dismissed the motion with respect to the recourse sought by Mr. Hashemi personally.

B. *Quebec Court of Appeal, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567*

[25] The Quebec Court of Appeal dismissed the appeal of the estate of Ms. Kazemi and allowed the defendants' appeal with respect to Mr. Hashemi's claim. Morissette J.A., writing for a unanimous court, addressed the same issues as those determined by Mongeon J.

[26] Morissette J.A. rejected the argument made by Mr. Hashemi and the estate that the language of the *SIA* is ambiguous because current customary international law, which has evolved subsequent to the enactment of the statute, recognizes exceptions to state immunity that are not included in the Act (para. 40). In the view of Morissette J.A., the language of the statute was clear and unambiguous: the only exceptions to state immunity recognized in Canada are those that are explicitly set out in the *SIA* (para. 42). Further, relying on the recent case of *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece*

étrangère sauf dans les cas d'exceptions prévues par la *LIÉ*, le juge Mongeon a conclu que l'al. 2e) ne leur était d'aucun secours.

[22] Le juge Mongeon a également conclu que la réclamation des demandeurs reposant sur l'al. 2a) de la *Déclaration des droits* n'était pas fondée. Selon lui, la *LIÉ* n'avait pas « autorisé » la détention de M^{me} Kazemi. Son seul effet était d'empêcher les demandeurs de réclamer au Canada des dommages-intérêts par suite de cette détention.

[23] Le juge Mongeon a ensuite examiné l'application de la *Charte*. Le lien de causalité entre la souffrance des demandeurs et l'intervention du gouvernement canadien lui a paru insuffisant. Selon lui, l'application de la *LIÉ* ne se situait pas à l'origine de l'atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* à M. Hashemi ou à M^{me} Kazemi.

[24] Le juge Mongeon a donc accueilli la requête en rejet de l'action présentée par les défendeurs à l'égard de la succession de M^{me} Kazemi, mais a rejeté la requête relative au recours intenté par M. Hashemi en son propre nom.

B. *Cour d'appel du Québec, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567*

[25] La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel de la succession de M^{me} Kazemi et accueilli celui des défendeurs quant à la réclamation de M. Hashemi. Dans un jugement unanime, le juge Morissette a abordé les questions que le juge Mongeon avait déjà examinées en Cour supérieure.

[26] En appel, le juge Morissette a rejeté l'argument de M. Hashemi et de la succession selon lequel le libellé de la *LIÉ* serait ambigu parce que le droit international coutumier actuel, qui représente l'évolution des règles établies au moment de l'adoption de la loi, reconnaît des exceptions supplémentaires à l'immunité des États que ne mentionne pas la *LIÉ* (par. 40). De l'avis du juge Morissette, le texte de la loi est clair et sans équivoque : les seules exceptions à l'immunité des États reconnues au Canada sont celles énoncées expressément dans la *LIÉ* (par. 42). En outre, sur la base de l'arrêt *Immunités*

intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99 (“*Germany v. Italy*”), before the International Court of Justice (“I.C.J.”), Morissette J.A. confirmed that there is no rule of customary international law which overrides state immunity for serious international crimes, even when there are no alternative means for securing redress (para. 55). Finally, on this issue, Morissette J.A. added that art. 14 of the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1465 U.N.T.S. 85 (“CAT”) and the Committee against Torture’s interpretation of that article offered no assistance to the appellants. In his view, art. 14 was largely ambiguous, and the Committee against Torture’s interpretation of the article did not have the force of law (paras. 57-59).

[27] Morissette J.A. made two further conclusions pertaining to s. 6(a) of the *SIA*. First, he rejected the argument that, for the exception in s. 6 to apply, the tortious act causing the injury must necessarily have occurred in Canada. Rather, the s. 6 exception could apply where the acts causing the injury had taken place in a foreign state but where the injury manifests itself in Canada. However, Morissette J.A. ultimately found that s. 6(a) was of no assistance to Mr. Hashemi because that section requires the claimant to have suffered “a breach of physical integrity, not simply psychological or psychic integrity” (para. 82 (emphasis deleted)). Mr. Hashemi suffered no such injury.

[28] Next, Morissette J.A. considered whether the defendants Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi should benefit from state immunity. In his view, Mongeon J. was correct in concluding that “individual agents of a foreign state” are granted immunity by the Act (para. 93). He also rejected the argument that the treatment of Ms. Kazemi at the hands of the foreign officials was so egregious that those actions could not fall under the umbrella of “official activity” which attracts immunity (para. 97). In his view, the concept of torture itself necessarily involves the acquiescence

juridictionnelles de l’État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99 (« *Allemagne c. Italie* »), rendu récemment par la Cour internationale de justice (« C.I.J. »), le juge Morissette a conclu qu’aucune règle de droit international coutumier ne primait l’immunité des États dans le cas des crimes internationaux graves, même en l’absence d’autres moyens d’obtenir réparation (par. 55). Enfin, le juge Morissette a ajouté à ce sujet que l’art. 14 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 1465 R.T.N.U. 85 (« CCT ») et l’interprétation donnée à cet article par le Comité contre la torture n’étaient d’aucune utilité pour les appelants. À son avis, l’art. 14 est en grande partie ambigu, et l’interprétation que lui donne le Comité contre la torture n’a pas force de loi (par. 57-59).

[27] Le juge Morissette a formulé deux conclusions supplémentaires au sujet de l’al. 6a) de la *LIÉ*. Premièrement, il a rejeté l’argument selon lequel l’acte délictueux ayant causé la blessure devait avoir été commis au Canada pour que s’applique l’exception prévue à l’art. 6. Il estime plutôt que cette exception pourrait s’appliquer lorsque les actes ayant causé les dommages ont été posés à l’étranger, mais que les dommages eux-mêmes se manifestent au Canada. Cependant, le juge Morissette a conclu en dernière analyse que l’al. 6a) n’était d’aucun secours à M. Hashemi parce que, selon cet alinéa, le demandeur doit avoir subi [TRADUCTION] « une atteinte à son intégrité physique, et non uniquement à son intégrité psychologique ou psychique » (par. 82 (italique omis)), ce qui n’est pas le cas de M. Hashemi.

[28] Deuxièmement, le juge Morissette a examiné si les défendeurs MM. Mortazavi et Bakhshi devraient bénéficier de l’immunité de juridiction. Selon lui, le juge Mongeon a eu raison de conclure que la *LIÉ* accorde l’immunité aux [TRADUCTION] « agents d’un État étranger » (par. 93). Il a aussi rejeté l’argument voulant que le traitement infligé à M^{me} Kazemi par les fonctionnaires étrangers fût si indigne que les actes en cause ne sauraient constituer une « activité officielle » entraînant l’application de l’immunité (par. 97). Selon lui, la notion

or direction of those in an official capacity or position of authority.

[29] Morissette J.A. then went on to consider the constitutionality of the *SIA*. At the Court of Appeal, Mr. Hashemi and the estate challenged the constitutionality of s. 3(1) of the *SIA* only in relation to s. 2(e) of the *Bill of Rights* and s. 7 of the *Charter*. Morissette J.A. rejected their *Bill of Rights* argument, confirming as Mongeon J. had before him, that s. 2(e) does not “creat[e] a self-standing right to a fair hearing” (para. 109). Morissette J.A. similarly dismissed the s. 7 argument, determining that an alleged violation of the “liberty interest” claimed by Mr. Hashemi (the ability to bring a civil suit against Iran in the forum of his choice) did not render s. 3(1) of the *SIA* unconstitutional. In his view, there was no s. 7 violation (para. 120).

[30] Mr. Hashemi and Ms. Kazemi’s estate appealed the decision of the Quebec Court of Appeal to this Court. Although named as respondents, the Islamic Republic of Iran, the Ayatollah Sayyid Ali Khamenei, Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi did not present written or oral arguments. The Attorney General of Canada was represented at the appeal but presented argument only on some of the issues. *Amicus curiae* was appointed to address issues raised by the appellants on which the Attorney General of Canada took no position.

V. Issues

[31] The following constitutional questions were stated:

- (1) Is s. 3(1) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, inconsistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44?
- (2) If so, is s. 3(1) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, inoperable by reason of such inconsistency?

de torture elle-même suppose l’aval ou la direction des personnes agissant à titre officiel ou se trouvant en situation d’autorité.

[29] Le juge Morissette s’est ensuite penché sur la constitutionnalité de la *LIÉ*. En Cour d’appel, M. Hashemi et la succession avaient contesté la constitutionnalité du par. 3(1) de la *LIÉ* uniquement au regard de l’al. 2e) de la *Déclaration des droits* et de l’art. 7 de la *Charte*. Le juge a rejeté leur argument fondé sur la *Déclaration des droits* et confirmé, comme le juge Mongeon avant lui, que l’al. 2e) ne [TRADUCTION] « crée [pas] de droit autonome à une audience équitable » (par. 109). Le juge Morissette a aussi rejeté la prétention fondée sur l’art. 7 et décidé qu’une violation présumée du « droit à la liberté » de M. Hashemi (la faculté de poursuivre l’Iran au civil devant le forum de son choix) ne pouvait fonder une conclusion d’inconstitutionnalité du par. 3(1) de la *LIÉ*. Enfin, d’après lui, aucune violation de l’art. 7 n’avait été commise (par. 120).

[30] M. Hashemi et la succession de M^{me} Kazemi se sont pourvus contre l’arrêt de la Cour d’appel du Québec. Bien qu’ils soient désignés comme intimés, la République islamique d’Iran, l’ayatollah Sayyid Ali Khamenei, Saeed Mortazavi et Mohammad Bakhshi n’ont présenté aucun argument écrit ou oral. Le procureur général du Canada était représenté durant l’appel, mais il n’a plaidé qu’à propos de certaines questions. Un *amicus curiae* a été nommé pour traiter des questions évoquées par les appelants et sur lesquelles le procureur général du Canada ne s’est pas prononcé.

V. Questions en litige

[31] Les questions constitutionnelles suivantes ont été énoncées :

- (1) Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur l’immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, est-il incompatible avec l’al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, ch. 44?
- (2) Dans l’affirmative, le par. 3(1) de la *Loi sur l’immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, est-il inopérant du fait de cette incompatibilité?

- (3) Does s. 3(1) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (4) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[32] The answers to those questions can be found in the interpretation of the *SIA*. Essentially, the Court is being asked to determine the scope of the *SIA*, the impact that the evolution of international law since the *SIA*'s adoption might have on its interpretation, and whether the Act is constitutional. An overarching question, which permeates almost all aspects of this case, is whether international law has created a mandatory universal civil jurisdiction in respect of claims of torture which would require states to open their national courts to the claims of victims of acts of torture that were committed outside their national boundaries.

[33] For clarity, I have broken the case down into five core issues:

- (1) Is s. 3(1) of the *SIA* a complete codification of state immunity from civil suits in Canada? Does international law render s. 3(1) ambiguous or otherwise require it to be interpreted to implicitly include an exception to state immunity in cases of torture?
- (2) Does the exception to state immunity set out at s. 6(a) of the *SIA* apply to Mr. Hashemi's claim?
- (3) Are the respondents Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi entitled to immunity by virtue of the *SIA*?
- (4) If there is no exception for torture in the *SIA*, is s. 3(1) of that Act inconsistent with s. 2(e) of the *Bill of Rights*? If so, is s. 3(1) inoperable by reason of such inconsistency?

- (3) Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, viole-t-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- (4) Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de 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*?

[32] Les réponses à ces questions se trouvent dans l'interprétation de la *LIÉ*. La Cour est essentiellement appelée à déterminer la portée de cette loi, à établir l'incidence que l'évolution du droit international depuis l'adoption de la *LIÉ* a pu avoir sur son interprétation, et à décider si cette loi est constitutionnelle. La question primordiale qui touche presque tous les aspects de la présente affaire porte sur l'argument selon lequel le droit international aurait créé une compétence universelle obligatoire en matière civile à l'égard des allégations de torture. Cette compétence obligerait les États à permettre aux victimes d'actes de torture commis à l'extérieur de leurs frontières de porter leurs réclamations devant leurs tribunaux nationaux.

[33] Par souci de clarté, j'ai divisé mon exposé de l'affaire en cinq questions principales :

- (1) Le paragraphe 3(1) de la *LIÉ* constitue-t-il une codification exhaustive de l'immunité des États contre les poursuites civiles au Canada? Le droit international rend-il le par. 3(1) de la *LIÉ* ambigu ou exige-t-il autrement qu'il soit interprété comme comprenant implicitement une exception à l'immunité des États en cas de torture?
- (2) L'exception à l'immunité des États prévue à l'al. 6a) de la *LIÉ* s'applique-t-elle à la réclamation de M. Hashemi?
- (3) Les intimés MM. Mortazavi et Bakhshi ont-ils droit à l'immunité accordée par la *LIÉ*?
- (4) Si aucune exception pour des actes de torture n'existe en application de la *LIÉ*, le par. 3(1) de cette loi est-il incompatible avec l'al. 2e) de la *Déclaration des droits*? Dans l'affirmative, le par. 3(1) est-il inopérant du fait de cette incompatibilité?

(5) If there is no exception for torture in the *SIA*, does s. 3(1) of that Act infringe s. 7 of the *Charter*? If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

(5) Si aucune exception pour des actes de torture n'existe en application de la *LIÉ*, le par. 3(1) de cette loi viole-t-il l'art. 7 de la *Charte*? Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de 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*?

VI. Analysis

VI. Analyse

A. *Background*

A. *Contexte*

(1) State or Sovereign Immunity

(1) Immunité des États ou immunité de juridiction

[34] Functionally speaking, state immunity is a “procedural bar” which stops domestic courts from exercising jurisdiction over foreign states (J. H. Currie, *Public International Law* (2nd ed. 2008), at p. 365; H. Fox and P. Webb, *The Law of State Immunity* (3rd ed. 2013), at pp. 38-39; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at para. 60; *Germany v. Italy*, at para. 58). In this sense, state immunity operates to prohibit national courts from weighing the merits of a claim against a foreign state or its agents (Fox and Webb, at p. 82; F. Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts: The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings* (2010), at pp. 236-37).

[34] Sur le plan pratique, l'immunité des États constitue un « obstacle procédural » qui empêche les tribunaux nationaux d'exercer leur juridiction sur des États étrangers (J. H. Currie, *Public International Law* (2^e éd. 2008), p. 365; H. Fox et P. Webb, *The Law of State Immunity* (3^e éd. 2013), p. 38-39; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, par. 60; *Allemagne c. Italie*, par. 58). En ce sens, l'immunité des États empêche les tribunaux nationaux de juger au fond une poursuite intentée contre un État étranger ou ses agents (Fox et Webb, p. 82; F. Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts : The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings* (2010), p. 236-237).

[35] Conceptually speaking, state immunity remains one of the organizing principles between independent states (*R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 43). It ensures that individual nations and the international order remain faithful to the principles of sovereignty and equality (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, at p. 236; C. Emanuelli, *Droit international public: Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne* (3rd ed. 2010), at p. 294). Sovereignty guarantees a state's ability to exercise authority over persons and events within its territory without undue external interference. Equality, in international law, is the recognition that no one state is above another

[35] Sur le plan conceptuel, l'immunité des États demeure un des principes fondateurs des relations entre États indépendants (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 43). Elle garantit la fidélité de chaque nation et de l'ordre international aux principes de souveraineté et d'égalité (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, p. 236; C. Emanuelli, *Droit international public : Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne* (3^e éd. 2010), p. 294). La souveraineté garantit que l'État peut exercer son autorité à l'égard de personnes et de faits sur son territoire sans ingérence externe induite. En droit international, le principe de l'égalité reconnaît qu'aucun État

in the international order (*Schreiber*, at para. 13). The law of state immunity is a manifestation of these principles (*Hape*, at paras. 40-44; Fox and Webb, at pp. 25 and 76; *Germany v. Italy*, at para. 57).

[36] Beyond sovereign equality, other justifications for state immunity are grounded in the political realities of international relations in an imperfect world. One justification is that because it is “practical[ly] impossib[le]” to enforce domestic judgments against foreign states, domestic courts are not truly in a position to adjudicate claims in the first place (Fox and Webb, at p. 31). In this sense, it is counterproductive for a court to review the decisions of foreign states when doing so risks rupturing international relations without providing much hope of a remedy (*ibid.*; C. Forcese, “De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity” (2007), 52 *McGill L.J.* 127, at pp. 133-34).

[37] Two other justifications for state immunity are comity and reciprocity (Forcese, at p. 135; *Al-Adsani v. United Kingdom* (2001), 34 E.H.R.R. 273, at para. 54). Just as foreign states do not want to have their executive, legislative or public actions called into judgment in Canadian courts, so too Canada would prefer to avoid having to defend its actions and policies before foreign courts.

[38] State immunity plays a large role in international relations and has emerged as a general rule of customary international law (*Jones v. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014, at para. 89; Fox and Webb, at p. 2). To be considered customary international law, a rule must be supported by state practice as well as *opinio juris*, an understanding on the part of states that the rule is obligatory as a matter of international law: *Hape*, at para. 46; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at para. 207. The I.C.J. has confirmed that the principle of state immunity meets both of these

n’est au-dessus d’un autre dans l’ordre international (*Schreiber*, par. 13). Les règles de droit relatives à l’immunité des États sont une expression de ces principes (*Hape*, par. 40-44; Fox et Webb, p. 25 et 76; *Allemagne c. Italie*, par. 57).

[36] Outre l’égalité souveraine, d’autres justifications de l’immunité des États se fondent sur les réalités politiques des relations internationales dans un monde imparfait. Une d’entre elles constate que, parce qu’il est [TRADUCTION] « pratiquement impossible » d’exécuter des jugements obtenus au pays contre des États étrangers, les tribunaux nationaux ne sont pas vraiment capables de disposer de telles demandes de toute façon (Fox et Webb, p. 31). En ce sens, il serait contre-productif pour un tribunal de contrôler les décisions d’un État étranger si, ce faisant, il risquait de provoquer une rupture des relations entre des pays en l’absence de tout espoir que le réclamant obtienne réparation (*ibid.*; C. Forcese, « De-immunizing Torture : Reconciling Human Rights and State Immunity » (2007), 52 *R.D. McGill* 127, p. 133-134).

[37] La courtoisie et la réciprocité justifient également l’immunité des États (Forcese, p. 135; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/97, 21 novembre 2001 (HUDOC), par. 54). Tout comme les États étrangers ne veulent pas que leurs mesures exécutives, législatives ou publiques soient remises en question devant les tribunaux canadiens, le Canada préfère éviter de devoir défendre ses mesures et politiques devant les tribunaux étrangers.

[38] L’immunité des États joue un rôle important dans les relations internationales et elle est devenue une règle générale du droit international coutumier (*Jones c. United Kingdom*, Nos. 34356/06, 40528/06, ECHR 2014, par. 89 (« *Jones* (ECRH) »); Fox et Webb, p. 2). Pour être considérée comme une partie du droit international coutumier, une règle doit être confirmée par la pratique des États et l’*opinio juris*, soit la reconnaissance par ces derniers du caractère obligatoire de la règle en droit international : *Hape*, par. 46; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, par. 207. La C.I.J. a confirmé

requirements (*Germany v. Italy*, at paras. 55-56). Given the presence of both state practice and *opinio juris*, it is now settled and unequivocal that immunity is more than a courtesy; it has a firm place in the international legal landscape (Fox and Webb, at p. 2).

[39] The content of state immunity has evolved over time. In its earliest incarnation, state immunity was understood to be a complete and absolute bar on the ability of one state to subject another to any scrutiny (Fox and Webb, at p. 26). This absolute prohibition is thought to have derived from the historical personal imperviousness of “monarchs and their representatives” (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, at p. 238). Over time, this immunity was transferred to the nation state as the head of state came to embody the state itself (*ibid.*). Any subjection of a foreign state to domestic courts was seen as incompatible with sovereign equality (J. H. Currie, C. Forcese, J. Harrington and V. Oosterveld, *International Law: Doctrine, Practice, and Theory* (2nd ed. 2014), at pp. 539-41; *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50, at p. 71).

[40] In the wake of the Second World War, the idea that a state and its officials could be immune from criminal proceedings appeared particularly incongruous in view of the atrocities that had been committed. The Nuremberg International Military Tribunal, in particular through art. 8 of its Charter, 82 U.N.T.S. 279, laid the foundations for a new approach to restricting state immunity in criminal proceedings. That approach has been evolving ever since.

[41] In parallel, the complete bar on bringing civil proceedings against a foreign state in domestic courts has also gradually relaxed. State immunity, once referred to as absolute immunity, slowly came to be qualified as “restrictive” immunity (Currie, Forcese, Harrington and Oosterveld, at p. 541). This transition was in part due to the greater role that states began to play in commercial and financial matters, and is

que le principe d’immunité des États satisfaisait à ces deux exigences (*Allemagne c. Italie*, par. 55-56). En raison de l’existence de la pratique des États et de l’*opinio juris*, il est maintenant établi, sans équivoque, que l’immunité représente plus qu’un geste de courtoisie; elle est fermement ancrée dans le paysage juridique international (Fox et Webb, p. 2).

[39] Cependant, la teneur de l’immunité des États a évolué au fil du temps. À l’origine, on considérerait que cette immunité interdisait absolument à un État d’entreprendre toute forme d’examen des affaires d’un autre État (Fox et Webb, p. 26). On croit que cette interdiction absolue découlait de l’immunité personnelle dont ont bénéficié historiquement les [TRADUCTION] « monarques et leurs représentants » (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, p. 238). Avec le temps, cette immunité a été transférée à l’État-nation, que le chef d’État en est venu à incarner (*ibid.*). Tout assujettissement d’un État étranger à la compétence des tribunaux nationaux était ainsi jugé incompatible avec l’égalité souveraine (J. H. Currie, C. Forcese, J. Harrington et V. Oosterveld, *International Law : Doctrine, Practice, and Theory* (2^e éd. 2014), p. 539-541; *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50, p. 71).

[40] Toutefois, à la suite de la Seconde Guerre mondiale, la reconnaissance de l’immunité des États et de leurs agents à l’égard de poursuites criminelles semblait devenue particulièrement absurde devant les atrocités commises alors. Le Tribunal militaire international de Nuremberg, notamment en application de l’art. 8 de son Statut, 82 R.T.N.U. 279, a ainsi établi les fondements d’une nouvelle approche en faveur d’une restriction de l’immunité des États dans le cadre de procédures criminelles. Cette approche n’a pas cessé d’évoluer depuis.

[41] Parallèlement, l’interdiction de toute poursuite civile contre un État étranger devant les tribunaux nationaux s’est aussi graduellement assouplie. L’immunité des États, qualifiée un temps d’immunité absolue, a petit à petit été qualifiée d’immunité [TRADUCTION] « restreinte » (Currie, Forcese, Harrington et Oosterveld, p. 541). Cette transition a été due en partie au rôle accru joué par les États

reflected in the well-known distinction between the *acta imperii* of a state (acts of a governmental nature) and its *acta gestionis* (acts of a commercial nature) (Currie, at pp. 371-73; P. Ranganathan, “Survivors of Torture, Victims of Law: Reforming State Immunity in Canada by Developing Exceptions for Terrorism and Torture” (2008), 71 *Sask. L. Rev.* 343, at p. 350). As the international community began to accept that not all acts or decisions of states were quintessentially “sovereign” or “public” in nature, but that, at times, states behaved as “private” actors, the idea of an absolute bar on suing a foreign state became obsolete (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, at pp. 239-41; Currie, Forcese, Harrington and Oosterveld, at p. 541; Fox and Webb, at p. 32). Many states, including Canada, have legislated this version of restrictive immunity through a commercial activity exception to state immunity (*SIA*, s. 5; *Re Canada Labour Code*, at p. 73; *Schreiber*, at para. 33; *Kuwait Airways Corp. v. Iraq*, 2010 SCC 40, [2010] 2 S.C.R. 571, at paras. 13-17).

[42] In Canada, state immunity from civil suits is codified in the *SIA*. The purposes of the Act largely mirror the purpose of the doctrine in international law: the upholding of sovereign equality. The “cornerstone” of the Act is found in s. 3 which confirms that foreign states are immune from the jurisdiction of our domestic courts “[e]xcept as provided by th[e] Act” (*Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675 (C.A.), at para. 42; *SIA*, s. 3). Significantly, the *SIA* does not apply to criminal proceedings, suggesting that Parliament was satisfied that the common law with respect to state immunity should continue governing that area of the law (*SIA*, s. 18).

[43] When enacting the *SIA*, Parliament recognized a number of exceptions to the broad scope of state immunity. Besides the commercial activity exception, canvassed above, Canada has chosen to include exceptions to immunity in situations where a foreign state waives such right, as well as for cases

dans le commerce et la finance et se reflète dans la distinction bien connue entre les *acta imperii* d’un État (actes de nature gouvernementale) et ses *acta gestionis* (actes de nature commerciale) (Currie, p. 371-373; P. Ranganathan, « Survivors of Torture, Victims of Law : Reforming State Immunity in Canada by Developing Exceptions for Terrorism and Torture » (2008), 71 *Sask. L. Rev.* 343, p. 350). Au fur et à mesure que la communauté internationale a admis que certains actes ou certaines décisions des États ne sont pas purement [TRADUCTION] « souverains » ou « de nature publique », et qu’il arrive parfois que les États se comportent comme des « entités privées », le principe d’interdiction de toute poursuite contre un État étranger est devenu obsolète (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, p. 239-241; Currie, Forcese, Harrington et Oosterveld, p. 541; Fox et Webb, p. 32). Un grand nombre d’États, dont le Canada, ont adopté par voie législative cette forme d’immunité restreinte, en reconnaissant une exception commerciale à l’immunité des États (*LIÉ*, art. 5; *Re Code canadien du travail*, p. 73; *Schreiber*, par. 33; *Kuwait Airways Corp. c. Irak*, 2010 CSC 40, [2010] 2 R.C.S. 571, par. 13-17).

[42] Au Canada, l’immunité des États à l’égard des poursuites civiles est consacrée par la *LIÉ* dont l’objet reflète en grande partie celui de la règle en droit international : le respect de l’égalité souveraine. La « pierre angulaire » de cette loi se trouve en son art. 3, qui confirme que les États étrangers bénéficient de l’immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens « [s]auf exceptions prévues dans la [. . .] loi » (*Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675 (C.A.), par. 42; *LIÉ*, art. 3). Fait important, la *LIÉ* ne s’applique pas aux poursuites pénales, ce qui suggère que le législateur était convaincu que la common law en matière d’immunité des États devrait continuer à régir ce domaine du droit (*LIÉ*, art. 18).

[43] Cependant, lorsqu’il a adopté la *LIÉ*, le Parlement a reconnu plusieurs exceptions à la vaste portée de l’immunité des États. Mise à part l’exception relative aux activités commerciales examinée précédemment, le Canada a choisi d’inclure des exceptions à l’immunité en cas de renonciation

involving: death, bodily injury, or damage to property occurring in Canada; maritime matters; and foreign state property in Canada (*SIA*, ss. 4, 6, 7 and 8; Currie, at pp. 395-400; Emanuelli, at pp. 346-49; J.-M. Arbour and G. Parent, *Droit international public* (6th ed. 2012), at pp. 500-508.3).

[44] In 2012, Parliament amended the *SIA* to include an additional exception to state immunity for certain foreign states that have supported terrorist activity (Arbour and Parent, at pp. 508.1-8.3). Under this new legislative regime, a foreign state may be sued in Canada if (1) the act that the state committed took place on or after January 1, 1985 and (2) the foreign state accused of supporting terrorism is included on a list created by the Governor in Council (*SIA*, s. 6.1; Library of Parliament, *Legislative Summary of Bill C-10* (2012), at s. 2.2.2.1). Although no argument concerning the nature or constitutionality of the terrorism exception was advanced before this Court, it is nonetheless relevant to the case at hand. If nothing else, it reveals that Parliament can and does take active steps to address, and in this case pre-empt, emergent international challenges (Ranganathan, at p. 386), thereby reinforcing the conclusion, discussed below, that the *SIA* is intended to be an exhaustive codification of Canadian law of state immunity in civil suits. I also note in passing, with all due caution, that when the terrorism exception bill was before Parliament, it was criticized on numerous occasions for failing to create an exception to state immunity for civil proceedings involving allegations of torture, genocide and other grave crimes (*Legislative Summary of Bill C-10*, s. 2.1.4). Indeed, Private Member Bill C-483 proposed to create such an exception but it never became law. More broadly, the amendment to the *SIA* brought by Parliament in 2012 demonstrates that forum states (i.e. states providing jurisdiction) have a large and continuing role to play in determining the scope and extent of state immunity.

à celle-ci par l'État étranger de même que dans le cas où il est question de décès, de dommages corporels ou de dommages aux biens survenus au Canada; en matière maritime; et à l'égard de biens détenus par un État étranger au Canada (*LIÉ*, art. 4, 6, 7 et 8; Currie, p. 395-400; Emanuelli, p. 346-349; J.-M. Arbour et G. Parent, *Droit international public* (6^e éd. 2012), p. 500-508.3).

[44] De plus, en 2012, le législateur a modifié la *LIÉ* en y ajoutant une exception à l'immunité de juridiction pour certains États étrangers qui ont appuyé des activités terroristes (Arbour et Parent, p. 508.1-508.3). Selon ce nouveau régime législatif, un État étranger peut être poursuivi au Canada s'il (1) a commis l'acte en question le 1^{er} janvier 1985 ou après cette date et s'il (2) est accusé d'appuyer le terrorisme et inscrit sur une liste dressée par le gouverneur en conseil (*LIÉ*, art. 6.1; Bibliothèque du Parlement, *Résumé législatif du projet de loi C-10* (2012), art. 2.2.2.1). Même si on n'a pas abordé la nature ou la constitutionnalité de l'exception relative au terrorisme devant la Cour, il s'agit néanmoins de questions pertinentes pour le présent dossier. À tout le moins, cette exception révèle que le législateur peut agir, et le fait, pour résoudre, et dans ce cas-ci pour prévenir, de nouveaux problèmes dans l'ordre international (Ranganathan, p. 386). Cela renforce la conclusion, dont il sera question ultérieurement, selon laquelle la *LIÉ* est censée constituer une codification exhaustive du droit canadien de l'immunité des États pour les instances civiles. Je note en outre au passage, avec toute la prudence qui s'impose, que le projet de loi sur l'exception relative au terrorisme, lorsqu'il était à l'étape des débats au Parlement, a été critiqué à de nombreuses reprises parce qu'il omettait de créer une exception à l'immunité des États dans le cas d'instances civiles où étaient présentées des allégations de torture, de génocide ou d'autres crimes graves (*Résumé législatif du projet de loi C-10*, art. 2.1.4). En effet, le projet de loi C-483 d'initiative parlementaire proposait de créer une telle exception, mais il n'a jamais été adopté. Plus généralement, la modification apportée par le législateur à la *LIÉ* en 2012 illustre que l'État du for (c.-à-d. celui qui attribue la juridiction) joue toujours un rôle important et continu lorsqu'il s'agit d'établir la portée et l'étendue de l'immunité de juridiction.

[45] It follows that state immunity is not solely a rule of customary international law. It also reflects domestic choices made for policy reasons, particularly in matters of international relations. As Fox and Webb note, although immunity as a general rule is recognized by international law, the “precise extent and manner of [the] application” of state immunity is determined by forum states (p. 17). In Canada, therefore, it is first towards Parliament that one must turn when ascertaining the contours of state immunity.

(2) Torture

[46] As discussed below, in drafting the *SIA*, Canada has made a choice to uphold state immunity as the oil that allows for the smooth functioning of the machinery of international relations. Canada has given priority to a foreign state’s immunity over civil redress for citizens who have been tortured abroad. This policy choice is not a comment about the evils of torture, but rather an indication of what principles Parliament has chosen to promote given Canada’s role and that of its government in the international community. The *SIA* cannot be read as suggesting that Canada has abandoned its commitment to the universal prohibition of torture. This commitment is strong, and developments in recent years have confirmed it.

[47] In 2002, in the case of *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, although there were “compelling indicia” to confirm that the prohibition of torture had reached peremptory status, the Court did not make a binding statement to this effect (paras. 62-65). Twelve years later, our Court cannot entertain any doubt that the prohibition of torture has reached the level of a peremptory norm (a peremptory norm, or *jus cogens* norm is a fundamental tenet of international law that is non-derogable: Currie, at p. 583; Emanuelli, at pp. 168-69; *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 53).

[45] Il en découle que l’immunité des États ne représente pas seulement une règle de droit international coutumier. Elle témoigne aussi des choix faits par un pays pour des raisons politiques, notamment au sujet de ses relations internationales. Comme le font remarquer Fox et Webb, bien qu’il soit reconnu en droit international que l’immunité constitue la règle générale, c’est l’État du for qui décide de l’[TRADUCTION] « étendue précise » de l’immunité des États et de la « manière précise de l’appliquer » (p. 17). Ainsi, au Canada, il faut d’abord se tourner vers le législateur pour déterminer le cadre et la portée de l’immunité des États.

(2) Torture

[46] Comme nous le verrons plus loin, lors de la rédaction de la *LIÉ*, le Canada a choisi de reconnaître que l’immunité constitue un principe essentiel qui facilite le bon fonctionnement des relations internationales. Il a privilégié l’immunité des États étrangers par rapport à l’ouverture de recours civils aux citoyens qui auraient été victimes de torture à l’étranger. Ce choix de politique générale ne représente pas un jugement sur les méfaits de la torture, mais une indication des principes que le législateur a décidé de promouvoir, en raison du rôle joué par le Canada et son gouvernement au sein de la communauté internationale. Il ne faut pas déduire de la *LIÉ* que le Canada a renoncé à son engagement envers l’interdiction universelle de la torture. Cet engagement reste fort, comme le confirment les changements survenus au cours des dernières années.

[47] En 2002, dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, malgré la présence d’« indices convaincants » en ce sens, la Cour n’a pas affirmé de manière juridiquement contraignante que l’interdiction de la torture avait acquis un caractère impératif (par. 62-65). Douze ans plus tard, la Cour ne saurait mettre en doute que cette interdiction est devenue une norme impérative (une norme impérative ou norme de *jus cogens* est un précepte fondamental du droit international auquel on ne peut déroger : Currie, p. 583; Emanuelli, p. 168-169; *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 53).

[48] There are a number of multilateral instruments which explicitly prohibit torture (see *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 5; *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, G.A. Res. 3452 (XXX), U.N. Doc. A/3452/XXX, December 9, 1975, art. 3; *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, art. 3; *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 7; and generally the United Nations CAT). International jurisprudence also recognizes the prohibition of torture as a non-derogable norm (see Ranganathan, at pp. 381-82). For instance, the House of Lords in the case of *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270, concluded that “there is no doubt that the prohibition on torture” is a peremptory norm (para. 43; see also *Al-Adsani v. United Kingdom*, at para. 61; *Prosecutor v. Anto Furund’ija*, Case No. IT-95-17/1-T, December 10, 1998 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia), aff’d Case No. IT-95-17/1-A, July 21, 2000).

[49] The prohibition of torture is a peremptory international norm. But, in Canada, torture is also clearly prohibited by conventions and legislation. Canada is a party to the CAT, which has been in force for over twenty years. The CAT serves many purposes. In part, it defines torture (art. 1), and requires that a state party take legislative and administrative measures to prevent acts of torture (arts. 2, 3 and 4), investigate potential acts of torture believed to have been committed on its territory (art. 12), and provide means by which victims of torture may obtain redress (art. 14).

[50] I note in passing that, unlike my colleague Justice Abella, I cannot interpret art. 14 of the CAT as requiring Canada to implement a universal civil jurisdiction for acts of torture. The *Travaux Préparatoires* leading to the signing of the CAT do not

[48] Un grand nombre d’instruments multilatéraux interdisent explicitement la torture (voir la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 5; la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A.G. Rés. 3452 (XXX), Doc. N.U. A/3452/XXX, 9 décembre 1975, art. 3; la *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, art. 3; le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 7; et, de manière générale, la CCT des Nations Unies). La jurisprudence internationale reconnaît également que l’interdiction de la torture est une norme à laquelle on ne peut déroger (voir Ranganathan, p. 381-382). Par exemple, dans l’arrêt *Jones c. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270 (« *Jones* (HL) »), la Chambre des lords a conclu que [TRADUCTION] « il ne fait aucun doute que l’interdiction de la torture » constitue une norme impérative (par. 43; voir aussi *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, par. 61; *Procureur c. Anto Furund’ija*, Affaire n° IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998 (Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie), conf. par Affaire n° IT-95-17/1-A, 21 juillet 2000).

[49] L’interdiction de la torture est une norme internationale impérative. Cela dit, au Canada, la torture est également clairement interdite. En effet, les conventions et la loi l’y interdisent. À titre d’exemple, le Canada est partie à la CCT qui est en vigueur depuis plus de vingt ans. La CCT est utile à de nombreuses fins. Par exemple, elle définit la torture (art. 1) et elle exige des États parties qu’ils prennent des mesures législatives et administratives pour éviter que des actes de torture ne soient commis (art. 2, 3 et 4), qu’ils enquêtent sur les actes potentiels de torture qui auraient été commis sur leur territoire (art. 12), et qu’ils prévoient les moyens par lesquels les victimes de torture peuvent obtenir réparation (art. 14).

[50] Je signale au passage que, contrairement à ma collègue la juge Abella, je ne puis interpréter l’art. 14 de la CCT comme imposant au Canada la mise en œuvre d’une compétence universelle en matière civile pour les actes de torture. Les travaux

clearly suggest a purposeful abandonment by party states of the territoriality restriction which at one point was contained in the draft language of art. 14. Indeed, the change in the language which led to the removal of the territoriality restriction appears to have been prompted by a suggestion made by the United States which sought to harmonize art. 14 with the definition of torture contained at art. 1 by broadening its language (U.N. Commission on Human Rights, *Summary prepared by the Secretary-General in accordance with Commission resolution 18 (XXXIV)*, U.N. Doc. E/CN.4/1314, December 19, 1978, at para. 45). The European Court of Human Rights reached the same conclusion recently, albeit for different reasons (*Jones v. United Kingdom*, at para. 208).

[51] Torture is also a criminal offence in Canada. Section 269.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, states that “[e]very official, or every person acting at the instigation of or with the consent or acquiescence of an official, who inflicts torture on any other person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.”

[52] If the Canadian government were to carry out acts of torture, such conduct would breach international law rules and principles that are binding on Canada, would be illegal under the *Criminal Code*, and would also undoubtedly be unconstitutional. As was held in *Suresh*, the adoption of the *Charter* confirmed Canada’s strict opposition to government-sanctioned torture. In particular, torture is blatantly contrary to s. 12 of the *Charter*. The Court stated:

A punishment is cruel and unusual if it “is so excessive as to outrage standards of decency”: see *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at pp. 1072-73, *per* Lamer J. (as he then was). It must be so inherently repugnant that it could never be an appropriate punishment, however egregious the offence. Torture falls into this category. The prospect of torture induces fear and its consequences may be devastating, irreversible, indeed, fatal. Torture may be meted out indiscriminately or arbitrarily for no particular offence. Torture has as its end the denial of a person’s humanity; this end is outside the legitimate domain of a

préparatoires ayant mené à la signature de la *CCT* n’indiquent pas clairement un abandon intentionnel par les États parties de la restriction territoriale, un abandon que contenait pourtant une ébauche du libellé de l’art. 14. En fait, la modification du libellé qui a provoqué le retrait de la restriction territoriale semble résulter d’une suggestion des États-Unis qui souhaitaient harmoniser l’art. 14 avec la définition de la torture à l’art. 1 par un élargissement de la portée du terme « agent » (Commission des droits de l’homme des Nations Unies, *Résumé établi par le Secrétaire général conformément à la résolution 18 (XXXIV) de la Commission*, Doc. N.U. E/CN.4/1314, 19 décembre 1978, par. 45). La Cour européenne des droits de l’homme a conclu de la même manière récemment, mais pour d’autres motifs (*Jones* (ECHR), par. 208).

[51] La torture constitue en outre une infraction criminelle au Canada. En effet, aux termes de l’art. 269.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, « [e]st coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de quatorze ans le fonctionnaire qui — ou la personne qui, avec le consentement exprès ou tacite d’un fonctionnaire ou à sa demande — torture une autre personne. »

[52] Si le gouvernement canadien se livrait à des actes de torture, une telle conduite violerait les règles et principes de droit international que doit respecter le Canada, serait illégale selon le *Code criminel* et, sans aucun doute, inconstitutionnelle. Comme l’a conclu la Cour dans *Suresh*, l’adoption de la *Charte* a confirmé l’opposition catégorique du Canada à la torture sanctionnée par l’État. Plus particulièrement, la torture est manifestement contraire à l’art. 12 de la *Charte*. La Cour a affirmé ce qui suit :

Une peine est cruelle et inusitée lorsqu’elle « est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » : voir *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072-1073, le juge Lamer (plus tard Juge en chef). Elle doit être si intrinsèquement répugnante qu’elle ne saurait jamais constituer un châtiment approprié, aussi odieuse que soit l’infraction. La torture appartient à cette dernière catégorie. La perspective de la torture provoque la peur et les conséquences de la torture peuvent être dévastatrices, irréversibles, voire fatales. Il peut arriver qu’elle soit infligée sans distinction ou arbitrairement, pour aucune

criminal justice system As such, torture is seen in Canada as fundamentally unjust. [para. 51]

Torture is also likely contrary to s. 7 of the *Charter*.

[53] Canada does not condone torture, nor are Canadian officials permitted to carry out acts of torture. However, the issue in the present case is not whether torture is abhorrent or illegal. That is incontestably true. The question before the Court is whether one can sue a foreign state in Canadian courts for torture committed abroad. The answer to that question lies in the interpretation of the *SIA*, and its interaction with international law, the *Charter* and the *Bill of Rights*.

B. Section 3(1) of the State Immunity Act

- (1) Is Section 3(1) of the State Immunity Act a Complete Codification of State Immunity From Civil Proceedings in Canada?

[54] In my view, the *SIA* is a complete codification of Canadian law as it relates to state immunity from civil proceedings. In particular, s. 3(1) of the Act exhaustively establishes the parameters for state immunity and its exceptions.

[55] There is academic support for the view that the *SIA* is not truly exhaustive, and that despite the express language found in s. 3(1), the common law and international law necessarily inform its interpretation (F. Larocque, “La *Loi sur l’immunité des États* canadienne et la torture” (2010), 55 *McGill L.J.* 81, at pp. 92-93). In Professor Larocque’s opinion, nothing in the Act expressly excludes the application of the common law (p. 94). In his view, to understand the *SIA* as a comprehensive code without consideration of the common law is to freeze

infraction en particulier. Le but ultime de la torture est de priver une personne de son humanité. Ce but ne fait pas partie du domaine légitime du système de justice pénale [. . .] En ce sens, la torture est considérée au Canada comme fondamentalement injuste. [par. 51]

La torture est aussi, selon toute probabilité, contraire à l’art. 7 de la *Charte*.

[53] Le Canada ne cautionne pas la torture, et ses fonctionnaires ne sont pas non plus autorisés à se livrer à des actes de cette nature. Toutefois, la question dont nous sommes saisis en l’espèce n’est pas celle du caractère odieux ou illégal de la torture. Ceci est certain. La Cour doit décider si une personne peut poursuivre un État étranger devant les tribunaux canadiens pour un acte de torture commis à l’étranger. La réponse à cette question dépend de l’interprétation de la *LIÉ* et du rapport entre, d’une part, cette loi et, d’autre part, le droit international, la *Charte* et la *Déclaration des droits*.

B. Paragraphe 3(1) de la Loi sur l’immunité des États

- (1) Le paragraphe 3(1) de la Loi sur l’immunité des États codifie-t-il de manière exhaustive la question de l’immunité des États à l’encontre de poursuites civiles au Canada?

[54] À mon avis, la *LIÉ* codifie de manière exhaustive le droit canadien concernant la question de l’immunité des États à l’encontre de poursuites civiles. Plus particulièrement, le par. 3(1) de la *LIÉ* établit tous les paramètres de cette immunité et de ses exceptions.

[55] Il est certain que des auteurs appuient la thèse voulant que cette loi ne soit pas vraiment exhaustive et que, malgré les termes exprès du par. 3(1), la common law et le droit international en guident nécessairement l’interprétation (F. Larocque, « La *Loi sur l’immunité des États* canadienne et la torture » (2010), 55 *R.D. McGill* 81, p. 92-93). Selon le professeur Larocque, rien dans la *LIÉ* n’écarte expressément l’application de la common law (p. 94). À son avis, la reconnaissance de la *LIÉ* comme un code exhaustif sans tenir compte de la common law

state immunity in time, and to foreclose its development in line with international norms (pp. 100-2).

[56] With all due respect, I am of the view that the *SIA* provides an exhaustive list of exceptions to state immunity. For that reason, reliance need not, and indeed cannot, be placed on the common law, *jus cogens* norms or international law to carve out additional exceptions to the immunity granted to foreign states pursuant to s. 3(1) of the *SIA*. The *SIA*, in its present form, does not provide for an exception to foreign state immunity from civil suits alleging acts of torture occurring outside Canada. This conclusion does not freeze state immunity in time. Any ambiguous provisions of the Act remain subject to interpretation, and Parliament is at liberty to develop the law in line with international norms as it did with the terrorism exception.

[57] Certain of the interveners rely on a statement made in *Kuwait Airways* as evidence that the evolution of common law may have led to new exceptions to the principles of immunity from jurisdiction (see *Kuwait Airways*, at para. 24). This reliance is misplaced. In *Kuwait Airways*, the only conclusion was that, in that particular case, it was unnecessary to determine whether the *SIA* is exhaustive “or whether the evolution of international law and of the common law has led to the development of new exceptions to the principles of immunity from jurisdiction and immunity from execution” (*ibid.*). The time has now come to answer that question.

[58] In my opinion, the words of s. 3(1) of the *SIA* completely oust the common law and international law as a source of potential exceptions to the immunity which it provides. The plain and ordinary meaning of the words “[e]xcept as provided by this Act” is that it is the Act, and the Act alone, that may provide exceptions to the immunity granted pursuant to s. 3(1) of the *SIA* (*Bouzari*, at para. 57). Words as explicit as “[e]xcept as provided by this Act” demonstrate that Parliament intended for the legislation to displace the common law (*Gendron*

revient à figer l’immunité des États dans le temps et à empêcher qu’elle évolue conformément aux normes internationales (p. 100-102).

[56] Avec égards, j’estime que la *LIÉ* établit une liste exhaustive des exceptions à l’immunité des États. En conséquence, il n’est pas nécessaire de se fonder sur la common law, les normes de *jus cogens* ou le droit international — et il ne saurait en être ainsi — pour créer des exceptions additionnelles à l’immunité accordée aux États étrangers en application du par. 3(1) de la *LIÉ*. Cette loi, dans sa forme actuelle, ne prévoit aucune exception à l’immunité des États étrangers à l’égard des poursuites civiles pour des actes allégués de torture commis à l’extérieur du Canada. Cette conclusion ne fige pas l’immunité des États dans le temps. Toute disposition ambiguë de la Loi demeure susceptible d’interprétation, et le législateur reste libre de faire évoluer le droit conformément aux normes internationales, comme en témoigne l’exception relative au terrorisme adoptée plus récemment.

[57] Certains des intervenants invoquent aussi un commentaire fait dans *Kuwait Airways* comme une reconnaissance que l’évolution de la common law a créé de nouvelles exceptions aux principes d’immunité de juridiction (voir *Kuwait Airways*, par. 24). Ils commettent là une erreur. Dans *Kuwait Airways*, la Cour a seulement conclu que, dans ce cas particulier, il était inutile de décider si la *LIÉ* était exhaustive ou « si l’évolution du droit international et celle de la common law font apparaître de nouvelles exceptions aux principes d’immunité de juridiction et d’exécution » (*ibid.*). Le temps est venu de répondre à cette question.

[58] À mon avis, le libellé du par. 3(1) de la *LIÉ* écarte entièrement la common law et le droit international comme sources de nouvelles exceptions à l’immunité qu’elle accorde. Selon le sens clair et ordinaire des mots « [s]auf exceptions prévues dans la présente loi », c’est la *LIÉ*, et seulement la *LIÉ*, qui peut prévoir des exceptions à l’immunité accordée par le par. 3(1) de la *LIÉ* (*Bouzari*, par. 57). Des mots aussi explicites que « [s]auf exceptions prévues dans la présente loi » démontrent l’intention du législateur d’écarter la common law

v. *Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at p. 1319). I cannot think of words that could be more “irresistibl[y] clea[r]” (*Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614).

(2) Does International Law Render Section 3(1) of the State Immunity Act Ambiguous or Otherwise Require it To Be Interpreted to Include an Exception to State Immunity in Cases of Torture?

[59] A number of interveners argue that s. 3(1) of the Act is ambiguous and should therefore be interpreted in accordance with the common law, the *Charter* and international law. The intervener the Canadian Civil Liberties Association submits that the *SIA* is ambiguous because it does not clearly extend to cases involving alleged breaches of *jus cogens* norms (factum, at paras. 8-10). The British Columbia Civil Liberties Association (“BCCLA”) similarly asserts that s. 3 of the Act is ambiguous (factum, at para. 8). The intervener Amnistie internationale, Section Canada francophone argues that s. 3 of the Act only shields foreign states with respect to their [TRANSLATION] “public acts”, acts which do not include torture (factum, at para. 1).

[60] The current state of international law regarding redress for victims of torture does not alter the *SIA*, or make it ambiguous. International law cannot be used to support an interpretation that is not permitted by the words of the statute. Likewise, the presumption of conformity does not overthrow clear legislative intent (see S. Beaulac, “*Texture ouverte*”, *droit international et interprétation de la Charte canadienne*”, in E. Mendes and S. Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (5th ed. 2013), at pp. 231-35). Indeed, the presumption that legislation will conform to international law remains just that — merely a presumption. This Court has cautioned that the presumption can be rebutted by the clear words of the statute under consideration (*Hape*, at paras. 53-54). In the present

(*Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l’Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, p. 1319). Il ne me vient à l’esprit aucun mot qui puisse être plus [TRADUCTION] « irrésistiblement clair » (*Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614).

(2) Le droit international rend-il le par. 3(1) de la Loi sur l’immunité des États ambigu ou exige-t-il autrement qu’il soit interprété comme comprenant une exception à l’immunité des États en cas de torture?

[59] Un certain nombre d’intervenants soutiennent que le par. 3(1) de la *LIÉ* est ambigu et qu’il faut donc l’interpréter en conformité avec la common law, la *Charte* et le droit international. Une intervenante, l’Association canadienne des libertés civiles, plaide que la *LIÉ* est ambiguë parce qu’elle ne s’applique pas clairement dans les cas de violation alléguée des normes de *jus cogens* (mémoire, par. 8-10). De la même manière, l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (« ALCCB »), affirme que l’art. 3 de la loi est ambigu (mémoire, par. 8). D’après l’intervenante Amnistie internationale, Section Canada francophone, ce même article de la loi met les États étrangers à l’abri de poursuites uniquement pour des « actes souverains » qui n’incluent pas la torture (mémoire, par. 1).

[60] L’état actuel du droit international sur les réparations destinées aux victimes de torture ne modifie pas la loi et ne la rend pas ambiguë. On ne saurait utiliser le droit international pour étayer une interprétation à laquelle fait obstacle le texte de la loi. De même, la présomption de conformité ne permet pas d’écarter l’intention claire du législateur (voir S. Beaulac, « *Texture ouverte* », *droit international et interprétation de la Charte canadienne* », dans E. Mendes et S. Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (5^e éd. 2013), p. 231-235). De fait, la présomption voulant que la loi respecte le droit international ne demeure que cela — une simple présomption. Or, selon la Cour, celle-ci peut être réfutée par les termes clairs de la loi en cause (*Hape*, par. 53-54). En l’espèce,

case, the *SIA* lists the exceptions to state immunity exhaustively. Canada's domestic legal order, as Parliament has framed it, prevails.

[61] Even if an exception to state immunity in civil proceedings for acts of torture had reached the status of a customary rule of international law, which, as I conclude below, it has not, such an exception could not be adopted as a common law exception to s. 3(1) of the *SIA* as it would be in clear conflict with the *SIA* (*Hape*, at para. 36). Moreover, the mere existence of a customary rule in international law does not automatically incorporate that rule into the domestic legal order (L. LeBel and G. Chao, "The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23, at p. 35). Should an exception to state immunity for acts of torture have become customary international law, such a rule could likely be *permissive* — and not *mandatory* — thereby, requiring legislative action to become Canadian law (*Hape*, at para. 36; dissenting reasons of La Forest J. in *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at pp. 734-35; LeBel and Chao, at p. 36; G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2nd ed. 2008), at pp. 218-23).

[62] Further, the reading of "except as provided by", which indicates an exhaustive list, is in line with the purpose and scheme of the legislation. A complete codification of state immunity that ousts the common law and international law, and provides specific exceptions, in no way frustrates the goals of sovereign equality, reciprocity and comity.

[63] The above is not to suggest that international law and the common law may never be used to *interpret* the *SIA*. On the contrary, to borrow Lord Diplock's words, the provisions of the *SIA* fall to be construed against the background of those principles of public international law that are generally recognized by the family of nations (*Alcom*

la *LIÉ* énumère toutes les exceptions à l'immunité des États. L'ordre juridique interne du Canada, tel qu'instauré par le Parlement, prévaut.

[61] Même si une exception à l'immunité des États quant aux poursuites civiles pour des actes de torture avait acquis désormais le statut d'une règle coutumière de droit international — ce qui, comme je le conclurai plus loin, n'est pas le cas —, une telle exception ne pourrait être adoptée comme exception de common law au par. 3(1), car elle entrerait clairement en conflit avec la *LIÉ* (*Hape*, par. 36). De plus, la simple existence d'une règle coutumière de droit international n'entraîne pas son incorporation automatique dans l'ordre juridique interne (L. LeBel et G. Chao, « The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation : Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 23, p. 35). Si une exception à l'immunité des États pour des actes de torture avait désormais le statut de règle de droit international coutumier, une telle règle pourrait vraisemblablement être *permissive* — et non pas *obligatoire* — et, de ce fait, devrait faire l'objet d'une mesure législative au Canada pour y devenir la loi (*Hape*, par. 36; motifs dissidents du juge La Forest dans *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, p. 734-735; LeBel et Chao, p. 36; G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts* (2^e éd. 2008), p. 218-223).

[62] De plus, il est conforme à l'objet et à l'esprit de la loi d'interpréter l'expression « sauf exceptions prévues dans » comme indiquant la présence d'une liste exhaustive. Une codification exhaustive des exceptions à l'immunité des États, qui écarte la common law et le droit international et qui prévoit des exceptions précises, ne contrecarre aucunement les objectifs d'égalité souveraine, de réciprocité et de courtoisie.

[63] Les commentaires précédents ne veulent pas dire que le droit international et la common law ne peuvent jamais servir à *interpréter* la *LIÉ*. Au contraire, pour reprendre les termes utilisés par lord Diplock, les dispositions de la *LIÉ* doivent être interprétées à la lumière des principes de droit international public qui sont généralement reconnus

Ltd. v. Republic of Columbia, [1984] 1 A.C. 580, at p. 597). Thus, if certain provisions of the *SIA* were genuinely ambiguous or required clarification, it would be appropriate for courts to look to the common law and international law for guidance (*Schreiber*, at para. 50; *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517, at p. 541). However, the plain language of s. 3(1) read alongside the purpose of the Act eliminates the possibility of relying on the common law or international law to find new exceptions to state immunity. I therefore find that the Court of Appeal was correct in its conclusion that the *SIA* contains a complete code of exceptions to immunity (paras. 38-42). I now turn to the interpretation and application of the *SIA* to the case at hand.

C. Section 6(a) of the State Immunity Act

[64] Although the appellants have not directly appealed Morissette J.A.'s interpretation of s. 6(a) of the *SIA*, it is necessary to determine the true scope of the legislation before analysing its constitutionality. If Mr. Hashemi's psychological suffering is captured by the personal injury exception to state immunity set out at s. 6(a), he will have no reason to argue that the statute is unconstitutional, although the estate's constitutional challenge may proceed. The Court therefore intends to discuss the meaning of s. 6(a) and whether Mr. Hashemi is entitled to rely on the exception that it sets out.

[65] The *amicus*, in his supplementary submissions, argues that the s. 6(a) "personal or bodily injury" exception to state immunity cannot be engaged in this case. According to the *amicus*, the exception at s. 6(a) does not apply where the alleged events that caused the personal injury or death did not take place in Canada. In the alternative, the *amicus* submits that the "personal or bodily injury" exception at s. 6(a) does not apply where the alleged injury is not a physical injury. Thus, Mr. Hashemi's allegations of psychological harm would not fall within the scope of s. 6(a).

par le concert des nations (*Alcom Ltd. c. Republic of Columbia*, [1984] 1 A.C. 580, p. 597). En conséquence, si certaines dispositions de la *LIÉ* étaient véritablement ambiguës ou nécessitaient des précisions, les tribunaux pourraient légitimement s'appuyer sur la common law et le droit international pour en préciser le sens (*Schreiber*, par. 50; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517, p. 541). Cependant, le libellé clair du par. 3(1), interprété en corrélation avec l'objet de la *LIÉ*, écarte la possibilité de se fonder sur la common law ou le droit international pour reconnaître de nouvelles exceptions à l'immunité des États. J'estime par conséquent que la Cour d'appel a conclu à bon droit que la *LIÉ* renferme un code complet des exceptions à l'immunité (par. 38-42). Je passe maintenant à l'interprétation et à l'application de la *LIÉ* en l'espèce.

C. Alinéa 6a) de la Loi sur l'immunité des États

[64] Bien que les appelants n'aient pas interjeté directement appel de l'interprétation donnée par le juge Morissette de la Cour d'appel à l'al. 6a) de la *LIÉ*, il est nécessaire d'établir la véritable portée de la loi avant d'en analyser la constitutionnalité. Si l'exception à l'immunité des États fondée sur les dommages corporels et prévue par l'al. 6a) englobe le préjudice psychologique subi par M. Hashemi, celui-ci n'aura aucun motif pour prétendre que la loi est inconstitutionnelle, et ce, même si la contestation constitutionnelle de la succession peut suivre son cours. La Cour entend donc étudier le sens de l'al. 6a) et décider si M. Hashemi peut invoquer l'exception énoncée à cette disposition.

[65] Dans son mémoire supplémentaire, l'*amicus curiae* plaide que l'exception des « dommages corporels », prévue à l'al. 6a), à l'immunité des États ne peut s'appliquer dans la présente affaire. Toujours selon lui, l'exception prévue à cet alinéa ne s'applique pas si les faits allégués qui ont causé des dommages corporels ou le décès ne se sont pas produits au Canada. Subsidiairement, il soutient que cette exception des « dommages corporels » ne s'applique pas si le préjudice allégué ne constitue pas un préjudice physique. Par conséquent, le préjudice psychologique allégué par M. Hashemi ne relèverait pas de cette exception.

[66] A number of interveners made submissions regarding the proper interpretation of “personal or bodily injury” under s. 6(a) of the Act. The BCCLA argues that s. 6(a) should be interpreted broadly to include psychological injury. In its view, psychological integrity is an integral part of one’s physical integrity (factum, at para. 22). In the same vein, Canadian Lawyers for International Human Rights (“CLAIHR”) submits that the Quebec Court of Appeal erred in holding that serious psychological trauma suffered in Canada cannot come within the exception to state immunity found at s. 6(a) of the *SIA*. In CLAIHR’s view, the Court of Appeal’s attempt to distinguish physical injuries from psychological injuries is inconsistent with s. 15 of the *Charter*. Further, CLAIHR points to recent medical research suggesting that there is no distinction between psychological and physical injuries. Finally, CLAIHR argues that *Schreiber* is not a full answer to the issues in this case.

[67] Given the above arguments, the Court is being presented with two questions. First, is it necessary for the tort or civil delict which caused the death or personal injury to have occurred in Canada in order for the exception to immunity to apply? If not, is it possible for Mr. Hashemi’s allegations of psychological harm to fit within the definition of “personal or bodily injury” under s. 6(a) of the Act?

[68] For ease of reference, the wording of s. 6(a) reads as follows:

A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to . . . any death or personal or bodily injury . . . that occurs in Canada.

[69] Upon first reading, the wording of s. 6(a) could be interpreted in one of two ways. For the exception to be engaged, the Act requires either (1) that the injury manifest itself in Canada, even where the acts causing the death or injury occurred outside Canada, or (2) that the acts causing injury or death occur within Canada. The wording of s. 6(a) is not

[66] Un certain nombre d’intervenants ont présenté des arguments sur l’interprétation appropriée des mots « dommages corporels » utilisés à l’al. 6a) de la *LIÉ*. L’ALCCB soutient que cet alinéa devrait être interprété largement pour viser le préjudice psychologique. À son avis, l’intégrité psychologique fait partie intégrante de l’intégrité physique d’un individu (mémoire, par. 22). Dans le même sens, le Canadian Lawyers for International Human Rights (« CLAIHR ») soutient que la Cour d’appel du Québec a conclu à tort qu’un grave traumatisme psychologique subi au Canada ne peut être visé par l’exception à l’immunité des États énoncée à l’al. 6a) de la *LIÉ*. Selon le CLAIHR, la tentative de la Cour d’appel de distinguer le préjudice corporel du préjudice psychologique est incompatible avec l’art. 15 de la *Charte*; et, en outre, il invoque des recherches médicales récentes qui tendent à établir l’absence de distinction entre ces deux types de préjudice. Enfin, le CLAIHR prétend que l’arrêt *Schreiber* ne constitue pas une réponse complète aux questions en litige dans la présente affaire.

[67] En raison de la teneur des arguments mentionnés précédemment, la Cour se trouve saisie de deux questions. Premièrement, faut-il que le délit civil ayant causé le décès ou les dommages corporels ait été commis au Canada pour que s’applique l’exception à l’immunité? Sinon, le préjudice psychologique allégué par M. Hashemi peut-il constituer des « dommages corporels » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 6a) de la *LIÉ*?

[68] Par souci de commodité, le texte de l’al. 6a) est reproduit ci-après :

L’État étranger ne bénéficie pas de l’immunité de juridiction dans les actions découlant [. . .] des décès ou dommages corporels survenus au Canada;

[69] À première vue, le texte de l’al. 6a) peut être interprété de deux façons. Pour que l’exception entre en jeu, il faut aux termes de la loi que soit (1) les dommages se manifestent au Canada même si les actes qui les ont causés ou qui ont causé la mort ont été posés ailleurs, soit (2) que ces actes aient été posés au Canada. Le libellé de l’al. 6a) n’est donc

nearly as clear as the language of s. 3(1) discussed earlier with respect to the exceptions.

[70] However, when the words of s. 6(a) are examined in conjunction with the purpose of the Act, it becomes apparent that the second interpretation of s. 6(a) is far more tenable. As stated above, the purpose of the Act is to ensure that the underlying rationales for the doctrine of state immunity are upheld in Canada. If the statute were read in the manner proposed by certain of the interveners, an individual could be involved in an incident in a foreign country or be engaged in an altercation with agents of a foreign government while in that state's territory, have his or her injuries manifest themselves only upon returning to Canada, and then, once in Canada, institute proceedings against the foreign state for the extraterritorial incident. Even if the claim were not a meritorious one, a foreign state might nonetheless need to defend itself in Canada against this kind of claim. Such a situation would put the foreign state's decisions and actions in its own territory directly under the scrutiny of Canada's judiciary — the exact situation sovereign equality seeks to avoid.

[71] Further, interpreting s. 6(a) as requiring solely the injury or death to have occurred in Canada would lead to absurd results. It would mean that two individuals could suffer the exact same treatment in a foreign country, but the ability to bring a civil suit would be determined solely on the jurisdiction where each individual's injuries manifest themselves. Bork J. of the United States Court of Appeals for the District of Columbia considered a provision analogous to s. 6 in the case of *Persinger v. Islamic Republic of Iran*, 729 F.2d 835 (1984), and addressed this absurdity. Section 1605(a)(5) of the *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. (“FSIA”), § 1605(a)(5), reads:

A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States . . . in [cases where money] . . . damages are sought against a foreign state for personal injury or death, . . . occurring in the United

manifestement pas aussi clair que celui du par. 3(1) dont j'ai déjà discuté au sujet des exceptions.

[70] Cependant, lorsqu'on examine le texte de l'al. 6a) en corrélation avec l'objet de la *LIÉ*, il devient évident que la deuxième interprétation se défend beaucoup mieux que la première. Comme je l'ai déjà rappelé, la *LIÉ* vise à assurer le respect des justifications sous-jacentes du principe de l'immunité des États au Canada. Si on interprétait la loi de la façon proposée par certains des intervenants, une personne pourrait avoir été impliquée dans un accident à l'étranger ou dans une altercation avec les agents d'un gouvernement étranger sur le territoire de cet État, son préjudice pourrait s'être manifesté uniquement après son retour au Canada, et elle aurait, une fois de retour au Canada, le droit d'engager contre l'État étranger une poursuite fondée sur l'incident survenu à l'étranger. Même si elles n'étaient pas fondées, un État étranger pourrait être contraint de venir se défendre au Canada contre les réclamations de ce genre. Les décisions et mesures prises par un État étranger sur son propre territoire seraient alors soumises directement à l'examen des tribunaux canadiens, la situation même que l'égalité souveraine cherche à éviter.

[71] En outre, l'interprétation voulant que, selon l'al. 6a), seuls les dommages corporels ou le décès doivent survenir au Canada conduirait à des résultats absurdes. Elle signifierait que deux personnes pourraient subir le même traitement dans un pays étranger, mais que leur capacité d'intenter un recours civil serait uniquement fonction du lieu où se manifesterait le préjudice de chacun d'eux. Le juge Bork, de la Cour d'appel des États-Unis, district de Columbia, a examiné une disposition analogue à l'art. 6 dans *Persinger c. Islamic Republic of Iran*, 729 F.2d 835 (1984), et abordé cette absurdité. Le sous-al. 1605(a)(5) de la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. (« FSIA »), § 1605(a)(5) est ainsi libellé :

[TRADUCTION] L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction devant les tribunaux des États-Unis [. . .] dans les [cas où] [. . .] des dommages-intérêts sont réclamés contre lui pour dommages corporels ou

States and caused by the tortious act or omission of that foreign state

In determining that parents of a hostage held in Tehran could not sue Iran in American courts for emotional and mental distress suffered by them in the United States, Bork J. wrote:

Indeed, [the proposed interpretation] would have the result that had one hostage died in Tehran and another been released and died in the United States, both deaths being due to injuries inflicted while they were held hostage, the district court would have jurisdiction over the second suit but not over the first. Such results would deprive the statute of any policy coherence. [p. 843]

Indeed, this kind of distinction would be arbitrary and irrational, and cannot have been the intention of Parliament (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 310-12).

[72] By contrast, an interpretation of s. 6(a) that requires the tort causing the personal injury or death to have occurred in Canada upholds the purposes of sovereign equality without leading to absurd results. It accords with the theory of sovereign equality to allow foreign states to be sued in Canada for torts allegedly committed by them within Canadian boundaries. As explored above, sovereignty is intimately tied to independence. State independence relates to the “exclusive competence of the State in regard to its own territory” (*Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. Netherlands*, Award (1928), II R.I.A.A. 829, at p. 838; Fox and Webb, at p. 74). If a foreign state is committing torts within Canadian controlled boundaries, Canada has the competence (derived from its independence) to bring the foreign state within Canada’s adjudicative jurisdiction. There would thus be a sufficient connection with the forum state to justify bringing the foreign state’s actions under Canadian scrutiny. In this way, the territorial tort exception to state immunity maintains an appropriate balance between “the principles of territorial jurisdiction and state independence” (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, at p. 258). It enables a forum

décès [. . .] survenus aux États-Unis par suite de son omission ou de son acte délictuel . . .

Lorsqu’il a décidé que les parents d’une personne retenue en otage à Téhéran ne pouvaient pas poursuivre l’Iran devant les tribunaux américains pour les troubles émotionnels et la souffrance morale qu’ils ont subis aux États-Unis, le juge Bork a affirmé :

[TRADUCTION] De fait, [l’interprétation proposée] aurait pour résultat que, si un otage était mort à Téhéran tandis qu’un autre était libéré avant de mourir aux États-Unis, les deux des suites de blessures subies alors qu’ils étaient retenus en otage, la cour de district aurait compétence sur la deuxième poursuite, mais non sur la première. De telles conséquences priveraient la loi de toute cohérence sur le plan des principes. [p. 843]

En effet, une distinction de ce genre serait arbitraire et irrationnelle, et ne peut avoir été souhaitée par le législateur (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 310-312).

[72] À l’inverse, une interprétation de l’al. 6a) qui exige que le délit qui a causé le dommage corporel ou le décès ait été commis au Canada respecte les objectifs de l’égalité souveraine sans donner lieu à des résultats absurdes. En effet, il est conforme au principe d’égalité souveraine de permettre que les États étrangers soient poursuivis au Canada pour des délits présumément commis par eux sur son territoire. Comme nous l’avons vu, la souveraineté est intimement liée à l’indépendance. Or, l’indépendance de l’État a trait à la [TRADUCTION] « compétence exclusive de l’État en ce qui concerne son propre territoire » (*Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America c. Netherlands*, Award (1928), II R.I.A.A. 829, p. 838; Fox et Webb, p. 74). Si un État étranger commet des délits à l’intérieur des frontières canadiennes, le Canada a le pouvoir (qu’il tient de son indépendance) de le soumettre à sa compétence juridictionnelle. Il existerait alors un lien suffisant avec l’État du for pour justifier l’examen des actes de l’État étranger par les tribunaux canadiens. L’exception du délit commis sur le territoire de l’État du for maintient ainsi un juste équilibre entre [TRADUCTION] « les principes de compétence territoriale et d’indépendance

state to exercise jurisdiction over foreign states within its borders without allowing the forum state to “sit in judgment of extraterritorial state conduct” (*ibid.*). It should be noted, though, that, according to a recent I.C.J. decision, the territorial tort exception does not apply to torts allegedly committed by armed forces acting in times of conflict (*Germany v. Italy*, at para. 78; *Fox and Webb*, at p. 462).

[73] I am therefore in agreement with the *amicus* with regard to s. 6(a) of the *SIA*. The “personal or bodily injury” exception to state immunity does not apply where the impugned events, or the tort causing the personal injury or death, did not take place in Canada. In coming to this conclusion, I endorse the statements from the Ontario Court of Appeal in both *Bouzari* (at para. 47) and *Castle v. United States Department of Justice (Attorney General)* (2006), 218 O.A.C. 53, at para. 7, in which that court decided that s. 6 was meant to provide an exception for torts taking place on Canadian soil. Indeed, this seems to be the general international consensus surrounding legislated tort exceptions (see H. Fox, “State Immunity and the International Crime of Torture”, [2006] *E.H.R.L.R.* 142, at p. 155).

[74] However, even if the alternative interpretation of s. 6(a) were accepted, Mr. Hashemi’s circumstance would still not fall within the exception to state immunity. The “personal or bodily injury” exception to state immunity does not apply where the alleged injury does not stem from a physical breach of personal integrity.

[75] In *Schreiber*, our Court confirmed that “the scope of the exception in s. 6(a) is limited to instances where mental distress and emotional upset were linked to a physical injury” (para. 42). Only when psychological distress manifests itself after a physical injury will the exception to state immunity be triggered. In other words, “some form of a breach of physical integrity must be made out” (para. 62).

de l’État » (Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, p. 258). Elle permet à l’État du for d’exercer sa compétence sur les États étrangers à l’intérieur de ses frontières sans l’autoriser à « juger de la conduite extraterritoriale de ces États » (*ibid.*). Il convient toutefois de souligner que, d’après une décision récente de la C.I.J., l’exception du délit commis sur le territoire de l’État du for ne s’applique pas aux délits présumément commis par des forces armées en temps de guerre (*Allemagne c. Italie*, par. 78; *Fox et Webb*, p. 462).

[73] Je partage donc l’avis de l’*amicus curiae* à propos de l’al. 6a) de la *LIÉ*. L’exception des « dommages corporels » à l’immunité des États ne s’applique pas si les faits reprochés, ou le délit, qui ont causé les dommages corporels ou le décès ne se sont pas produits au Canada. En arrivant à cette conclusion, je fais miens les propos de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Bouzari* (par. 47) et *Castle c. United States Department of Justice (Attorney General)* (2006), 218 O.A.C. 53, par. 7, deux arrêts où elle a décidé que l’art. 6 était censé prévoir une exception pour les délits commis en territoire canadien. En fait, il semble s’agir là du consensus général international sur les exceptions législatives relatives aux délits (voir H. Fox, « State Immunity and the International Crime of Torture », [2006] *E.H.R.L.R.* 142, p. 155).

[74] Par contre, même si l’autre interprétation de l’al. 6a) de la *LIÉ* était admise, la situation de M. Hashemi ne relèverait toujours pas de l’exception à l’immunité des États. En effet, l’exception des « dommages corporels » à cette immunité ne s’applique pas si le préjudice allégué ne découle pas d’une atteinte à l’intégrité physique d’une personne.

[75] Dans l’arrêt *Schreiber*, la Cour a confirmé que « la portée de l’exception de l’al. 6a) se limite aux cas où la souffrance morale et les troubles émotifs sont liés à un préjudice physique » (par. 42). Seule la manifestation d’une détresse psychologique à la suite d’un préjudice physique entraîne l’application de l’exception à l’immunité des États. Autrement dit, « [il est nécessaire] d’établir la présence d’une atteinte à l’intégrité physique » (par. 62).

[76] Contrary to the submissions made by the intervener CLAIHR, *Schreiber* was neither incorrectly decided nor is the principle derived from *Schreiber* inapplicable to the case at hand. I come to these conclusions for a number of reasons.

[77] First, in order to maintain coherence with the civil law, it is necessary to interpret “*dommages corporels*” in the French version of s. 6(a) of the *SIA* as requiring physical harm (*Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168, at paras. 100-101). Second, considering the lack of ambiguity in the French wording of the provision, there is no need to resort to *Charter* values to interpret s. 6(a) (see *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 611, at para. 15). Finally, although the facts in *Schreiber* were indeed different, the Court in that case did turn its mind to situations analogous to the present case. The Court noted that when torture involves “physical interference” with the person, *that* individual will have experienced a “*préjudice corporel*” regardless of signs of physical injury to the body (*Schreiber*, at para. 63). The “*préjudice corporel*” will not, however, extend to those who, although close to the victim, experienced a “*préjudice moral*” (mental injury) with no physical breach.

[78] It is my view, then, that *Schreiber* is good law and perfectly applicable to the case at hand. Even if current medical research maintains that it is often difficult to distinguish between physical and psychological injuries, I agree with the *amicus* that “[t]he fact that psychological trauma may cause physiological reactions does not alter the fact that no [physical] injuries have been pleaded as having been suffered by Mr. Hashemi” (supplemental factum, at para. 30). Mr. Hashemi did not plead any kind of physical harm or any injury to his physical integrity. Therefore, his claim is barred by the statute on two grounds. First, the alleged tort did not “occur in Canada” within the meaning of the *SIA*. Second, Mr. Hashemi has not claimed any “*dommage corporel*” which could potentially have

[76] Contrairement aux observations formulées par l’intervenant CLAIHR, l’arrêt *Schreiber* n’est pas mal fondé, et le principe qui s’en dégage n’est pas non plus inapplicable en l’espèce. J’en arrive à ces conclusions pour plusieurs raisons.

[77] Premièrement, pour maintenir l’uniformité avec le droit civil, il faut considérer que les mots « dommages corporels » utilisés à l’al. 6a) de la *LIE* exigent la présence d’une atteinte à l’intégrité physique (*Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168, par. 100-101). Deuxièmement, vu l’absence d’ambiguïté dans la version française de la disposition, point n’est besoin de recourir aux valeurs de la *Charte* pour interpréter l’al. 6a) (voir *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 611, par. 15). Enfin, même si les faits de l’arrêt *Schreiber* étaient bel et bien différents, la Cour s’est penchée dans cette affaire sur des circonstances semblables à celles de la présente espèce et a signalé que, lorsque la torture implique une « contrainte physique » de la personne, *cette* dernière subit un « préjudice corporel », peu importe les traces de préjudice sur le corps (*Schreiber*, par. 63). Le « préjudice corporel » n’englobe toutefois pas les personnes qui, malgré leur proximité avec la victime, n’ont subi qu’un « préjudice moral » sans qu’il soit porté atteinte à leur intégrité physique.

[78] J’estime donc que l’arrêt *Schreiber* est bien fondé et parfaitement applicable en l’espèce. Même si, selon les connaissances médicales actuelles, il est souvent difficile de distinguer le préjudice physique du préjudice psychologique, je conviens avec l’*amicus curiae* que [TRADUCTION] « [I]a possibilité qu’un traumatisme psychologique entraîne des réactions physiologiques ne change rien au fait qu’on n’a pas soutenu que M. Hashemi avait subi un tel préjudice [physique] » (mémoire supplémentaire, par. 30). M. Hashemi n’a plaidé aucun préjudice physique ou atteinte à son intégrité physique. La loi fait donc obstacle à sa réclamation pour deux motifs. Tout d’abord, le délit reproché n’est pas « survenu au Canada » au sens où il faut l’entendre pour l’application de la *LIE*. Ensuite, M. Hashemi n’a pas

brought him within the exception stated at s. 6(a), had the tort occurred in Canada.

D. *Applicability of the State Immunity Act to Public Officials Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi*

[79] The final issue relating to statutory interpretation is whether Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi are immune from legal action by operation of the *SIA*. The resolution of this issue hinges on answering three questions, namely: (1) Are public officials acting in their official capacity included in the term “government” as it is used in the *SIA*? (2) Were Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi acting in their official capacity in their interactions with Ms. Kazemi? and (3) Can acts of torture be “official acts” for the purposes of the *SIA*? In my view, the above questions must be answered in the affirmative, with the result that Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi are immune from civil suit in the underlying claim pursuant to s. 3(1) of the *SIA*.

- (1) Are Public Officials Acting in Their Official Capacity Included in the Term “Government” as It Is Used in the *State Immunity Act*?

[80] Section 3(1) of the *SIA* provides that a “foreign state” is immune from the jurisdiction of any court in Canada. “Foreign state” is defined in s. 2 as follows:

“foreign state” includes

- (a) any sovereign or other head of the foreign state or of any political subdivision of the foreign state while acting as such in a public capacity,
- (b) any government of the foreign state or of any political subdivision of the foreign state, including any of its departments, and any agency of the foreign state, and

allégué avoir subi des « dommages corporels » qui auraient pu faire en sorte que sa situation relève de l’exception énoncée à l’al. 6a) si le délit avait été commis au Canada.

D. *Applicabilité de la Loi sur l’immunité des États aux fonctionnaires MM. Mortazavi et Bakhshi*

[79] La dernière question d’interprétation législative soulevée par le présent pourvoi est celle de savoir si l’application de la *LIÉ* met Saeed Mortazavi et Mohammad Bakhshi à l’abri des poursuites judiciaires. La réponse dépend de celle donnée à trois autres questions : (1) Les fonctionnaires dans l’exercice de leurs fonctions officielles sont-ils visés par le terme « gouvernement » au sens où il faut l’entendre pour l’application de la *LIÉ*? (2) MM. Mortazavi et Bakhshi exerçaient-ils leurs fonctions officielles lorsqu’ils ont interagi avec M^{me} Kazemi? Et (3) des actes de torture peuvent-ils constituer des « actes officiels » pour l’application de la *LIÉ*? À mon avis, ces questions doivent recevoir une réponse affirmative, avec pour résultat que MM. Mortazavi et Bakhshi sont à l’abri de toute poursuite relativement à la réclamation sous-jacente, en application du par. 3(1) de la *LIÉ*.

- (1) Les fonctionnaires dans l’exercice de leurs fonctions officielles sont-ils visés par le terme « gouvernement » au sens où il faut l’entendre pour l’application de la *Loi sur l’immunité des États*?

[80] Aux termes du par. 3(1) de la *LIÉ*, l’« État étranger » bénéficie de l’immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada. L’article 2 donne la définition suivante d’« État étranger » :

« État étranger » Sont assimilés à un État étranger :

- a) le chef ou souverain de cet État ou d’une subdivision politique de celui-ci, dans l’exercice de ses fonctions officielles;
- b) le gouvernement et les ministères de cet État ou de ses subdivisions politiques, ainsi que les organismes de cet État;

(c) any political subdivision of the foreign state;

[81] The appellants submit that the courts below erred in holding that the *SIA* extends to all state officials acting within the scope of their duties. They argue that the only beneficiaries of immunity under the Act are the legal entity of the foreign state and the sovereign or other head of state when acting in a public capacity. In their view, unless foreign officials claim diplomatic or consular immunity, they will be subject to common law immunities and the private international law rules of every province.

[82] The *amicus* takes the position that all foreign public officials acting in their official capacity (i.e., civil servants, government employees, functionaries, etc.) fall within the purview of the term “government” under s. 2 of the *SIA*. The *amicus* notes that although “government” is not defined in the *SIA*, the use of the term elsewhere in the Act supports an interpretation of “government” that includes individual public officials. Further, the term “government” under the *Charter* and in other contexts includes public officials.

[83] According to the intervenor Redress Trust Ltd. (“Redress”), immunity for torture should not extend to foreign public officials. In its opinion, under international law, individual perpetrators of torture cannot avoid accountability for their wrongful conduct by hiding behind their official status. In its view, permitting the appellants’ claim does not undermine the principle of state immunity any more than what is already allowed by the principle of individual criminal responsibility of state officials under international criminal law.

[84] On the plain wording of the Act, it is unclear which actors Parliament intended to capture when it included the term “government” in the definition of “foreign state”. The term “government” is capable of referring to many different entities and individuals, including but not limited to: legislatures, the executive, entities receiving government funding

c) les subdivisions politiques de cet État.

[81] Les appelants soutiennent que les juridictions inférieures se sont trompées en concluant que la *LIE* s’applique à tous les fonctionnaires qui agissent dans les limites de leurs fonctions. Ils ajoutent que seuls l’État comme entité juridique et le souverain ou chef de cet État dans l’exercice de ses fonctions officielles bénéficient de l’immunité prévue par la loi. À leur avis, les fonctionnaires ne sont protégés que par les immunités de common law et assujettis aux règles de droit international privé de chaque province, à moins qu’ils revendiquent l’immunité diplomatique ou consulaire.

[82] D’après l’*amicus curiae*, tous les fonctionnaires étrangers exerçant leurs fonctions officielles (p. ex. les employés de la fonction publique, les employés gouvernementaux, les fonctionnaires, etc.) sont visés par le terme « gouvernement » utilisé à l’art. 2 de la *LIE*. Il fait remarquer que, même si le mot « gouvernement » n’est pas défini dans la *LIE*, son utilisation dans cette loi milite en faveur d’une interprétation du terme « gouvernement » englobant les fonctionnaires. En outre, le mot « gouvernement » que l’on trouve dans la *Charte* et dans d’autres contextes s’entend notamment des fonctionnaires.

[83] Selon l’intervenant Redress Trust Ltd. (« Redress »), l’immunité en cas de torture ne devrait pas s’étendre aux fonctionnaires étrangers. Selon lui, en droit international, les tortionnaires ne peuvent éviter de rendre des comptes pour leur conduite répréhensible en se dissimulant derrière leur qualité officielle. Toujours selon Redress, la réception de la réclamation des appelants ne minerait pas le principe de l’immunité des États au-delà de ce que permet déjà le principe de la responsabilité criminelle des représentants de l’État en droit criminel international.

[84] Il est difficile de savoir, à la lecture du simple libellé de la loi, qui le législateur voulait viser lorsqu’il a inséré le terme « gouvernement » dans la définition d’« État étranger ». En effet, ce terme est susceptible de désigner une multitude d’entités et de personnes différentes, notamment : les législatures, l’exécutif, les entités financées par l’État et

and which are subject to government control, and public officials. The absence of an explicit reference to “public officials” in the Act requires that the term “government” be interpreted in context, and, as previously mentioned, against the backdrop of international law.

[85] At the outset, I note that the definition of the term “foreign state” at s. 2 of the *SIA* is open-ended, as indicated by the use of the word “includes”. When this statutory language is placed in context, in conjunction with the purpose of the Act, it becomes clear that public officials must be included in the meaning of “government” in s. 2 of the *SIA*. The reality is that governmental decisions are carried out by a state’s servants and agents. States are abstract entities that can only act through individuals. Significantly, s. 14(1)(c) of the Act provides that a certificate issued by the Minister of Foreign Affairs as to whether a person or *persons* are to be regarded as the head or government of a foreign state is conclusive evidence of any matter that is stated in it. It is difficult to conceive of a reason for which “persons” might be regarded as “government” under the Act if not to be provided immunity pursuant to s. 3(1).

[86] This contextual interpretation, dictated by common sense, is further supported by the *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (2004) (not yet in force), which defines “State” as including “representatives of the State acting in that capacity” (art. 2(1)(b)(iv)). It is also supported by international jurisprudence, reflecting a growing consensus on this issue in a number of jurisdictions: see *Jones v. United Kingdom*, at paras. 96 and 202; *Prosecutor v. Blaškić* (1997), 110 I.L.R. 607, at p. 707; *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, at paras. 30 and 65-69.

[87] Excluding public officials from the meaning of government would completely thwart the purposes of the *SIA*. I agree with the following statement of the European Court of Human Rights:

assujetties à son contrôle ainsi que les fonctionnaires. Comme la *LIÉ* n’utilise pas expressément le mot « fonctionnaire », le terme « gouvernement » doit être interprété selon son contexte et, comme je l’ai déjà mentionné, à la lumière du droit international.

[85] Tout d’abord, je souligne que la définition d’« État étranger » qui figure à l’art. 2 de la *LIÉ* n’a pas une portée déterminée, comme en fait foi l’utilisation du mot « *includes* » dans la version anglaise. Lorsqu’on situe ces mots dans leur contexte, de pair avec l’objet de la *LIÉ*, il devient évident que les agents de l’État doivent être visés par le sens du mot « gouvernement » qui figure à l’art. 2 de cette loi. Les décisions du gouvernement sont nécessairement mises à exécution par les employés de la fonction publique et les mandataires de l’État, une entité abstraite qui ne peut agir que par l’entremise d’individus. Fait important, l’al. 14(1)c) de la *LIÉ* prévoit que le certificat délivré par le ministre des Affaires étrangères pour attester du fait qu’une ou *des personnes* doivent être considérées comme chef d’un État étranger ou comme formant leur gouvernement fait foi de son contenu. Il est difficile d’imaginer pourquoi des « personnes » pourraient être considérées comme formant un « gouvernement » selon la *LIÉ* sans être visées par l’immunité dont il est question au par. 3(1).

[86] Cette interprétation contextuelle, dictée par le bon sens, prend en outre appui sur la *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* (2004) (non encore en vigueur) qui définit le terme « État » comme désignant notamment « [l]es représentants de l’État agissant à ce titre » (sous-al. 2(1)b)iv)). Elle est aussi étayée par de la jurisprudence internationale qui reflète ainsi un consensus de plus en plus grand sur la question : voir *Jones* (ECHR), par. 96 et 202; *Prosecutor c. Blaškić* (1997), 110 I.L.R. 607, p. 707; *Jones* (HL), par. 30 et 65-69.

[87] Si la définition du mot gouvernement excluait les fonctionnaires, cela contrecarrerait complètement les objectifs de la *LIÉ*. À ce propos, je souscris à l’énoncé suivant de la Cour européenne des droits de l’homme :

Since an act cannot be carried out by a State itself but only by individuals acting on the State's behalf, where immunity can be invoked by the State then the starting point must be that immunity . . . applies to the acts of State officials. If it were otherwise, State immunity could always be circumvented by suing named officials.

(*Jones v. United Kingdom*, at para. 202)

[88] Within Canada itself, the Ontario Court of Appeal noted in *Jaffe v. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745, that public officials were not included under the Act:

To avoid having its action dismissed on the ground of state immunity, a plaintiff would have only to sue the functionaries who performed the acts. In the event that the plaintiff recovered judgment, the foreign state would have to respond to it by indemnifying its functionaries, thus, through this indirect route, losing the immunity conferred on it by the Act. [p. 759]

[89] The appellants argue that a civil suit against the two individual respondents — even if it were successful — would not necessarily lead to an award of damages against the state, and therefore Iran would not necessarily suffer any financial loss. In their view, the proceedings against Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi would have the effect of jeopardizing only the personal patrimony of those two individuals (A.F., at para. 167).

[90] Even if the appellants were correct in their contention, a matter of which I am not convinced, their argument is premised on a misunderstanding of the purposes of state immunity. Avoiding both the enforcement of an award of damages against a state and the state's indemnification of its agents are but two of the many purposes served by state immunity. In practice, suing a government official in his or her personal capacity for acts done while in government has many of the same effects as suing the state, effects that the *SIA* seeks to avoid. Allowing civil claims against individual public officials would in effect require our courts to scrutinize other states' decision making as carried out by their public officials. The foreign state would suffer very similar

[TRADUCTION] Puisqu'un acte ne peut être exécuté que par des individus au nom de l'État, et non par l'État lui-même, dans les cas où cet État peut invoquer l'immunité, il faut partir du postulat que l'immunité [. . .] s'applique aux actes des fonctionnaires. S'il en était autrement, il serait toujours possible de contourner l'immunité des États en poursuivant des fonctionnaires désignés.

(*Jones* (ECHR), par. 202)

[88] Au Canada, la Cour d'appel de l'Ontario a souligné dans *Jaffe c. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745, que les fonctionnaires n'étaient pas visés par la *LIÉ* :

[TRADUCTION] Pour éviter que son action soit rejetée en raison de l'immunité des États, le demandeur n'aurait qu'à poursuivre les fonctionnaires ayant exécuté les actes en cause. Si le demandeur avait gain de cause, l'État étranger serait obligé d'y réagir en indemnisant ses fonctionnaires, ce qui lui ferait perdre indirectement l'immunité que lui confère la *LIÉ*. [p. 759]

[89] Les appelants prétendent que l'exercice d'un recours civil contre les deux individus intimés — même s'ils avaient gain de cause — n'entraînerait pas inévitablement une condamnation aux dommages-intérêts contre l'État, et que l'Iran ne subirait donc pas nécessairement de pertes financières. Selon leurs prétentions, l'instance engagée contre MM. Mortazavi et Bakhshi mettrait en péril uniquement le patrimoine personnel de ces deux individus (m.a., par. 167).

[90] Même si l'argument des appelants était valable — ce dont je ne suis pas convaincu —, il repose sur une conception erronée de l'objet de l'immunité des États. Éviter tant l'exécution contre un État d'une condamnation à des dommages-intérêts et l'indemnisation par l'État de ses fonctionnaires ne constitue que deux des nombreux objectifs de l'immunité des États. En pratique, une poursuite engagée contre un fonctionnaire à titre personnel pour des actes commis alors qu'il faisait partie de la fonction publique entraîne plusieurs des mêmes conséquences qu'une poursuite intentée contre l'État, des effets que la *LIÉ* vise à éviter. L'autorisation de poursuites civiles contre des fonctionnaires, en particulier, obligerait en fait nos tribunaux à

reputational consequences, could be forced to defend itself in Canada, and could still potentially suffer the same costs than if it were found liable itself (if, for example, the individual defendants attempted to obtain indemnification from the state domestically). In *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, Lord Bingham reached the same conclusion while considering a slightly different argument:

It is, however, clear that a civil action against individual torturers based on acts of official torture does indirectly implead the state since their acts are attributable to it. Were these claims against the individual defendants to proceed and be upheld, the interests of the Kingdom [of Saudi Arabia] would be obviously affected, even though it is not a named party. [para. 31]

[91] The appellants also rely on the U.S. Supreme Court decision in *Samantar v. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010) (“*Samantar*”), to argue that the *SIA* does not apply to public officials. In *Samantar*, victims of torture in Somalia sought damages from Mohamed Ali Samantar, the former Prime Minister of Somalia. The question before the U.S. Supreme Court was whether the *FSIA* provided immunity to an individual sued for actions taken in his official capacity. The court interpreted the *FSIA*, and concluded that the definition of “foreign state” does not include an official acting on behalf of the foreign state. Thus, the court held that foreign official immunity is governed by the common law.

[92] *Samantar* is distinguishable from the present case. The decision in *Samantar* hinged on the specific language found at § 1603 of the *FSIA*. A number of differences between Canadian and U.S. legislation render *Samantar* inapplicable to the case at hand. First, as the *amicus* points out, the *FSIA* does not contain a definition of “foreign state” which includes “government”, the precise word our Court is tasked with interpreting in the instant case. Second, in the *FSIA*, when Congress intended to refer to officials, it did so expressly. The express mention of officials in some parts of the *FSIA* but not in the definition of “foreign state” indicates that

examiner les décisions d’États étrangers qu’auraient prises leurs agents. Ces États subiraient ainsi une atteinte fort semblable à leur réputation, pourraient devoir se défendre au Canada et se trouveraient exposés aux mêmes coûts que s’ils étaient eux-mêmes déclarés responsables (si, par exemple, les défendeurs individuels tentaient de se faire indemniser par l’État, dans leur pays). En examinant un argument légèrement différent, lord Bingham a tiré la même conclusion dans *Jones* (HL) :

[TRADUCTION] Il est toutefois clair qu’une action civile contre des personnes qui auraient commis des actes de torture officiels met indirectement en cause l’État, puisque leurs actes sont attribuables à celui-ci. Si l’action contre ces personnes procédait et était couronnée de succès, les intérêts du Royaume [d’Arabie saoudite] en souffriraient évidemment, même s’il n’est pas partie au litige. [par. 31]

[91] Les appelants se sont également fondés sur l’arrêt *Samantar c. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010), de la Cour suprême des États-Unis (« *Samantar* »), pour plaider que la *LIÉ* ne s’applique pas aux fonctionnaires. Dans cette affaire, des victimes de torture en Somalie avaient réclamé des dommages-intérêts à Mohamed Ali Samantar, l’ancien premier ministre de ce pays. La Cour suprême des États-Unis devait déterminer si la *FSIA* accordait l’immunité à une personne poursuivie pour des actes commis dans l’exercice de ses fonctions officielles. Elle a interprété la *FSIA*, et conclu que la définition d’« État étranger » n’englobe pas le fonctionnaire agissant au nom de ce dernier. La Cour suprême a donc jugé que la common law régit l’immunité accordée au fonctionnaire étranger.

[92] L’affaire *Samantar* peut être distinguée de la présente espèce. En effet, la décision rendue dans cette affaire portait sur le libellé explicite du § 1603 de la *FSIA*. Or, plusieurs différences entre la loi canadienne et la loi américaine rendent l’arrêt *Samantar* inapplicable en l’espèce. Tout d’abord, comme le souligne l’*amicus curiae*, la *FSIA* ne contient pas de définition d’« État étranger » où figure le terme « gouvernement », le mot même que la Cour est appelée à interpréter en l’espèce. Ensuite, lorsque le Congrès a voulu traiter des fonctionnaires dans la *FSIA*, il l’a fait en termes exprès. Cette mention expresse dans certaines parties de la *FSIA*,

Congress did not intend to include officials in the broader definition of “foreign state” under § 1603. Unlike the *FSIA*, express reference to officials can be found nowhere in the *SIA*. Therefore, the statutory interpretation argument of “implied exclusion”, which was helpful to the U.S. Supreme Court in *Samantar*, cannot be made in our case (see generally Sullivan, at p. 244).

[93] Given the above, I conclude that public officials, being necessary instruments of the state, are included in the term “government” as used in the *SIA*. That being said, public officials will only benefit from state immunity when acting in their official capacity. This conclusion leads me to the question of whether the individual respondents were acting in their official capacity when they allegedly tortured Ms. Kazemi so as to render them immune from civil proceedings in Canada.

- (2) Were Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi Acting in Their Official Capacity When Carrying out the Torture of Ms. Kazemi?

[94] The appellants’ pleadings state that Mr. Mortazavi, the Chief Public Prosecutor for Tehran, ordered, oversaw, and actively participated in Ms. Kazemi’s torture. The pleadings further state that Mr. Bakhshi, in his former role as the Deputy Chief of Intelligence for Evin prison, interrogated, assaulted and tortured Ms. Kazemi. Moreover, the facts as pleaded state that Ms. Kazemi’s ordeal occurred on government premises, namely in the prison and in the military hospital, and that Ms. Kazemi was at all times under government control, even, sadly, after her death. The news of Ms. Kazemi’s death was reported by a government agency. In short, based on the allegations alone, the acts committed by Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi have all the bearings of official acts, and no suggestion was made that either of these public officials were acting in their personal capacity or in a way that was unconnected to their roles as state functionaries.

mais pas dans la définition du terme « État étranger », indique que le Congrès ne voulait pas inclure les fonctionnaires dans la définition large de ce terme qui figure au § 1603. Or, on ne trouve dans la *LIÉ* aucune telle mention expresse des fonctionnaires. Par conséquent, l’argument fondé sur l’interprétation de la loi par « exclusion implicite », qui a été utile pour la Cour suprême des États-Unis dans *Samantar*, ne peut être plaidé avec succès en l’espèce (voir, de façon générale, Sullivan, p. 244).

[93] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que les fonctionnaires, en tant qu’instruments nécessaires de l’État, sont visés par le terme « gouvernement » qui figure dans la *LIÉ*. Cela dit, les fonctionnaires ne peuvent bénéficier de l’immunité des États que lorsqu’ils exercent leurs fonctions officielles. Cette conclusion m’amène à la question de savoir si les individus intimés agissaient dans le cadre de leurs fonctions officielles lorsqu’ils ont présumément torturé M^{me} Kazemi de telle sorte qu’ils seraient à l’abri de procédures civiles au Canada.

- (2) MM. Mortazavi et Bakhshi exerçaient-ils leurs fonctions officielles lorsqu’ils ont torturé M^{me} Kazemi?

[94] D’après les allégations des appelants, M. Mortazavi, le procureur en chef des poursuites pénales de Téhéran, a ordonné et supervisé la torture de M^{me} Kazemi en plus d’y avoir activement participé. Toujours selon ces allégations, M. Bakhshi a interrogé, agressé et torturé M^{me} Kazemi lorsqu’il occupait le poste de chef adjoint du renseignement de la prison d’Evin. En outre, selon les faits plaidés, M^{me} Kazemi a subi son martyre à l’intérieur de bâtiments appartenant au gouvernement, soit la prison et l’hôpital militaire. Elle s’est aussi trouvée en tout temps sous le contrôle du gouvernement, et ce, malheureusement, même après sa mort. De plus, la nouvelle de son décès a été annoncée par une agence gouvernementale. Bref, au vu des allégations uniquement, les actes commis par MM. Mortazavi et Bakhshi revêtent toutes les caractéristiques d’actes officiels, et rien ne permet de croire que l’un ou l’autre de ces représentants de l’État agissait à titre personnel ou dans un cadre sans lien avec son rôle d’agent de l’État.

[95] Though the acts allegedly committed by Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi shock the conscience, I am not prepared to accept that the acts were unofficial merely because they were atrocious. The question to be answered is not whether the acts were horrific, but rather, whether the acts were carried out by the named respondents in their role as “government”. The heinous nature of torture does not transform the actions of Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi into private acts, undertaken outside of their official capacity. On the contrary, it is the state-sanctioned or official nature of torture that makes it such a despicable crime.

[96] Unsurprisingly, the very definition of torture contained in the *CAT* requires that it be “inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity” (art. 1). For clarity, and to address my colleague Justice Abella’s concern, it is the official nature of the conduct which gives rise to torture, and not the opposite. In this sense, I am of the view that torture is an official act in the circumstances of the present case. Support for this conclusion can be found in the reasoning of Lord Bingham and Lord Hoffmann in the case of *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, upheld as sound by the European Court of Human Rights. I agree with Lord Bingham that, by definition, torture is necessarily an official act of the state. He wrote:

It is, I think, difficult to accept that torture cannot be a governmental or official act, since under article 1 of the Torture Convention torture must, to qualify as such, be inflicted by or with the connivance of a public official or other person acting in an official capacity. [para. 19]

Lord Hoffmann noted that if certain governmental acts are “official enough” to come under the *CAT*, they are also “official enough” to attract immunity (para. 83).

[95] Certes, les actes reprochés à MM. Mortazavi et Bakhshi choquent la conscience. Cependant, je ne saurais pour autant accepter que leurs actes ne fussent pas officiels uniquement parce qu’ils ont été atroces. La question posée n’est pas celle de savoir si les actes étaient horribles, mais plutôt celle de vérifier s’ils ont été commis par les intimés à titre de « gouvernement ». Le caractère odieux de la torture ne métamorphose pas les agissements de MM. Mortazavi et Bakhshi en des actes privés commis à l’extérieur du cadre de leurs fonctions officielles. Au contraire, c’est la sanction officielle donnée par l’État à la torture qui rend ce crime si abominable.

[96] Il n’est donc pas étonnant que la définition même de torture énoncée dans la *CCT* exige que celle-ci soit « infligé[e] par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite » (art. 1). Par souci de clarté, et pour répondre aux réserves exprimées par ma collègue la juge Abella, il convient de préciser que c’est la nature officielle de la conduite qui fait qu’il y a torture, et non l’inverse. J’estime donc que la torture infligée dans les circonstances de la présente espèce a constitué un acte officiel. Le raisonnement des lords Bingham et Hoffmann dans l’arrêt *Jones (HL)*, jugé fondé par la Cour européenne des droits de l’homme, appuie cette conclusion. Je conviens avec lord Bingham que, par définition, la torture est nécessairement un acte officiel de l’État. Il écrit :

[TRADUCTION] Il me semble difficile d’admettre que la torture peut ne pas constituer un acte gouvernemental ou officiel, parce que, suivant l’article premier de la Convention contre la torture, pour être reconnue comme telle, la torture doit être infligée par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou de connivance avec ce fonctionnaire ou cette personne. [par. 19]

Lord Hoffmann a fait remarquer que, si certains actes gouvernementaux étaient [TRADUCTION] « assez officiels » pour relever de la *CCT*, ils sont également « assez officiels » pour faire intervenir l’immunité (par. 83).

[97] I generally agree. It is logically difficult for the appellants to simultaneously claim that the acts done to Ms. Kazemi fall within the definition of torture and thereby engage the protection of art. 14 of the *CAT*, but that the acts are not official enough to trigger immunity. I would, however, note that wilful blindness by a state to the activities of private individuals or groups carried out for the benefit of that state may be a rare case where torture may meet the official definition in art. 14, but where state immunity would not necessarily be conferred on the individuals committing the acts. But, that is not the case before us.

[98] As a result, the *SIA* applies to Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi. Given that they were public officials acting in their official capacity, Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi are captured by the term “government” found at s. 2 of the *SIA*. By virtue of that statute, they are immune from the jurisdiction of Canadian courts.

(3) Can Acts of Torture Be “Official Acts” for the Purposes of the *State Immunity Act*?

[99] The intervener the Canadian Centre for International Justice (“CCIJ”) submits that *jus cogens* violations, such as acts of torture, can never constitute “official conduct” under international and common law. The CCIJ therefore implicitly invites this Court to construe the term “government” as excluding public officials engaging in acts of torture. Unlike certain interveners who call for a blanket exception to state immunity in cases of torture, the exception proposed by the CCIJ would apply only to public officials.

[100] My colleague Justice Abella’s dissent appears to echo in part the CCIJ’s submissions. As I understand it, my colleague suggests that the meaning of “government” in s. 2 of the *SIA* must

[97] Je partage cette opinion dans l’ensemble. En toute logique, il est difficile pour les appelants de prétendre à la fois que les actes posés à l’endroit de M^{me} Kazemi répondent à la définition de torture et déclenchent ainsi l’application de la protection offerte par l’art. 14 de la *CCT*, mais que les actes ne sont pas assez officiels pour faire intervenir l’immunité. Je tiens toutefois à souligner que l’aveuglement volontaire dont fait preuve un État au sujet d’activités auxquelles se livreraient des individus ou des groupes privés à son profit pourrait être un des rares cas où la torture pourrait être visée par la définition officielle qu’en donne l’art. 14, mais où l’immunité des États ne serait pas nécessairement accordée aux auteurs des actes. Nous ne sommes toutefois pas saisis, en l’espèce, d’une telle situation.

[98] En conséquence, la *LIÉ* s’applique à MM. Mortazavi et Bakhshi. En tant que fonctionnaires dans l’exercice de leurs fonctions officielles, ils sont visés par le terme « gouvernement » qui figure à l’art. 2 de la *LIÉ*. Ainsi, aux termes de cette loi, ils jouissent de l’immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens.

(3) Des actes de torture peuvent-ils constituer des « actes officiels » pour l’application de la *Loi sur l’immunité des États*?

[99] Le Centre canadien pour la justice internationale (« CCJI »), intervenant, soutient que les violations du *jus cogens*, comme les actes de torture, ne peuvent jamais constituer une « conduite officielle » sous le régime du droit international et de la common law. Il invite donc implicitement la Cour à considérer que le terme « gouvernement » exclut les fonctionnaires qui se livrent à des actes de torture. Contrairement à certains intervenants qui plaident pour la reconnaissance d’une exception générale à l’immunité des États dans les cas de torture, l’exception proposée par le CCJI ne s’appliquerait qu’aux fonctionnaires.

[100] La dissidence de ma collègue semble faire écho en partie aux arguments du CCJI. Selon ce que je comprends de ses motifs, la juge Abella suggère que le terme « gouvernement » utilisé à l’art. 2

be construed in accordance with customary international law. According to my colleague, the right to reparation for violations of human rights and the non-official nature of acts done in violation of *jus cogens* are two rules of customary international law which together call for a construction of “government” that excludes government officials conducting acts of torture. With respect, this conclusion is based on a number of arguments that are inconsistent with the current state of relevant law, including customary international law.

[101] As far as the right to reparation is concerned, I find no evidence in the cases reviewed by my colleague demonstrating the existence of a rule of customary international law to the effect that courts have universal civil jurisdiction to hear civil cases alleging acts in violation of *jus cogens*. On the contrary, most of these cases have affirmed state immunity in civil proceedings alleging acts of torture. However, even if such a rule of customary international law existed, it would have to be weighed against other rules of customary international law and, namely the rule of state immunity. As the I.C.J. found in a similar context, I see no contradiction in the co-existence of a right to reparation and state immunity (*Germany v. Italy*, at paras. 92-96).

[102] Further, my colleague Justice Abella concludes that states are moving towards the proposition that government officials are not immune from civil suits for torture. Her reasons point to the equivocal state of the customary international law of immunity for violations of *jus cogens* norms as an indication that public officials may be sued in our domestic courts for torture committed aboard (para. 174). But customary international law is, by its very nature, unequivocal. It is not binding law if it is equivocal. In the absence of consistent state practice one way or another, and of *opinio juris* as to the binding effect of a state practice, no rule of customary international law is established. The “state of flux” of international law pertaining to official immunities for *jus cogens* violations is such that it may not be used to interpret domestic legislation or the common

de la *LIÉ* doit être interprété en conformité avec le droit international coutumier. Selon elle, le droit à une réparation en cas de violations des droits de la personne et le caractère non officiel des actes qui portent atteinte au *jus cogens* sont deux règles de droit international coutumier qui, ensemble, commandent d’admettre que le terme « gouvernement » exclut les fonctionnaires qui se livrent à des actes de torture. Avec égards, cette conclusion repose sur un certain nombre d’arguments incompatibles avec l’état actuel du droit applicable, y compris le droit international coutumier.

[101] À propos du droit à une réparation, à mon avis, rien dans les décisions examinées par ma collègue ne démontre l’existence d’une règle de droit international coutumier selon laquelle les tribunaux jouissent d’une compétence universelle en matière civile pour entendre les causes civiles où sont alléguées des violations du *jus cogens*. Au contraire, dans la plupart de ces cas, l’immunité des États a été confirmée à l’égard des poursuites civiles dans lesquelles des actes de torture étaient reprochés. Cependant, même si une telle règle existait, celle-ci devrait être mise en balance avec d’autres règles de droit international coutumier, notamment celle de l’immunité des États. À l’instar de la C.I.J. dans un contexte semblable, j’estime qu’il n’existe aucune contradiction dans la coexistence du droit à une réparation et de l’immunité des États (*Allemagne c. Italie*, par. 92-96).

[102] De plus, ma collègue la juge Abella conclut que les États semblent pencher en faveur de la proposition selon laquelle, lorsqu’ils ont commis des actes de torture, leurs agents ne sont pas à l’abri des poursuites civiles. Dans ses motifs, elle invoque le caractère équivoque du droit international coutumier en matière d’immunité pour les violations des normes du *jus cogens* comme une indication selon laquelle les fonctionnaires peuvent être poursuivis devant les tribunaux canadiens pour des actes de torture commis à l’étranger (par. 174). Or, le droit international coutumier, de par sa nature même, ne saurait être équivoque. En effet, s’il est équivoque, il n’a pas force obligatoire. En l’absence d’une pratique uniforme des États dans un sens ou dans l’autre et d’une *opinio juris* quant au caractère obligatoire de cette pratique, aucune règle de droit

law in the same manner that courts might employ customary international law (see, for example, *Hape*, at para. 39). As a result, the presumption of conformity cannot be considered in construing the terms of the *SIA* (discussed in *Hape*, at paras. 53-54). With respect, international jurisprudence is at best “equivocal” concerning this area of the law. There is still very strong support for the conclusion that immunity from civil suits extends to public officials engaging in acts of torture, and it is therefore not possible to conclude that either a consistent state practice or *opinio juris* to the contrary effect exists (*Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*; *Jones v. United Kingdom*; *Germany v. Italy*; *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*; *Al-Adsani v. United Kingdom*).

[103] While an exception to immunity for *jus cogens* violations exists in the criminal context, no such exception has developed in the civil context. My colleague Justice Abella as well as Breyer J. of the United States Supreme Court take issue with this distinction, essentially arguing that the existence of universal criminal jurisdiction contemplates the existence of universal civil jurisdiction as well (*Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), at pp. 762-63). In my view, principled grounds justify the distinction between the exception to immunity in the civil versus the criminal context. These include the “long pedigree” of exceptions to immunity in criminal proceedings, and the “screening mechanisms” that are available to governments in criminal suits as compared to civil suits (see generally C. A. Bradley and L. R. Helfer, “International Law and the U.S. Common Law of Foreign Official Immunity” (2010), *Sup. Ct. Rev.* 213, at pp. 247-48).

[104] Whether or not these distinctions are convincing as a matter of policy is of secondary importance. The fact of the matter is that Canada has expressly created an exception to immunity for

international coutumier n’est établie. Les tribunaux ne peuvent donc, comme cela leur est permis dans le cas du droit international coutumier, invoquer l’« évolution constante » du droit international relatif aux immunités officielles applicables aux violations du *jus cogens* pour interpréter les lois internes ou la common law (voir, p. ex., *Hape*, par. 39). En conséquence, la présomption de conformité ne peut être prise en compte pour interpréter les termes de la *LIÉ* (analysé dans *Hape*, par. 53-54). Avec égards, la jurisprudence internationale est, en fait, au mieux « équivoque » relativement à ce domaine du droit. La conclusion selon laquelle l’immunité contre les poursuites civiles s’applique aux fonctionnaires qui se livrent à des actes de torture jouit toujours d’un appui très fort, et il est donc impossible de conclure à l’existence d’une pratique uniforme des États ou d’une *opinio juris* allant dans le sens contraire (*Jones* (HL); *Jones* (ECHR); *Allemagne c. Italie*; *République démocratique du Congo c. Belgique*; *Al-Adsani c. Royaume-Uni*).

[103] Bien qu’une exception à l’immunité applicable aux violations du *jus cogens* existe en droit pénal, aucune exception de cette nature n’a été créée en matière civile. Ma collègue la juge Abella de même que le juge Breyer de la Cour suprême des États-Unis contestent cette distinction. Pour eux, essentiellement, l’existence d’une compétence universelle en matière pénale laisse également présumer celle d’une compétence universelle en matière civile (*Sosa c. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), p. 762-763). À mon avis, la distinction entre l’exception à l’immunité en matière civile et celle applicable en matière pénale se justifie par des motifs de principe comme la « longue tradition » d’exceptions à l’immunité dans le contexte pénal et la présence de « mécanismes de filtrage » à la disposition des gouvernements dans le cadre des procédures pénales, par rapport à la situation établie dans les instances civiles (voir, de façon générale, C. A. Bradley et L. R. Helfer, « International Law and the U.S. Common Law of Foreign Official Immunity » (2010), *Sup. Ct. Rev.* 213, p. 247-248).

[104] Que ces distinctions convainquent ou non au niveau des principes de politique générale, il faut constater que le Canada a expressément créé une exception à l’immunité pour les procédures

criminal proceedings, and has stopped short of doing so for civil suits involving *jus cogens* violations (*SIA*, s. 18; a similar exception also exists in the United Kingdom's *State Immunity Act 1978*, 1978, c. 33, s. 16(4)). Much like the I.C.J., I am convinced that the fact that universal criminal jurisdiction exists has no bearing in the present case (*Germany v. Italy*, at para. 87). The two types of proceeding are seen as fundamentally different by a majority of actors in the international community (*Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, at paras. 20 and 32).

[105] Further, there is a significant practical difficulty in allowing an exception to state immunity in civil suits alleging acts of torture committed abroad. Unlike the exceptions that are expressly set out in the *SIA* and which rely on preliminary or ancillary facts, an exception based on violations of *jus cogens* would require a judge seized of a matter raising allegations of torture to inquire into the merits of the claim at a preliminary stage regardless of whether those allegations are grounded in fact. In effect, a foreign defendant would be forced to mount a defence against the substance of a claim alleging acts of torture merely to obtain a determination of whether he or she is immune from suit. This clearly defeats the purpose of state immunity, namely to bar a court from hearing a case on its merits *in limine*. In theory, the same practical difficulty applies to criminal proceedings involving violations of *jus cogens*. However, the decision to bring criminal charges against a foreign state official is made based on the strength of investigations and legal opinions. In practice, this filters out vexatious charges.

[106] While the Fourth Circuit United States Court of Appeals has recently decided that torture cannot be qualified as an official act for the purposes of immunity (*Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012) (“*Samantar I*”) (appeal pending)), that case is of little weight in light of conflicting jurisprudence from other Circuits and the pending appeal of that decision to the Supreme Court of the United States (*Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9 (2nd Cir.

pénales, sans poser le même geste à l'égard des poursuites civiles mettant en cause des violations du *jus cogens* (*LIÉ*, art. 18; une exception similaire existe également au Royaume-Uni, voir la *State Immunity Act 1978*, 1978, ch. 33, par. 16(4)). Tout comme la C.I.J., je suis convaincu que l'existence d'une compétence universelle en matière pénale n'a aucune incidence en la présente espèce (*Allemagne c. Italie*, par. 87). La majorité des acteurs de la communauté internationale considère toujours que les deux types de procédure demeurent fondamentalement différents (*Jones* (HL), par. 20 et 32).

[105] De plus, la reconnaissance d'une exception à l'immunité des États à l'égard des poursuites civiles fondées sur des actes de torture commis à l'étranger s'avère fort difficile en pratique. Contrairement aux exceptions expressément prévues par la *LIÉ* et qui reposent sur des faits préliminaires ou accessoires, une exception basée sur des violations du *jus cogens* obligerait le juge saisi d'une affaire où on allègue des actes de tortures à se pencher sur le bien-fondé de la demande dès l'étape préliminaire des procédures, que ces allégations soient ou non fondées. En fait, le défendeur étranger serait tenu de préparer une défense quant au fond de la demande dans laquelle sont allégués des actes de torture, et ce, uniquement pour qu'il soit décidé s'il jouit de l'immunité de juridiction. Une telle situation contredit clairement l'objectif de l'immunité des États, soit d'empêcher dès le départ les tribunaux d'entendre une affaire sur le fond. En théorie, la même difficulté pratique se pose dans les procédures pénales mettant en cause des violations du *jus cogens*. Cependant, la décision de porter des accusations criminelles contre un agent d'un État étranger dépendra de la solidité des enquêtes et des opinions juridiques à leur sujet. En pratique, ces filtres permettent d'écarter les accusations vexatoires.

[106] Bien que la Cour d'appel du Fourth Circuit des États-Unis ait récemment décidé que la torture ne peut constituer un acte officiel pour l'application de l'immunité (*Yousuf c. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012) (« *Samantar II* ») (appel en instance)), cette décision revêt peu d'importance à la lumière des décisions contradictoires rendues dans d'autres Circuits et de l'appel en instance dans cette affaire devant la Cour suprême des États-Unis (*Matar*

2009); *Belhas v. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (D.C. Cir. 2008); *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620 (7th Cir. 2004)). Moreover, *Samantar II* was decided in the context of a very different legislative and governmental backdrop. The court in that case expressly stated that Congress's enactment of the *Torture Victim Protection Act of 1991*, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73, 28 U.S.C. § 1350, was "instructive" in reaching its determination (p. 774). The court also gave "substantial weight" to the Statement of Interest issued by the State Department suggesting that the court should deny the foreign defendant immunity (p. 773). Essentially, the court relied heavily on governmental intentions when deciding to deny immunity.

[107] In the case at hand, Canada has no equivalent to the *Torture Victim Protection Act of 1991* that would create a cause of action for torture committed abroad, nor have we been presented with a statement of any sort from the government suggesting that Mr. Mortazavi and Mr. Bakhshi should be denied immunity. Parliament has given no indication whatsoever that the courts are to deem torture an "unofficial act" and that a universal civil jurisdiction has been created allowing foreign officials to be sued in our courts. Creating this kind of jurisdiction would have a potentially considerable impact on Canada's international relations. This decision is to be made by Parliament, not the courts.

[108] I further note that the development of the common law should be gradual and that it should develop in line with norms accepted throughout the international community. As was determined in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, "[c]ertainty in the law requires that courts follow and apply authoritative precedents. Indeed, this is the foundational principle upon which the common law relies" (para. 38). The common law should not be used by the courts to determine complex policy issues in the absence of a strong legal foundation or obvious and applicable precedents that demonstrate that a new consensus is emerging. To do otherwise would be to

c. Dichter, 563 F.3d 9 (2nd Cir. 2009); *Belhas c. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (D.C. Cir. 2008); *Ye c. Zemin*, 383 F.3d 620 (7th Cir. 2004)). De plus, *Samantar II* a été jugée dans un contexte législatif et gouvernemental fort différent. Dans cette affaire, la cour a expressément affirmé que l'adoption de la *Torture Victim Protection Act of 1991*, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73, 28 U.S.C. § 1350, par le Congrès était [TRADUCTION] « instructive » à l'égard de la décision qu'elle devait rendre (p. 774). La cour a également accordé un « poids considérable » à la déclaration d'intérêt publiée par le Département d'État, ce qui suggérerait qu'elle devrait refuser l'immunité au défendeur étranger (p. 773). Essentiellement, la cour s'est en grande partie appuyée sur les intentions du gouvernement pour écarter l'immunité.

[107] Le Canada ne possède pas de loi équivalente à la *Torture Victim Protection Act of 1991* qui créerait une cause d'action pour des actes de torture commis à l'étranger. La Cour n'a pas non plus été saisie d'une déclaration de quelque type que ce soit émanant du gouvernement qui suggérerait que MM. Mortazavi et Bakhshi devraient se voir refuser l'immunité. Le législateur n'a pas donné la moindre indication selon laquelle les tribunaux devraient considérer que la torture constitue un « acte non officiel » et qu'une compétence universelle en matière civile a été créée afin de poursuivre des agents d'un État étranger devant nos tribunaux. La création de ce type de compétence aurait des conséquences potentiellement graves sur les relations internationales du Canada. Cette décision incombe au législateur, et non aux tribunaux.

[108] Je rappelle également que l'évolution de la common law devrait s'effectuer graduellement et conformément aux normes acceptées dans l'ensemble de la communauté internationale. Comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1001, « [l]a notion de certitude du droit exige que les tribunaux suivent et appliquent les précédents qui font autorité. C'est d'ailleurs l'assise fondamentale de la common law » (par. 38). Les tribunaux ne devraient pas se servir de la common law pour trancher des questions complexes de politique en l'absence d'un fondement juridique solide ou d'un ensemble de précédents applicables et clairs qui

abandon all certainty that the common law might hold. Particularly in cases of international law, it is appropriate for Canadian courts only to follow the “bulk of the authority” and not change the law drastically based on an emerging idea that is in its conceptual infancy (*Jones v. United Kingdom*, at para. 213). The “bulk of the authority” in this situation confirms that a “State’s right to immunity may not be circumvented by suing its servants or agents instead” (*ibid.*).

[109] Given the definition of torture outlined above and the lack of evidence of an exception to state immunity for a *ius cogens* violation, I hold that it is possible for torture to be an official act. I agree with Lord Hoffmann in *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia* that “[i]t is not for a national court to ‘develop’ international law by unilaterally adopting a version of that law which, however desirable, forward-looking and reflective of values it may be, is simply not accepted by other states” or by the forum state (para. 63).

[110] This therefore confirms that neither Mr. Hashemi nor Ms. Kazemi’s estate may avail themselves of a Canadian court in order to sue Iran or its functionaries for Ms. Kazemi’s torture and death. The next question becomes whether the *SIA*, as interpreted, withstands constitutional scrutiny.

E. *The State Immunity Act and the Canadian Bill of Rights*

[111] Section 2(e) of the *Bill of Rights* provides that “no law of Canada shall be construed or applied so as to . . . deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations”.

démontrent l’émergence d’un nouveau consensus. Une approche différente reviendrait à détruire toute la certitude que peut assurer la common law. Dans les causes de droit international plus particulièrement, il convient que les tribunaux canadiens suivent uniquement la [TRADUCTION] « jurisprudence dominante », et ne modifient pas le droit de façon radicale sur la base d’une idée émergente qui se trouverait encore à ses balbutiements sur le plan conceptuel (*Jones* (ECHR), par. 213). Or, la « jurisprudence dominante » quant à une situation telle celle qui nous occupe confirme qu’« on ne peut contourner le droit d’un État à l’immunité en poursuivant plutôt ses fonctionnaires ou ses agents » (*ibid.*).

[109] En raison de la définition de la torture énoncée précédemment et de l’absence de preuve de l’existence d’une exception à l’immunité des États applicable aux violations du *ius cogens*, j’estime qu’il est possible que la torture constitue un acte officiel. À l’instar de lord Hoffmann dans *Jones* (HL), je suis d’avis qu’[TRADUCTION] « [i]l n’appartient pas à un tribunal national de “faire évoluer” le droit international en adoptant de façon unilatérale une version de ses règles qui, aussi souhaitable, avant-gardiste et fidèle aux valeurs adéquates qu’elle puisse être, n’est tout simplement pas acceptée par les autres États » ou par l’État du for (par. 63).

[110] Cela confirme donc que ni M. Hashemi, ni la succession de M^{me} Kazemi ne peuvent poursuivre l’Iran ou ses fonctionnaires devant un tribunal canadien ni pour la torture subie par M^{me} Kazemi ni pour son décès. Il faut maintenant déterminer si la *LIÉ*, suivant l’interprétation qui lui a été donnée, passe avec succès l’épreuve du contrôle de sa constitutionnalité.

E. *La Loi sur l’immunité des États et la Déclaration canadienne des droits*

[111] Aux termes de l’al. 2e) de la *Déclaration des droits*, « nulle loi du Canada ne doit s’interpréter ni s’appliquer comme [. . .] privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations ».

[112] The appellants argue that, as a quasi-constitutional statute, the *Bill of Rights* should be given a liberal and purposive interpretation. The appellants submit that the *SIA* does not extinguish substantive rights, but rather creates a procedural bar, and that this procedural bar is incompatible with the fairness guarantees contained in s. 2(e) of the *Bill of Rights*.

[113] The Attorney General of Canada argues that the *Bill of Rights* only protects rights that existed when it was enacted in 1960. At that time, foreign states enjoyed absolute immunity. Since, in 1960, there was no right to sue a foreign state for tortious acts committed abroad, the appellants' argument that s. 2(e) of the *Bill of Rights* guarantees an ability to sue cannot succeed.

[114] The Attorney General of Canada further submits that, in any event, s. 2(e) of the *Bill of Rights* does not provide a right of access to courts or a right to sue, but is merely a procedural right to natural justice within an existing adjudicative process. Where no existing process is in place or where, as here, Canadian courts are statutorily barred from exercising adjudicative jurisdiction, s. 2(e) does not apply.

[115] The intervener the Iran Human Rights Documentation Center ("IHRDC") submits that the appellants cannot obtain a fair hearing in Iran, and as such, the *SIA* contravenes s. 2(e) of the *Bill of Rights*. In its view, this Court's jurisprudence and international law maintain that a fair hearing requires an independent judiciary not subject to political influence or outside pressure. The IHRDC submits that Iran lacks this impartial and independent judicial system.

[116] I agree with the Attorney General of Canada that the challenge based on s. 2(e) of the *Bill of Rights* should be dismissed on the basis that s. 2(e) does not create a self-standing right to a fair hearing where the law does not otherwise allow for an

[112] Les appelants soutiennent que, puisqu'il s'agit d'une loi de nature quasi constitutionnelle, il convient d'interpréter la *Déclaration des droits* de manière libérale et téléologique. La *LIÉ*, ajoutent-ils, n'a pas pour effet de supprimer des droits fondamentaux, mais crée plutôt une fin de non-recevoir procédurale incompatible avec les garanties d'équité qu'offre l'al. 2e) de la *Déclaration des droits*.

[113] Le procureur général du Canada répond que la *Déclaration des droits* ne protège que les droits qui existaient au moment où elle a été édictée, en 1960. À cette époque, les États étrangers jouissaient d'une immunité absolue. Puisqu'en 1960 il n'existait aucun droit de poursuivre un État étranger pour les actes délictueux commis à l'étranger, l'argument des appelants selon lequel l'al. 2e) de la *Déclaration des droits* garantit une possibilité de poursuite en justice ne peut être retenu.

[114] Le procureur général du Canada soutient de plus que, en tout état de cause, l'al. 2e) de la *Déclaration des droits* ne confère pas un droit d'accès aux tribunaux ou un droit d'intenter une poursuite, mais uniquement un droit procédural à la justice naturelle dans le cadre d'un processus juridictionnel existant. Ainsi, lorsqu'il n'existe aucun processus ou quand la loi empêche les tribunaux canadiens d'exercer leur compétence juridictionnelle, comme dans la présente espèce, l'al. 2e) ne s'applique pas.

[115] L'intervenant Iran Human Rights Documentation Centre (« IHRDC ») soutient que les appelants ne peuvent pas escompter un procès équitable en Iran et que, dans ces conditions, la *LIÉ* porte atteinte à l'al. 2e) de la *Déclaration des droits*. À son avis, la jurisprudence de la Cour et le droit international établissent qu'un procès équitable requiert un appareil judiciaire indépendant, libre de toute influence politique ou pression externe. L'IHRDC ajoute que l'Iran ne dispose pas d'un tel système judiciaire impartial et indépendant.

[116] Je conviens avec le procureur général du Canada qu'il faut rejeter la contestation fondée sur l'al. 2e) de la *Déclaration des droits* parce que cette disposition ne crée pas un droit autonome à un procès équitable dans les cas où la loi ne prévoit

adjudicative process. Instead, s. 2(e) guarantees fairness in the context of a hearing before a Canadian court or a tribunal.

[117] In *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40, the Court held that s. 2(e) of the *Bill of Rights* did not impose a duty upon Parliament to provide a hearing to veterans prior to the adoption of legislation that would affect their financial interests. The Court concluded that “[the *Bill of Rights*] protections are operative only in the application of law to individual circumstances in a proceeding before a court, tribunal or similar body” (para. 61). Thus, s. 2(e) was found to only apply in the context of a proceeding before a court or tribunal; it does not create a right to a hearing where none otherwise exists by operation of law.

[118] To engage the right to a fair hearing guaranteed by s. 2(e), a court or tribunal must properly have jurisdiction over a matter. State immunity is a procedural bar that blocks the exercise of jurisdiction before a hearing can even take place. Therefore, it is irrelevant that a person’s substantive claim has not been extinguished. The existence of state immunity means that regardless of an underlying substantive claim and of its merits, no jurisdiction exists in Canada to adjudicate that claim. Similarly, the applicability of state immunity does not depend on the impartiality of the judicial system of the foreign state. The jurisdictional bar exists notwithstanding the lack of fair proceedings or of an impartial judicial structure in the foreign state. Section 2(e) of the *Bill of Rights* does not operate to remove this type of jurisdictional prohibition. Rather, s. 2(e) guarantees a fair procedure only when a process is already in place in Canada to determine individuals’ rights.

pas autrement l’existence d’un tel procès. Cet alinéa garantit plutôt l’équité dans le contexte d’une audience tenue devant une cour de justice ou un tribunal administratif au Canada.

[117] Dans l’arrêt *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40, la Cour a jugé que l’al. 2e) de la *Déclaration des droits* n’imposait pas au Parlement l’obligation d’entendre les anciens combattants avant l’adoption d’une loi qui affecterait leurs intérêts financiers. La Cour a conclu que « [l]es garanties [conférées par la *Déclaration des droits*] ne jouent que dans le cadre de l’application de la loi à des situations individuelles dans une instance tenue devant une cour de justice, un tribunal administratif ou un organisme semblable » (par. 61). Ainsi, il a été jugé que l’al. 2e) ne s’applique que dans le contexte d’une instance tenue devant une cour de justice ou un tribunal administratif; il ne crée pas de droit à une audience là où il n’en existe pas déjà un par application de la loi.

[118] Pour que s’applique le droit à une audience impartiale garantie par l’al. 2e), il faut qu’une cour de justice ou un tribunal administratif soit régulièrement compétent en la matière. L’immunité des États constitue une fin de non-recevoir de nature procédurale qui empêche les cours d’exercer cette compétence, avant même qu’une audience puisse se tenir. Il est donc indifférent que la demande principale d’une personne ne soit pas éteinte. L’existence de cette immunité signifie que, indépendamment de la demande principale initiale et de son bien-fondé, le Canada ne possède aucune compétence pour statuer sur cette demande. Dans le même ordre d’idées, l’applicabilité de l’immunité des États ne dépend pas de l’impartialité du système judiciaire de l’État étranger. La fin de non-recevoir existe, malgré l’absence d’une procédure équitable ou de structures judiciaires impartiales dans l’État étranger. L’alinéa 2e) de la *Déclaration des droits* ne supprime pas ce type de fin de non-recevoir. Il garantit plutôt une procédure équitable dans le seul cas où il existe déjà au Canada un processus permettant de définir les droits de particuliers.

[119] For that reason, *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, does not assist the appellants in this case. In *Singh*, the Court was tasked with determining whether the procedures for adjudicating refugee status contained in the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, were in accordance with s. 7 of the *Charter* and s. 2(e) of the *Bill of Rights*. Although three of the six judges who took part in that judgment concluded that the adjudicative procedures were in conflict with s. 2(e), it should be stated that access to an adjudicator was already foreseen within the framework of the *Immigration Act, 1976*. By contrast, in the case at hand, no access to a method of resolution exists. State immunity prohibits that access. Much more analogous to the present situation is the case of *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2013 SCC 66, [2013] 3 S.C.R. 866.

[120] In *Amaratunga*, the Court upheld the principles set out in *Authorson* in the context of jurisdictional immunity of international organizations. In that case, a former employee sued an international organization for wrongful dismissal in the Nova Scotia Supreme Court. The organization successfully claimed immunity from the action under the *Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order*, SOR/80-64. The Court concluded that the organization was entitled to immunity from the wrongful dismissal claim and that s. 2(e) of the *Bill of Rights* was not infringed. The Court relied on *Authorson* and the Quebec Court of Appeal decision in the present appeal:

As for the *Canadian Bill of Rights*, the “right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations” recognized in s. 2(e) does not create a substantive right to make a claim. Rather, it provides for a fair hearing if and when a hearing is held. (See also *Islamic Republic of Iran v. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, at para. 109; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40, at paras. 59-61.) . . .

[119] Pour cette raison, l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, n’est d’aucun secours aux appelants en l’espèce. Dans cette affaire, la Cour devait décider si la procédure que prévoyait la *Loi sur l’immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, pour déterminer le statut de réfugié respectait l’art. 7 de la *Charte* et l’al. 2e) de la *Déclaration des droits*. Même si trois des six juges qui ont participé à ce jugement ont conclu que les procédures juridictionnelles contrevenaient à l’al. 2e), il convient de noter qu’un accès à un arbitre était déjà prévu sous le régime de la *Loi sur l’immigration de 1976*. Par contraste, dans le cas présent, il n’existe aucun mode de résolution du litige de cette nature. L’immunité des États l’interdit. Une affaire nettement plus semblable à la présente est celle qui a donné lieu à l’arrêt *Amaratunga c. Organisation des pêches de l’Atlantique Nord-Ouest*, 2013 CSC 66, [2013] 3 R.C.S. 866.

[120] Dans *Amaratunga*, la Cour a confirmé les principes énoncés dans l’arrêt *Authorson* dans le contexte de l’immunité de juridiction des organismes internationaux. Dans la première de ces deux affaires, un ancien employé avait intenté, devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, une poursuite contre une organisation internationale pour congédiement injustifié. L’organisation avait revendiqué avec succès l’immunité contre cette action en invoquant le *Décret sur les privilèges et immunités de l’Organisation des pêches de l’Atlantique nord-ouest*, DORS/80-64. La Cour a conclu que l’organisation avait droit à l’immunité contre la réclamation pour congédiement injustifié et qu’il n’y avait pas eu atteinte à l’al. 2e) de la *Déclaration des droits*. Elle a par ailleurs invoqué l’arrêt *Authorson* ainsi que la décision rendue par la Cour d’appel du Québec dans le présent pourvoi :

Dans le cas de la *Déclaration canadienne des droits*, le droit reconnu à l’al. 2e) « à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations », ne crée pas un droit substantiel d’intenter une action. Cette disposition prévoit plutôt la tenue d’une audience impartiale si effectivement une audience a lieu. (Voir aussi *Islamic Republic of Iran c. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, par. 109; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40, par. 59-61.) . . .

The fact that the appellant has no forum in which to air his grievances and seek a remedy is unfortunate. However, it is the nature of an immunity to shield certain matters from the jurisdiction of the host state's courts. [Emphasis added; paras. 61 and 63.]

The same holds true in the instant case. Section 2(e) of the *Bill of Rights* does not apply to this situation. It offers protection only if and when a hearing is held.

F. *The Charter and the Constitutionality of the State Immunity Act*

[121] The final question to be determined on this appeal is whether s. 3(1) of the *SIA* infringes s. 7 of the *Charter*. In the following part of my reasons, I first consider whether the appellants have established that the impugned law imposes limits on security of the person, thus engaging s. 7. I then consider whether any such limits on security of the person are in violation of the principles of fundamental justice.

(1) Security of the Person

[122] The appellants argue that s. 3(1) exacerbates trauma because it bars individuals from seeking redress after they or a family member have been tortured. This aggravation of the trauma exceeds the threshold required to trigger a security of the person interest. In oral argument, the appellants posited that, when torture is being carried out “with impunity”, there can be no doubt that a victim or a family member of a victim, a person of reasonable sensibility, would feel psychological distress beyond the ordinary anxiety caused by the vicissitudes of life (transcript, at pp. 13-14).

[123] The Attorney General of Canada responds that s. 7 of the *Charter* is not engaged because Mr. Hashemi alleges only that he has suffered psychological harm flowing from the torture suffered by

Il est regrettable que l'appelant ne puisse pas faire valoir ses moyens devant un tribunal et demander réparation. Cependant, la nature même de l'immunité de juridiction soustrait certaines affaires de la compétence des tribunaux de l'État d'accueil. [Je souligne; par. 61 et 63.]

Il en est de même en l'espèce. L'alinéa 2e) de la *Déclaration des droits* ne s'applique pas à la présente situation. Il n'offre une protection que dans les cas où une audience a effectivement lieu.

F. *La Charte et la constitutionnalité de la Loi sur l'immunité des États*

[121] La dernière question à trancher dans le présent pourvoi est celle de déterminer si le par. 3(1) de la *LIÉ* viole l'art. 7 de la *Charte*. Dans la partie suivante de mes motifs, j'examinerai tout d'abord si les appelants ont établi que la loi contestée impose des limites à la sécurité de la personne, faisant ainsi entrer en jeu l'art. 7. Je me demanderai ensuite si des limites de ce type portent atteinte aux principes de justice fondamentale.

(1) La sécurité de la personne

[122] Les appelants soutiennent que le par. 3(1) aggrave le traumatisme subi, car il empêche une personne d'obtenir réparation après qu'elle-même ou un membre de sa famille a été torturé. Cette aggravation du traumatisme subi dépasse le niveau requis pour faire intervenir le droit à la sécurité de la personne. Dans leur plaidoirie, les appelants ont émis l'hypothèse que, lorsque la torture est exercée [TRADUCTION] « en toute impunité », on ne peut douter qu'une victime ou un membre de sa famille, une personne ayant une sensibilité raisonnable, éprouverait des sentiments de détresse psychologique, au-delà de l'anxiété ordinaire que provoquent les vicissitudes de la vie (transcription, p. 13-14).

[123] Le procureur général du Canada réplique que l'art. 7 de la *Charte* ne s'applique pas, car M. Hashemi allègue seulement que la torture subie par sa mère et l'impossibilité d'obtenir réparation

his mother and the inability to seek redress in Iran, and not harm resulting from his inability to sue Iran whilst in Canada. In addition, the Attorney General of Canada points out that there is no evidence to show that a prohibition on civil proceedings hampers the rehabilitation of victims of torture (factum, at para. 98). Finally, the Attorney General posits that the harm suffered by Mr. Hashemi was neither “profound [nor] serious” as is required by s. 7 (para. 101).

[124] The intervener Redress takes the position that international law supports Mr. Hashemi’s claim that s. 3(1) of the *SIA* has operated to cause him psychological trauma. Redress submits that a substantial body of international jurisprudence supports the position that denying an effective remedy for torture causes psychological harm. In its view, this denial of redress is so psychologically harmful to victims and their next of kin that s. 7 of the *Charter* is engaged.

[125] State action may engage security of the person when that action has an impact on an individual’s psychological integrity (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, and *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307). In *G. (J.)*, Chief Justice Lamer wrote that in order to engage the security of the person,

the impugned state action must have a serious and profound effect on a person’s psychological integrity. The effects . . . must be assessed objectively, with a view to their impact on the psychological integrity of a person of reasonable sensibility. This need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety. [Emphasis added; para. 60.]

[126] As Bastarache J. noted in *Blencoe*, when psychological integrity is at issue, two requirements

en Iran lui ont causé un préjudice psychologique, et non un préjudice découlant de son incapacité de poursuivre l’Iran alors qu’il se trouve au Canada. De plus, le procureur général du Canada fait remarquer qu’aucune preuve ne démontre qu’une interdiction d’engager une instance civile nuit à la réadaptation des victimes de torture (mémoire, par. 98). Enfin, il affirme que le préjudice que M. Hashemi a subi n’est ni [TRADUCTION] « profond [ni] grave », comme l’exige l’art. 7 (par. 101).

[124] D’après l’intervenant Redress, le droit international appuie la prétention de M. Hashemi selon laquelle le par. 3(1) de la *LIE* a fait en sorte qu’il a subi un préjudice psychologique. Redress soutient qu’un important courant jurisprudentiel international confirme la position selon laquelle le fait de refuser une réparation efficace à la suite d’actes de torture cause un préjudice psychologique. À son avis, ce refus cause un préjudice psychologique tel aux victimes et à leurs proches qu’il donne lieu à l’application de l’art. 7 de la *Charte*.

[125] Un acte de l’État peut mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne lorsque cet acte a une incidence sur l’intégrité psychologique d’une personne (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, et *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307). Dans *G. (J.)*, le juge en chef Lamer a écrit qu’avant de pouvoir conclure que le droit à la sécurité de la personne est affecté :

. . . il faut donc que l’acte de l’État faisant l’objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l’intégrité psychologique d’une personne. On doit procéder à l’évaluation objective des répercussions [. . .] en particulier de [leur] incidence sur l’intégrité psychologique d’une personne ayant une sensibilité raisonnable. Il n’est pas nécessaire que l’ingérence de l’État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu’une tension ou une angoisse ordinaires. [Je souligne; par. 60.]

[126] Ainsi que l’a fait remarquer le juge Bastarache dans l’arrêt *Blencoe*, lorsqu’une affaire

must be met in order to trigger the right to security of the person. First, the psychological prejudice that an individual experiences must be serious. Second, there must be a sufficient causal connection between the psychological prejudice and the actions of the state so that the harm may be said to result from state action (*Blencoe*, at para. 57).

- (a) *Does the Inability to Seek Civil Redress Impose Serious Psychological Prejudice on Victims of Torture and Their Immediate Families?*

[127] It is suggested that laws that prohibit victims of torture and their immediate family members from seeking redress through civil proceedings may be seen as having harmful psychological effects. In this case, Mr. Hashemi's mother was beaten, was sexually assaulted, and died in Iran. Due to the *SIA*, Mr. Hashemi cannot seek civil redress in Canada for these atrocities. The question is: does the effect of s. 3(1) of the *SIA* cause a victim of torture or their next of kin such serious harm so as to engage the s. 7 security of the person interest?

[128] Although it would be preferable to have this evidence admitted through properly qualified experts at the trial level, I am prepared to accept as a general proposition for the sake of argument alone that impunity for torture can cause significant psychological harm to victims of torture and their family members. This position finds support in international jurisprudence.

[129] The Inter-American Court of Human Rights has made a number of statements regarding the effect of impunity on victims of torture or their next of kin. One of the strongest of such statements is found in *Tibi v. Ecuador* (2004), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 114, in which Cançado Trindade J. noted in his separate opinion:

met en cause l'intégrité psychologique d'une personne, il doit être satisfait à deux conditions pour que le droit à la sécurité de la personne soit en cause. Premièrement, le préjudice psychologique subi par la personne doit être grave. Deuxièmement, il doit y avoir un lien de causalité suffisant entre le préjudice psychologique et les actes de l'État de sorte qu'il est possible de dire que le premier découle des seconds (*Blencoe*, par. 57).

- a) *L'incapacité d'obtenir une réparation civile cause-t-elle un préjudice psychologique grave aux victimes de torture et aux membres de leur famille immédiate?*

[127] Selon certaines prétentions, on pourrait présumer que les lois empêchant les victimes de torture et les membres de leur famille immédiate d'obtenir réparation au moyen de poursuites au civil ont des effets psychologiques préjudiciables. Dans la présente affaire, la mère de M. Hashemi a été battue, elle a été agressée sexuellement et elle est décédée en Iran. À cause de la *LIÉ*, M. Hashemi ne peut pas obtenir de réparation civile au Canada pour ces atrocités. La question qui se pose est la suivante : le par. 3(1) de la *LIÉ* cause-t-il alors à une victime de torture ou à ses proches un préjudice grave au point de faire intervenir le droit à la sécurité de la personne que garantit l'art. 7?

[128] Il aurait été préférable d'introduire cette preuve au dossier en première instance, en faisant appel à des experts dûment qualifiés. Cependant, je suis disposé à admettre comme principe général, strictement pour les besoins de la discussion, que l'impunité pour des actes de torture peut causer un préjudice psychologique important aux victimes ainsi qu'aux membres de leur famille. Cette position trouve appui dans la jurisprudence internationale.

[129] D'ailleurs, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a formulé un certain nombre d'observations à propos de l'effet de l'impunité sur les victimes de torture ou sur leurs proches. Un des commentaires les plus marquants parmi ces observations figure dans la décision *Tibi c. Ecuador* (2004), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 114, où le juge Cançado Trindade a souligné dans son opinion distincte :

Impunity worsens the psychological suffering inflicted both on the direct victim and on his or her next of kin and other persons with whom he or she lived. Actually, it causes new psychosocial damage. Covering up what happened, or indifference regarding the criminal acts, constitutes a new aggression against the victim and his or her next of kin, disqualifying their suffering. The realization of justice is, therefore, extremely important for the rehabilitation of the victims of torture (as a form of reparation), since it attenuates their suffering, and that of their beloved ones, by recognizing what they have suffered. [para. 33]

(See also *Bámaca Velásquez v. Guatemala* (2002), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 91, at paras. 64-65.)

[130] While it is not clear that a lack of civil redress due to state immunity is tantamount to impunity, it is not an exaggeration to say that the interest in finding closure after suffering torture touches upon the core of human dignity. If an inability to seek civil redress prohibits victims of torture or their next of kin from finding closure, I accept that it causes them serious psychological harm.

(b) *Is there a Sufficient Causal Connection Between the Alleged Harm and the State Action?*

[131] While the most severe and immediate source of the psychological harm suffered by Mr. Hashemi in the instant situation is undeniably the torture suffered by Ms. Kazemi in Iran, this would not necessarily eliminate any contributory role of Canada to Mr. Hashemi's suffering. As we stated in *Bedford*, "[a] sufficient causal connection standard does not require that the impugned government action or law be the only or the dominant cause of the prejudice suffered by the claimant" (para. 76; see also *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 21).

[132] In terms of causation, this case presents many similarities to *Bedford*. In *Bedford*, the Attorneys General of Canada and Ontario argued that

[TRADUCTION] L'impunité aggrave les souffrances psychologiques infligées à la fois à la victime directe et à ses proches et aux autres personnes avec lesquelles vivait la victime. En fait, elle provoque de nouveaux préjudices psychosociaux. Taire ce qui s'est passé ou faire preuve d'indifférence à l'égard des actes criminels commis est une nouvelle agression contre la victime et ses proches, qui fait abstraction de leurs souffrances. Il est donc extrêmement important, pour la réadaptation des victimes de torture (comme forme de réparation) que justice soit rendue car, en reconnaissant ce dont ces dernières ont souffert, on atténue leurs souffrances, de même que celles des êtres qui leur sont chers. [par. 33]

(Voir aussi *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (2002), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 91, par. 64-65.)

[130] Sans qu'on puisse affirmer avec certitude que l'absence de réparation civile qui découle de l'immunité des États équivaut à une impunité, il n'est pas exagéré de reconnaître que la possibilité de clore ce chapitre d'une vie qu'a été l'expérience d'avoir subi la torture constitue un droit qui touche au cœur de la dignité humaine. Si l'impossibilité d'obtenir une réparation civile empêche les victimes de torture ou leurs proches d'atteindre ce but, j'admets que cela leur cause un grave préjudice psychologique.

b) *Y a-t-il un lien de causalité suffisant entre le présumé préjudice et l'acte de l'État?*

[131] Même si, dans le cas qui nous occupe, la source la plus grave et la plus immédiate du préjudice psychologique souffert par M. Hashemi est indéniablement la torture que M^{me} Kazemi a subie en Iran, cela n'éliminerait pas forcément toute contribution du Canada à ses souffrances. Comme nous l'enseigne l'arrêt *Bedford*, « [l]a norme du lien de causalité suffisant n'exige pas que la mesure législative ou autre reprochée à l'État soit l'unique ou la principale cause du préjudice subi par le demandeur » (par. 76; voir aussi *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 21).

[132] À l'égard du lien de causalité, la présente espèce offre de nombreuses similitudes avec l'affaire *Bedford*. Dans cette dernière, les procureurs

“the source of the harm [was] third parties — the johns who use and abuse prostitutes and the pimps who exploit them” (para. 84). The Court dismissed that argument and stated:

It makes no difference that the conduct of pimps and johns is the immediate source of the harms suffered by prostitutes. The impugned laws deprive people engaged in a risky, but legal, activity of the means to protect themselves against those risks. The violence of a john does not diminish the role of the state in making a prostitute more vulnerable to that violence. [para. 89]

[133] In this case, the Attorney General of Canada argues that Iran, not Canada, caused the immediate harm suffered by Ms. Kazemi and Mr. Hashemi due to both the torture Iranian officials inflicted and Iran’s ineffective justice system. However, it is irrelevant whether the torture in Iran is the immediate source of the harm suffered by Mr. Hashemi. If evidence properly introduced at trial demonstrated that the *SIA* deprives people whose family members have been tortured of the ability to heal from the trauma that they have experienced, the Canadian state might, nonetheless, have sufficiently contributed to causing serious psychological harm. Therefore, for the purpose of engaging s. 7, the fact that the foreign state caused the original violence would not necessarily diminish the role of the Canadian state in impeding the healing of Canadian victims of torture or their family members.

[134] Based on the above analysis, it is arguable that s. 3(1) of the *SIA* might cause such serious psychological prejudice that the security of the person is engaged and violated. But, in any event, I do not find it necessary to decide whether s. 3(1) of the *SIA* engages the security of the person interest under s. 7 of the *Charter*, given my conclusion (discussed below) that the operation of s. 3(1) does not violate any principles of fundamental justice.

généraux du Canada et de l’Ontario plaident que « le préjudice est imputable à des tiers, en l’occurrence les hommes qui ont recours aux services des prostituées et qui maltraitent celles-ci, ainsi que les proxénètes qui les exploitent » (par. 84). La Cour a rejeté cet argument :

Le fait que le comportement des proxénètes et des clients soit la source immédiate des préjudices subis par les prostituées n’y change rien. Les dispositions contestées privent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, des moyens nécessaires à leur protection contre le risque couru. La violence d’un client ne diminue en rien la responsabilité de l’État qui rend une prostituée plus vulnérable à cette violence. [par. 89]

[133] En l’espèce, le procureur général du Canada plaide que le préjudice immédiat dont ont souffert M^{me} Kazemi et M. Hashemi a été causé non pas par le Canada, mais par l’Iran, en raison des actes de torture infligés par ses agents ainsi que de l’inefficacité de son système de justice. Cependant, que la torture pratiquée en Iran soit ou non la source immédiate du préjudice que M. Hashemi a subi n’est pas pertinent. Si une preuve dûment introduite au procès établissait que la *LIÉ* prive des personnes dont des proches ont été torturés de la possibilité de guérir du traumatisme qu’elles ont vécu, l’État canadien pourrait néanmoins être considéré comme ayant suffisamment contribué à causer un grave préjudice psychologique. Par conséquent, pour l’application de l’art. 7, le fait que l’État étranger ait causé la violence initiale ne minimiserait pas nécessairement le rôle joué par l’État canadien en faisant obstacle à la guérison de victimes canadiennes de torture ou de membres de leur famille.

[134] Compte tenu de l’analyse qui précède, on peut soutenir que le par. 3(1) de la *LIÉ* pourrait causer un préjudice psychologique suffisamment grave pour que le droit à la sécurité de la personne entre en jeu et que l’on y porte atteinte. Cependant, quoi qu’il en soit, j’estime qu’il n’est pas nécessaire de décider si le par. 3(1) de la *LIÉ* met en jeu le droit à la sécurité de la personne que garantit l’art. 7 de la *Charte*, en raison de ma conclusion (exposée ci-après) selon laquelle l’application du par. 3(1) ne porte atteinte à aucun principe de justice fondamentale.

(2) Principles of Fundamental Justice

[135] In order to conclude to a breach of s. 7 of the *Charter*, it must be demonstrated that a principle of fundamental justice has been violated due to the application of s. 3(1) of the *SIA* to the claims at issue.

[136] The appellants argue that given (a) Canada's domestic laws on torture, (b) Iran's failure to deliver justice to the appellants, and (c) Canada's international law obligations by virtue of art. 14(1) of the *CAT*, the blanket immunity provided by the *SIA* in this particular case is incompatible with principles of fundamental justice. The appellants submitted in oral argument that art. 14 requires Canada to ensure that a civil remedy be available to victims of torture committed in foreign countries and that this obligation is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 (transcript, at p. 15).

[137] The respondent the Attorney General of Canada argues that the appellants adopt an erroneous approach to s. 7 of the *Charter* by failing to identify a specific principle of fundamental justice that has been violated by Canadian state action in this case. The respondent submits that international law does not support the appellants' reading of art. 14 of the *CAT* and that, in interpreting art. 14 in this matter, the appellants are effectively asking our Court to recognize a new, substantive principle: the right to a civil remedy in Canada for victims of torture. He further submits that the claimed right to a civil remedy in Canada for victims of torture does not meet the criteria for a new principle of fundamental justice.

[138] For ease of reference, art. 14(1) of the *CAT* reads:

Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation, including the means for as full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an

(2) Les principes de justice fondamentale

[135] Pour conclure à la violation de l'art. 7 de la *Charte*, il faut établir qu'un principe de justice fondamentale a été violé en raison de l'application du par. 3(1) de la *LIE* aux réclamations en litige.

[136] Les appelants soutiennent que, en raison a) des lois internes du Canada en matière de torture, b) du défaut de l'Iran de rendre justice aux appelants et c) des obligations imposées au Canada en droit international par le par. 14(1) de la *CCT*, l'immunité générale que confère la *LIE* dans la présente affaire est incompatible avec les principes de justice fondamentale. Ainsi, selon la plaidoirie des appelants, l'art. 14 oblige le Canada à veiller à ce que l'on assure une réparation civile aux victimes d'actes de torture commis à l'étranger et cette obligation constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 (transcription, p. 15).

[137] L'intimé le procureur général du Canada fait valoir que les appelants adoptent une approche erronée quant à l'art. 7 de la *Charte*, car ils omettent de mentionner un principe de justice fondamentale particulier auquel, en l'espèce, un acte de l'État canadien aurait porté atteinte. Il ajoute que le droit international ne supporte pas l'interprétation donnée par les appelants à l'art. 14 de la *CCT* et qu'en interprétant cette disposition de cette façon, ces derniers demandent en somme à la Cour de reconnaître un principe fondamental nouveau : le droit à une réparation civile au Canada pour les victimes de torture. En outre, le droit revendiqué à une réparation civile au Canada pour les victimes de torture ne satisfait pas, selon lui, aux critères applicables à la reconnaissance d'un nouveau principe de justice fondamentale.

[138] Par souci de commodité, je reproduis le texte du par. 14(1) de la *CCT* :

Tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la

act of torture, his dependants shall be entitled to compensation.

[139] In order for a rule or principle to be a principle of fundamental justice, “it must be a legal principle about which there is significant societal consensus that it is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and 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” (*R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 113).

[140] There is no consensus that art. 14 should be interpreted in the manner the appellants suggest. In fact, although conflicting views have been vigorously advanced, the interpretation of art. 14 by some party states and by international and domestic judicial authorities support the respondent’s contention that art. 14 ensures redress and compensation for torture committed within the forum state’s own territorial jurisdiction.

[141] First, both the United States and Canada have taken the position that art. 14 does not require ratifying states to provide civil remedies for torture committed in foreign countries. When the U.S. provided notice of its ratification of the *CAT* in 1994, it expressed its understanding “that article 14 requires a state party to provide a private right of action for damages only for acts of torture committed in territory under the jurisdiction of that state party” (*Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, at para. 20). As the Attorney General and the *amicus* point out, Canada has also confirmed that art. 14 establishes an obligation to ensure redress where an act of torture took place within the state’s own jurisdiction — not where the torture occurred outside the forum state (United Nations, *Review of Canada’s Sixth Report on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (2012) (online), at para. 339). Although the interpretation of an article by a limited number of party states is non-determinative of that article’s meaning, there is no

victime résultant d’un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation.

[139] Pour qu’une règle ou un principe soit considéré comme un principe de justice fondamentale, « il doit s’agir d’un principe juridique 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 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 » (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 113).

[140] Or, aucun consensus ne s’est établi pour reconnaître que l’art. 14 devrait être interprété comme le souhaitent les appelants. En fait, même si des opinions contradictoires ont été vigoureusement défendues, certaines interprétations étatiques et judiciaires nationales et internationales étayent l’argument de l’intimé selon lequel cette disposition garantit une réparation et une indemnisation pour des actes de torture commis sur le territoire même de l’État du for.

[141] Tout d’abord, tant les États-Unis que le Canada ont exprimé l’avis que l’art. 14 n’oblige pas les États l’ayant ratifié à prévoir des réparations civiles pour des actes de torture commis dans un pays étranger. Lorsque les États-Unis ont donné avis qu’ils ratifiaient la Convention en 1994, ils ont expliqué que [TRADUCTION] « l’art. 14 exige qu’un État partie prévoie un droit d’action privé à l’égard de dommages-intérêts uniquement pour les actes de torture commis sur le territoire relevant de la compétence de cet État partie » (*Jones* (HL), par. 20). Comme le procureur général et l’*amicus curiae* le font remarquer, le Canada a également confirmé que l’art. 14 établit l’obligation d’assurer une réparation lorsqu’un acte de torture a eu lieu sur le territoire même de l’État — et non lorsqu’un tel acte a eu lieu en dehors de l’État du for (Nations Unies, *Examen du sixième rapport du Canada sur la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (2012) (en ligne), par. 339). Même si l’interprétation que font quelques États parties d’un article n’est pas

evidence that the majority of signatories interpret art. 14 in the manner that the appellants contend (M. Nowak and E. McArthur, with the contribution of K. Buchinger et al., *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (2008), at pp. 492 and 502).

[142] Further, national and international jurisprudence heavily favours the Attorney General's interpretation of the *CAT*. In fact, neither the appellants nor the interveners have identified a single court or international tribunal that has interpreted art. 14 in the way they suggest.

[143] In *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, one of the issues before the House of Lords was whether the U.K. was required to provide legal redress under art. 14 of the *CAT*. The House of Lords concluded:

Secondly, article 14 of the Torture Convention does not provide for universal civil jurisdiction. It appears that at one stage of the negotiating process the draft contained words, which mysteriously disappeared from the text, making this clear. But the natural reading of the article as it stands in my view conforms with the US understanding noted above, that it requires a private right of action for damages only for acts of torture committed in territory under the jurisdiction of the forum state. This is an interpretation shared by Canada, as its exchanges with the Torture Committee make clear. The correctness of this reading is confirmed when comparison is made between the spare terms of article 14 and the much more detailed provisions governing the assumption and exercise of criminal jurisdiction. [para. 25]

[144] As stated above, the European Court of Human Rights recently confirmed this decision: *Jones v. United Kingdom*. That court noted that no decision of the I.C.J. or of any international arbitral tribunal had interpreted art. 14 as requiring ratifying states to provide civil remedies for torture committed abroad (para. 208).

déterminante pour ce qui est de ce qu'il signifie, rien ne permet de penser que la majorité des signataires interprètent l'art. 14 comme le prétendent les appelants (M. Nowak et E. McArthur, avec la contribution de K. Buchinger et autres, *The United Nations Convention Against Torture : A Commentary* (2008), p. 492 et 502).

[142] Par ailleurs, tant la jurisprudence nationale que la jurisprudence internationale militent fortement en faveur de l'interprétation que fait le procureur général de la *CCT*. En fait, ni les appelants ni les intervenants n'ont mentionné une seule cour de justice ou un seul tribunal international qui a interprété l'art. 14 comme ils le proposent.

[143] Dans l'affaire *Jones* (HL), la Chambre des lords devait notamment décider si le Royaume-Uni était tenu d'ouvrir un recours en justice en application de l'art. 14 de la *CCT*. La Chambre des lords a conclu :

[TRADUCTION] Deuxièmement, l'article 14 de la Convention contre la torture ne prévoit pas une juridiction civile universelle. Il semble qu'à un stade du processus de négociation, l'ébauche contenait des mots, mystérieusement disparus du texte, qui l'indiquaient clairement. Mais l'interprétation naturelle de l'article dans sa forme actuelle, selon moi, concorde avec l'opinion susmentionnée des États-Unis, à savoir qu'il ne requiert un droit d'action privé en dommages-intérêts que pour les actes de torture commis dans un territoire relevant de la compétence de l'État du for. Il s'agit là d'une interprétation que partage le Canada, comme l'indiquent clairement les échanges entre ce dernier et le Comité contre la torture. La justesse de cette interprétation se confirme lorsqu'on procède à une comparaison entre le libellé succinct de l'article 14 et les dispositions nettement plus détaillées qui régissent la présomption et l'exercice d'une juridiction criminelle. [par. 25]

[144] Ainsi qu'il a été mentionné plus tôt, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment confirmé ce jugement : *Jones* (ECHR). Cette cour a fait remarquer qu'aucune décision de la C.I.J. ou d'un tribunal arbitral international, quel qu'il soit, n'avait interprété l'art. 14 de manière à obliger les États ayant ratifié la convention à prévoir des réparations civiles pour des actes de torture commis à l'étranger (par. 208).

[145] Furthermore, the appellants' interpretation of art. 14 is not necessarily supported by the language of that provision. It is true that art. 14 does not expressly state that there is a territorial limit on a state's obligation to provide civil recourse for torture. As the appellants point out, this can be contrasted with other provisions of the *CAT* which create obligations limited to the "territory under [the state's] jurisdiction" (see, for example, art. 12). However, the wording of art. 14 can also be contrasted with art. 5(1)(c), which expressly grants a state universal criminal jurisdiction when the victim of torture is a national of that particular state and the state deems the establishment of jurisdiction appropriate (see Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, at p. 261). I am therefore not convinced that the absence of an express territorial limit can be determinative of the meaning of art. 14.

[146] Finally, the appellants rely on comments made by the United Nations Committee against Torture, a committee established to monitor and report on states' compliance with the *CAT*. The intervener the Canadian Bar Association urges the Court to place heavy reliance on the Committee's comments. The Committee has clearly expressed the view that art. 14 requires states to provide a means of redress to all victims of torture, regardless of where the torture was committed. For example, in its *General comment No. 3 (2012): Implementation of article 14 by State parties*, U.N. Doc. CAT/C/GC/3, released in December 2012, the Committee stated:

The Committee considers that the application of article 14 is not limited to victims who were harmed in the territory of the State party or by or against nationals of the State party. The Committee has commended the efforts of States parties for providing civil remedies for victims who were subjected to torture or ill-treatment outside their territory. This is particularly important when a victim is unable to exercise the rights guaranteed under article 14 in the territory where the violation took place. Indeed, article 14 requires States parties to ensure that all victims of torture and ill-treatment are able to access remedy and obtain redress.

[145] De plus, le libellé même de l'art. 14 ne supporte pas nécessairement l'interprétation proposée par les appelants. Certes, cet article n'indique pas expressément qu'il existe une limite territoriale à l'obligation d'un État de prévoir une réparation civile en cas de torture. Comme le soulignent les appelants, cette rédaction peut être mise en apposition avec celle de dispositions autres de la *CCT* qui créent des obligations limitées au « territoire sous [l]a juridiction [de l'État] » (voir, p. ex, l'art. 12). Cependant, le libellé de l'art. 14 peut aussi être contrasté avec celui de l'al. 5(1)c), qui reconnaît expressément une juridiction criminelle universelle étatique lorsque la victime d'actes de torture est un ressortissant de cet État en particulier et que l'État considère que la détermination de la compétence est appropriée (voir Larocque, *Civil Actions for Uncivilized Acts*, p. 261). Je ne suis donc pas convaincu que l'absence d'une limite territoriale expresse peut être déterminante quant au sens à donner à l'art. 14.

[146] Enfin, les appelants se fondent sur des commentaires du Comité contre la torture des Nations Unies, qui a été établi pour surveiller la manière dont les États se conforment à la Convention et pour en rendre compte. L'intervenante l'Association du Barreau canadien exhorte la Cour à se fonder essentiellement sur les commentaires de ce Comité qui a clairement exprimé l'avis que l'art. 14 oblige les États à prévoir un moyen de réparation destiné à toutes les victimes d'actes de torture, sans égard à l'endroit où ceux-ci ont été commis. Par exemple, dans *Observation générale n° 3 (2012) : Application de l'article 14 par les États parties*, Doc. N.U. CAT/C/GC/3, diffusé en décembre 2012, le Comité a indiqué :

Le Comité considère que l'application de l'article 14 ne se limite pas aux victimes de préjudices commis sur le territoire de l'État partie ou commis par ou contre un ressortissant de l'État partie. Le Comité a salué les efforts des États parties qui ont offert un recours civil à des victimes soumises à la torture ou à des mauvais traitements en dehors de leur territoire. Cela est particulièrement important quand la victime n'est pas en mesure d'exercer les droits garantis par l'article 14 sur le territoire où la violation a été commise. En effet l'article 14 exige que les États parties garantissent à toutes les victimes de torture et de mauvais traitements l'accès à des moyens de recours et la possibilité d'obtenir réparation.

Similarly, granting immunity, in violation of international law, to any State or its agents or to non-State actors for torture or ill-treatment, is in direct conflict with the obligation of providing redress to victims. When impunity is allowed by law or exists de facto, it bars victims from seeking full redress as it allows the violators to go unpunished and denies victims full assurance of their rights under article 14. The Committee affirms that under no circumstances may arguments of national security be used to deny redress for victims. [paras. 22 and 42]

[147] In my view, despite their importance, the Committee's comments should not be given greater weight than the pronouncements of state parties and judicial authorities. If anything, the Committee's comments only indicate that there is an absence of consensus around the interpretation of art. 14. When a party points to a provision in an international treaty as evidence of a principle of fundamental justice, a court must determine (a) whether there is significant international consensus regarding the interpretation of the treaty, and (b) whether there is consensus that the particular interpretation is fundamental to the way in which the international legal system ought to fairly operate (*Malmo-Levine*, at para. 113; *Suresh*, at para. 46). The absence of such consensus weighs against finding that the principle is fundamental to the operation of the legal system. As indicated above, when it comes to art. 14, no such consensus exists.

[148] Further, while the Committee's comments may be helpful for purposes of interpretation (see *Suresh*, at para. 73), they do not overrule adjudicative interpretations of the articles in the *CAT* (*Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, at para. 23). At best, they form part of a dialogue within the international community where no consensus has yet developed on an interpretation of art. 14 that would recognize the existence of a mandatory universal civil jurisdiction for acts of torture committed outside the boundaries of contracting states.

De même, le fait d'assurer l'immunité, en violation du droit international, à tout État ou à ses agents ou à des acteurs extérieurs à l'État pour des actes de torture ou de mauvais traitements est directement en conflit avec l'obligation d'assurer une réparation aux victimes. Quand l'impunité est permise par la loi ou existe de fait, elle empêche les victimes d'obtenir pleinement réparation car elle permet aux responsables de violations de rester impunis et dénie aux victimes le plein exercice des autres droits garantis à l'article 14. Le Comité affirme qu'en aucune circonstance la nécessité de protéger la sécurité nationale ne peut être invoquée comme argument pour refuser aux victimes le droit à réparation. [par. 22 et 42]

[147] À mon avis, malgré leur importance, il n'y a pas lieu d'accorder aux commentaires du Comité plus de poids qu'aux avis des États parties et des autorités judiciaires. Ces commentaires soulignent plutôt l'absence de consensus au sujet de l'interprétation de l'art. 14. Quand une partie invoque une disposition d'un traité international comme preuve d'un principe de justice fondamentale, la cour doit déterminer a) s'il existe un vaste consensus international à propos de l'interprétation de ce traité et b) s'il y a un consensus sur le fait que l'interprétation particulière est essentielle au bon fonctionnement du système de justice internationale (*Malmo-Levine*, par. 113; *Suresh*, par. 46). L'absence d'un tel consensus milite contre une conclusion voulant que le principe soit essentiel au fonctionnement du système de justice. Comme il a été indiqué plus tôt, dans le cas de l'art. 14, il n'existe pas de tel consensus.

[148] De plus, les commentaires du Comité, malgré leur utilité en matière d'interprétation (*Suresh*, par. 73), n'ont pas préséance sur les interprétations des articles de la *CCT* adoptées par les instances chargées de trancher des litiges (*Jones* (HL), par. 23). Dans le meilleur des cas, ces commentaires s'inscrivent dans le cadre d'un dialogue mené au sein de la communauté internationale qui n'est pas encore parvenue, au sujet de l'interprétation de l'art. 14, à un consensus qui reconnaîtrait l'existence d'une compétence universelle obligatoire en matière civile pour les actes de torture commis en dehors des frontières des États contractants.

[149] Even if we were to adopt the appellants' interpretation of art. 14 and there was international consensus on this issue, it must be noted that the existence of an article in a treaty ratified by Canada does not automatically transform that article into a principle of fundamental justice. Canada remains a dualist system in respect of treaty and conventional law (Currie, at p. 235). This means that, unless a treaty provision expresses a rule of customary international law or a peremptory norm, that provision will only be binding in Canadian law if it is given effect through Canada's domestic law-making process (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 69; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, at pp. 172-73; Currie, at p. 235). The appellants have not argued, let alone established, that their interpretation of art. 14 reflects customary international law, or that it has been incorporated into Canadian law through legislation.

[150] It is true that the *Charter* will often be understood to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents to which Canada is a party (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at pp. 348-49, *per* Dickson C.J., dissenting). In my view, however, this presumption operates principally as an interpretive tool in assisting the courts in delineating the breadth and scope of *Charter* rights (see *Health Services and Support*, at paras. 71-79; see also Beaulac, at pp. 231-39). International Conventions may also assist in establishing the elements of the *Malmo-Levine* test for recognition of new principles of fundamental justice (see *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 10). But not all commitments in international agreements amount to principles of fundamental justice. Their nature is very diverse. International law is ever changing. The interaction between domestic and international law must be managed carefully in light of the principles governing what remains

[149] Même si nous devons adopter l'interprétation de l'art. 14 que préconisent les appelants, et même s'il existait un consensus international sur la question, il importe de souligner que l'existence d'un article dans un traité ratifié par le Canada ne transforme pas automatiquement cet article en un principe de justice fondamentale. Le Canada continue à posséder un système dualiste au chapitre des traités et du droit conventionnel (Currie, p. 235). En conséquence, à moins qu'une disposition d'un traité n'exprime une règle du droit international coutumier ou une norme impérative, cette disposition ne deviendra exécutoire en droit canadien que s'il lui est donné effet par l'intermédiaire du processus d'élaboration des lois du Canada (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 69; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, p. 172-173; Currie, p. 235). Les appelants n'ont pas prétendu — et encore moins établi — que leur interprétation de l'art. 14 correspond au droit international coutumier ou qu'elle a été intégrée au droit canadien par voie législative.

[150] Il est vrai que l'on considère souvent que la *Charte* offre une protection au moins aussi importante que celle qu'accordent des dispositions semblables énoncées dans des documents internationaux sur les droits de la personne auxquels le Canada est partie (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 348-349, le juge en chef Dickson, dissident). À mon avis, toutefois, cette présomption sert principalement d'outil d'interprétation en vue d'aider les tribunaux à délimiter l'étendue et la portée des droits que garantit la *Charte* (voir *Health Services and Support*, par. 71-79; voir aussi Beaulac, p. 231-239). Les conventions internationales peuvent également aider à établir les éléments du test énoncé dans l'arrêt *Malmo-Levine* à propos de la reconnaissance de nouveaux principes de justice fondamentale (voir *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 10). Mais les engagements pris dans des ententes internationales ne sont pas tous assimilables à des principes de justice fondamentale. Leur nature est très diversifiée.

a dualist system of application of international law and a constitutional and parliamentary democracy. The mere existence of an international obligation is not sufficient to establish a principle of fundamental justice. Were we to equate all the protections or commitments in international human rights documents with principles of fundamental justice, we might in effect be destroying Canada's dualist system of reception of international law and casting aside the principles of parliamentary sovereignty and democracy.

[151] That being said, I am prepared to accept that *jus cogens* norms can generally be equated with principles of fundamental justice and that they are particularly helpful to look to in the context of issues pertaining to international law. Just as principles of fundamental justice are the “basic tenets of our legal system” (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503), *jus cogens* norms are a higher form of customary international law. In the same manner that principles of fundamental justice are principles “upon which there is some consensus that they are vital or fundamental to our societal notion of justice” (*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 590), *jus cogens* norms are customs accepted and recognized by the international community of states from which no derogation is permitted (*Bouzari*, at paras. 85-86; *van Ert*, at p. 29).

[152] This recognition, however, does not bolster the appellants' argument. While the prohibition of torture is certainly a *jus cogens* norm from which Canada cannot derogate (and is also very likely a principle of fundamental justice), the question in this case is whether this norm extends in such a way as to require each state to provide a civil remedy for torture committed abroad by a foreign state.

Le droit international est en constante évolution. L'interaction entre le droit national et le droit international doit être gérée avec soin, à la lumière des principes régissant ce qui demeure un système dualiste d'application du droit international et une démocratie constitutionnelle et parlementaire. La simple existence d'une obligation internationale ne suffit pas pour établir l'existence d'un principe de justice fondamentale. S'il fallait assimiler à des principes de justice fondamentale toutes les mesures de protection ou tous les engagements qui sont énoncés dans des documents internationaux en matière de droits de la personne, on risquerait en fait de détruire le système dualiste canadien de réception du droit international et d'écartier les principes de souveraineté parlementaire et de démocratie.

[151] Cela dit, je suis disposé à admettre que l'on peut généralement assimiler les normes du *jus cogens* à des principes de justice fondamentale et qu'il est particulièrement utile de les examiner dans le contexte de questions relevant du droit international. À l'instar des principes de justice fondamentale qui constituent les « préceptes fondamentaux de notre système juridique » (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503), les normes du *jus cogens* représentent une forme supérieure de droit international coutumier. Tout comme les principes de justice fondamentale sont des principes qui « doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591), les normes du *jus cogens* sont des coutumes auxquelles adhère la communauté internationale des États et à l'égard desquelles aucune dérogation n'est autorisée (*Bouzari*, par. 85-86; *van Ert*, p. 29).

[152] Cette reconnaissance n'appuie toutefois pas l'argument des appelants. Si l'interdiction de la torture est assurément une norme du *jus cogens* à laquelle le Canada ne peut déroger (et aussi, fort probablement, un principe de justice fondamentale), il s'agit en l'espèce de savoir si cette norme va jusqu'à obliger chaque État à prévoir une réparation civile pour des actes de torture commis à l'étranger par un autre État.

[153] Several national courts and international tribunals have considered this question, and they have consistently confirmed that the answer is no: customary international law does not extend the prohibition of torture so far as to require a civil remedy for torture committed in a foreign state. I agree with these courts and tribunals that the peremptory norm prohibiting torture has not yet created an exception to state immunity from civil liability in cases of torture committed abroad.

[154] In *Germany v. Italy*, the I.C.J. considered whether Germany could benefit from state immunity in respect of its violations of international humanitarian law in Italy during the Second World War. The court observed that there was a substantial body of state practice which demonstrated that customary international law did not consider a state's entitlement to immunity as being dependent upon the gravity of the act of which it was accused or the peremptory nature of the rule which it was alleged to have violated (paras. 89-91).

[155] In *Jones v. United Kingdom*, the European Court of Human Rights reviewed judicial decisions from around the world, and concluded:

In recent years, both prior to and following the House of Lords judgment in the present case, a number of national jurisdictions have considered whether there is now a *jus cogens* exception to State immunity in civil claims against the State

However, it is not necessary for the Court to examine all of these developments in detail since the recent judgment of the International Court of Justice in *Germany v. Italy* . . . — which must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law — clearly establishes that, by February 2012, no *jus cogens* exception to State immunity had yet crystallised. [paras. 197-98]

[156] Similarly, in *Fang v. Jiang*, [2007] N.Z.A.R. 420, the High Court of New Zealand agreed with

[153] Plusieurs cours de justice nationales et tribunaux internationaux se sont penchés sur cette question et ils ont systématiquement confirmé que la réponse est non : le droit international coutumier n'étend pas l'interdiction de la torture au point d'exiger une réparation civile pour des actes de torture commis dans un État étranger. Je reconnais avec ces cours et tribunaux que la norme impérative qui interdit la torture n'a pas encore entraîné la création d'une exception à l'immunité des États contre toute responsabilité civile à l'égard d'actes de torture commis à l'étranger.

[154] Dans l'arrêt *Allemagne c. Italie*, la C.I.J. a examiné si l'Allemagne pouvait bénéficier de l'immunité des États à l'égard de ses violations du droit humanitaire international en Italie au cours de la Seconde Guerre mondiale. La cour a fait remarquer qu'un vaste ensemble de pratiques étatiques attestaient que le droit international coutumier ne considérait pas que le droit d'un État à l'immunité était fonction de la gravité de l'acte dont cet État est accusé ou du caractère impératif de la règle qu'il aurait violée (par. 89-91).

[155] Dans l'arrêt *Jones* (ECHR), la Cour européenne des droits de l'homme a passé en revue des décisions judiciaires rendues un peu partout dans le monde et a conclu :

[TRADUCTION] Ces dernières années, tant avant qu'après le jugement que la Chambre des lords a rendu en l'espèce, un certain nombre de juridictions nationales ont examiné s'il existe aujourd'hui une exception, fondée sur le *jus cogens*, à l'immunité d'un État dans le cadre d'une poursuite civile intentée contre ce dernier . . .

Cependant, il n'est pas nécessaire que la Cour examine en détail tous ces faits nouveaux, car le récent jugement de la Cour internationale de justice dans l'arrêt *Allemagne c. Italie* [. . .] — que la Cour doit considérer comme faisant autorité à l'égard de la teneur du droit international coutumier — établit clairement que, au mois de février 2012, aucune exception fondée sur le *jus cogens* à l'immunité des États ne s'était encore concrétisée. [par. 197-198]

[156] De même, dans l'arrêt *Fang c. Jiang*, [2007] N.Z.A.R. 420, la Haute Cour de Nouvelle-Zélande

the House of Lords in *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia* and held that there was no exception to state immunity claims in situations of torture.

[157] Taking the above as indicative of lack of state practice and *opinio juris*, I must conclude that Canada is not obligated by the *jus cogens* prohibition on torture to open its courts so that its citizens may seek civil redress for torture committed abroad. This is not the meaning and scope of the peremptory norm. Consequently, failing to grant such access would not be a breach of the principles of fundamental justice. However, I agree with the I.C.J. in *Germany v. Italy* that “recognizing the immunity of a foreign State in accordance with customary international law does not amount to recognizing as lawful a situation created by the breach of a *jus cogens* rule, or rendering aid and assistance in maintaining that situation” (para. 93).

[158] The David Asper Centre for Constitutional Rights (“DAC”) and the International Human Rights Program (“IHRP”) submit that s. 3(1) of the *SIA* is unconstitutional to the extent that it prevents access to an effective remedy for gross human rights violations. They argue that it is a principle of fundamental justice that “where there is a right there must be a remedy for its violation” (factum, at para. 6).

[159] While I agree that “where there is a right, there must be a remedy for its violation” is a legal maxim, I cannot accept that it necessarily constitutes a principle of fundamental justice. While rights would be illusory if there was never a way to remedy their violation, the reality is that certain rights do exist even though remedies for their violation may be limited by procedural bars. Remedies are by no means automatic or unlimited; there is no societal consensus that an effective remedy is always guaranteed to compensate for every rights violation.

a souscrit à l’arrêt rendu par la Chambre des lords dans l’affaire *Jones* (HL) et conclu que, dans les cas de torture, il n’existait aucune exception au principe de l’immunité des États.

[157] En considérant que ce qui précède dénote une absence de pratiques étatiques et d’*opinio juris*, il faut conclure que le Canada n’est pas tenu par les règles du *jus cogens* relatives à l’interdiction de la torture d’ouvrir ses tribunaux de sorte que ses citoyens puissent solliciter une réparation civile pour des actes de torture commis à l’étranger. Il ne s’agit là ni du sens ni de la portée de la norme impérative. En conséquence, ne pas accorder un tel accès ne constituerait pas une violation des principes de justice fondamentale. Je conviens toutefois avec la C.I.J. dans *Allemagne c. Italie* que « le fait de reconnaître l’immunité d’un État étranger conformément au droit international coutumier ne revient pas à juger licite une situation créée par la violation d’une règle de *jus cogens*, ni à prêter aide ou assistance au maintien de cette situation » (par. 93).

[158] Le David Asper Centre for Constitutional Rights (« DAC ») et l’International Human Rights Program (« IHRP ») argumentent que le par. 3(1) de la *LIÉ* est inconstitutionnel dans la mesure où il empêche de bénéficier d’une réparation efficace dans le cas d’une violation flagrante des droits de la personne. Ils soutiennent qu’il est un principe de justice fondamentale que [TRADUCTION] « là où il y a un droit, il y a une réparation » (mémoire, par. 6).

[159] Je reconnais que la formule « là où il y a un droit, il y a une réparation » est une maxime juridique, mais je ne puis admettre qu’elle exprime forcément un principe de justice fondamentale. Certes, les droits seraient dénués de tout contenu s’il n’existait jamais un moyen de remédier à leur violation. Toutefois, en réalité, certains droits peuvent exister même si des obstacles de nature procédurale sont susceptibles de restreindre les réparations pour leur violation. Les réparations ne sont nullement automatiques ou illimitées; il n’existe aucun consensus au sein de la société pour admettre qu’une réparation efficace est toujours disponible pour indemniser toute violation d’un droit.

[160] Substantive rights are frequently implemented within a framework of procedural limitations. There are numerous examples of substantive rights with procedural limitations in Canada. For instance, Canadians have a right to be free from defamation or libel, but in order to sue in Canada, the plaintiff must prove that there is a real and substantial connection between the alleged tortious action and the forum (*Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666). Further, Canadians have a right to be free from assault, but in order to sue for consequential relief, they must bring their claim within a specified period of time (see, for example, the *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, ss. 4 and 10).

[161] Similarly, individuals have a right to be free from torture, but state immunity is a procedural bar which prevents an individual from bringing a civil claim against a foreign state. State immunity regulates a state's exercise of jurisdiction over another foreign state, which is a procedural matter. This regulation is distinct from the substantive law which would determine whether the alleged acts of torture were lawful (*Germany v. Italy*, at para. 93; *Fox and Webb*, at p. 21).

[162] The interveners the DAC and the IHRP have failed to establish that there is consensus that people must always have a right to an effective remedy and that this is necessary to the functioning of the legal system (factum, at paras. 17 and 20). As indicated above, there are many examples in Canadian law where remedies are subordinated to other concerns in appropriate contexts. Society does not always deem it essential that the right to a remedy “trump all other concerns in the administration of justice” (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, at para. 10).

[163] Similarly, there is no evidence of a consensus that the particular remedy requested in this instance (a civil action in domestic courts for human

[160] Les droits substantiels sont souvent mis en œuvre dans le cadre de limites procédurales, et les exemples de tels droits assortis de limites procédurales abondent au Canada. Par exemple, les Canadiens ont le droit d'être à l'abri de toute diffamation ou de tout libelle, mais, afin de pouvoir intenter une poursuite au Canada, le plaignant doit prouver qu'il existe un lien réel et substantiel entre l'acte délictueux allégué et le tribunal saisi (*Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666). De même, les Canadiens ont le droit d'être à l'abri de toute agression, mais, pour intenter une poursuite en vue d'obtenir une réparation pour leur agression, ils doivent déposer leur demande dans le délai prescrit (voir, p. ex., la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, ch. 24, ann. B, art. 4 et 10).

[161] Dans le même ordre d'idées, les particuliers ont le droit de ne pas être soumis à la torture, mais l'immunité des États constitue une fin de non-recevoir procédurale qui empêche une personne d'intenter une poursuite civile contre un État étranger. L'immunité des États régleme l'exercice de la compétence d'un État sur un autre État, et il s'agit là d'une règle de nature procédurale. Cette réglementation est distincte du droit substantiel, qui déterminerait si les actes de torture allégués étaient licites (*Allemagne c. Italie*, par. 93; *Fox et Webb*, p. 21).

[162] Les intervenants le DAC et l'IHRP ne sont pas parvenus à établir qu'il existe un consensus pour reconnaître un droit universel à une réparation efficace et que ce droit est nécessaire au fonctionnement du système de justice (mémoire, par. 17 et 20). Comme il a été indiqué plus tôt, on trouve en droit canadien de nombreux exemples dans lesquels les réparations se trouvent subordonnées à d'autres intérêts dans les contextes qui s'y prêtent. La société ne considère pas toujours qu'il est essentiel que le droit à une réparation « ait préséance sur tous les autres intérêts en cause dans l'administration de la justice » (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, par. 10).

[163] De la même façon, rien ne démontre qu'il existe un consensus pour admettre que la réparation particulière que l'on demande en l'espèce —

rights violations committed abroad) is necessary to the proper functioning of the international legal system. Although my colleague Justice Abella and many interveners point to international instruments touting the importance of effective remedies, these instruments are not consistently interpreted as ensuring access to domestic courts to pursue civil actions for torture committed abroad to the detriment of all other interests. Indeed, it is clear that, in the international community, the right to a civil remedy will give way to procedural bars that are crucial to the functioning of sovereign equality such as state immunity (see, for example, *Germany v. Italy*, at paras. 82 and 84).

[164] Further, I have difficulty accepting that the maxim “where there is a right, there must be a remedy for its violation” discloses a manageable standard as required by *Malmo-Levine*. The DAC and the IHRP rely on this Court’s decisions in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, and *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, in attempting to define the term “remedy”, or more precisely “an appropriate and just remedy”. Our Court found that “an appropriate and just remedy” will (1) meaningfully vindicate the rights and freedoms of the claimants, (2) employ means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy, (3) be a judicial remedy which vindicates the right while invoking the function and powers of the court, and (4) be fair to the party against whom the order is made (*Doucet-Boudreau*, at paras. 55-58).

[165] While these are helpful guiding principles, they are not concrete enough to guarantee a predictable result. Determining whether a remedy will truly compensate for a violation of one’s rights is an intensely personal and subjective matter. What will vindicate the violation of one person’s rights will not come close to satisfying another individual.

une action civile devant un tribunal interne pour des violations des droits de la personne commises à l’étranger — soit nécessaire au bon fonctionnement du système de justice internationale. Bien que ma collègue la juge Abella et bon nombre d’intervenants invoquent divers instruments internationaux où l’on souligne l’importance de réparations efficaces, on ne considère pas systématiquement que ces instruments garantissent un accès aux tribunaux internes pour intenter des actions civiles fondées sur des actes de torture commis à l’étranger, au détriment de tout autre intérêt. En fait, il est clair que, dans la communauté internationale, le droit à une réparation civile demeure circonscrit par les fins de non-recevoir procédurales qui sont cruciales au fonctionnement du principe de l’égalité souveraine, comme l’immunité des États (voir, p. ex., *Allemagne c. Italie*, par. 82 et 84).

[164] En outre, il m’est difficile d’admettre que la maxime « là où il y a un droit, il y a une réparation » dénote l’existence d’une norme fonctionnelle, comme l’exige l’arrêt *Malmo-Levine*. Le DAC et l’IHRP se fondent sur la décision rendue par la Cour dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, et *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, pour tenter de définir le mot « réparation », ou plus précisément l’expression « réparation convenable et juste ». La Cour a conclu qu’une telle réparation (1) permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur, (2) fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle, (3) est une réparation judiciaire qui permet de donner effet au droit en cause dans l’exercice de la fonction et des pouvoirs des tribunaux et (4) est équitable pour la partie visée par l’ordonnance (*Doucet-Boudreau*, par. 55-58).

[165] En dépit de leur utilité, ces principes directeurs ne sont pas suffisamment concrets pour garantir un résultat prévisible. Déterminer si une réparation indemniserait véritablement la violation des droits dont est victime une personne est une question éminemment personnelle et subjective. Ce qui permettra de compenser la violation des droits d’une personne sera loin de satisfaire une autre personne.

[166] Much like the notion of “the best interests of the child” discussed in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, the idea of “an appropriate and just remedy” and “meaningful vindication” to properly compensate for a rights violation

is inevitably highly contextual and subject to dispute; reasonable people may well disagree about the result that its application will yield It does not function as a principle of fundamental justice setting out our minimum requirements for the dispensation of justice.

(*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, at para. 11)

[167] For these reasons, I conclude that while the application of s. 3(1) of the *SIA* in cases of torture may engage security of the person, no identifiable principle of fundamental justice has been violated. As a result, s. 3(1) of the *SIA* does not violate s. 7 of the *Charter*.

VII. Conclusion

[168] With regard to exceptions to state immunity, Professor H. H. Koh famously asked, “if contracts, why not torture?” (“Transnational Public Law Litigation” (1991), 100 *Yale L.J.* 2347, at p. 2365). The answer is simple. Parliament has decided as much.

[169] State immunity is a complex doctrine that is shaped by constantly evolving international relations. Determining the exceptions to immunity requires a thorough knowledge of diplomacy and international politics and a careful weighing of national interests. Since the introduction of the *SIA*, such a task belongs to Parliament or the government, though decisions and laws pertaining to international affairs may be subject to constitutional scrutiny under the *Charter*. In this sense, there is no *Charter* free zone and the courts may have to play a part, as they have done in the past (*Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441;

[166] Tout comme la notion de « l’intérêt supérieur de l’enfant », dont il est question dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, le concept d’une « réparation convenable et juste » et d’une « défense utile », pour indemniser comme il se doit la violation d’un droit

ne peut que dépendre fortement du contexte et susciter la controverse; il se peut que des gens raisonnables ne s’accordent pas sur le résultat que produira son application [. . .] Il ne constitue pas un principe de justice fondamentale qui énonce les conditions minimales essentielles à l’exercice de la justice dans notre pays.

(*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, par. 11)

[167] Pour ces motifs, je conclus que, même si l’application du par. 3(1) de la *LIÉ* dans des cas de torture peut faire intervenir le droit à la sécurité de la personne, aucune atteinte n’a été portée à un principe de justice fondamentale identifiable. De ce fait, le par. 3(1) de la *LIÉ* ne viole pas l’art. 7 de la *Charte*.

VII. Conclusion

[168] Au sujet des exceptions à l’immunité des États, le professeur H. H. Koh a posé sa célèbre question : [TRADUCTION] « si c’est valable pour le commerce, pourquoi pas pour la torture? » (« Transnational Public Law Litigation » (1991), 100 *Yale L.J.* 2347, p. 2365). La réponse à cette question est simple : parce que le législateur en a décidé ainsi.

[169] L’immunité des États constitue une doctrine complexe, façonnée par l’évolution constante des relations internationales. La détermination des exceptions à cette immunité exige une parfaite connaissance de la diplomatie et des politiques internationales ainsi qu’une délicate mise en balance des intérêts nationaux. Depuis l’adoption de la *LIÉ*, cette tâche incombe au Parlement ou au gouvernement, encore que les décisions et les lois portant sur les affaires internationales puissent faire l’objet d’un contrôle constitutionnel fondé sur la *Charte*. En ce sens, il n’existe aucune zone soustraite à l’application de la *Charte*, et les tribunaux peuvent avoir

Khadr). It is not, however, this Court's task to intervene in delicate international policy making.

[170] Parliament has the power and the capacity to decide whether Canadian courts should exercise civil jurisdiction. Parliament has the ability to change the current state of the law on exceptions to state immunity, just as it did in the case of terrorism, and allow those in situations like Mr. Hashemi and his mother's estate to seek redress in Canadian courts. Parliament has simply chosen not to do it yet.

[171] Given the above reasoning, I would dismiss the appeal without costs and answer the constitutional questions as follows:

(1) Is s. 3(1) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, inconsistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44?

No.

(2) If so, is s. 3(1) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, inoperable by reason of such inconsistency?

It is not necessary to answer this question.

(3) Does s. 3(1) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

(4) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

un rôle à jouer, comme ils l'ont fait dans le passé (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Khadr*). Il n'appartient toutefois pas à la Cour d'intervenir dans le délicat secteur de l'élaboration des politiques internationales.

[170] Le législateur a le pouvoir et la capacité de décider si les tribunaux canadiens devraient exercer ou non leur compétence en matière civile. Il peut modifier l'état actuel du droit régissant les exceptions à l'immunité des États, tout comme il l'a fait dans le cas du terrorisme, et permettre aux personnes qui se trouvent dans une situation semblable à celle de M. Hashemi et de la succession de sa mère d'obtenir réparation devant les tribunaux canadiens. À ce jour, le législateur a tout simplement décidé de ne pas le faire.

[171] Compte tenu du raisonnement qui précède, je suis d'avis de rejeter l'appel sans dépens et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

(1) Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, est-il incompatible avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, ch. 44?

Non.

(2) Dans l'affirmative, le par. 3(1) de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, est-il inopérant du fait de cette incompatibilité?

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

(3) Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, viole-t-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

(4) Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de 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*?

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

The following are the reasons delivered by

[172] ABELLA J. (dissenting) — The prohibition on torture is a peremptory norm — *jus cogens* — under international law. That means that the international community has agreed that the prohibition cannot be derogated from by any state.¹ The *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1465 U.N.T.S. 85, was adopted by the United Nations General Assembly in 1984 and came into force in 1987. It is an international human rights instrument aimed at the prevention of torture and other cruel, inhuman, and degrading treatment or punishment around the world. The *Convention Against Torture* did not create the prohibition against torture, but was premised on its uncontroversial and universal acceptance.

[173] State practice is evolving over whether torture can qualify as official state conduct. The evolution emerges from the following conundrum: how can torture be an official function for the purpose of immunity under international law when international law itself universally prohibits torture (see *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147 (H.L.) (“*Pinochet No. 3*”). It seems to me that the legal fluidity created by this question and the challenges it imposes for the integrity of international law leave this Court with a choice about whether to extend immunity to foreign officials for such acts.

[174] In light of the equivocal state of the customary international law of immunity, the long-standing international acceptance of the principle of reparation manifested in Article 14 of the *Convention Against Torture*, and almost a century of increasing international recognition that human rights violations threaten global peace and stability, I see no reason to include torture in the category

Version française des motifs rendus par

[172] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La prohibition de la torture est une norme impérative — de *jus cogens* — du droit international. Ceci veut dire que la communauté internationale a convenu qu’aucun État ne peut y déroger¹. L’Assemblée générale des Nations Unies a adopté en 1984 la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 1465 R.T.N.U. 85 (« *Convention contre la torture* »), qui est entrée en vigueur en 1987. Il s’agit d’un instrument international de défense des droits de la personne qui vise à prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dans le monde entier. La *Convention contre la torture* n’a pas créé la prohibition de la torture, mais elle repose sur l’acceptation incontestée et universelle de ce principe.

[173] Pour ce qui est de savoir si l’on peut considérer la torture comme une conduite étatique officielle, la pratique des États est en voie d’évolution. Cette situation découle de l’épineuse question suivante : comment la torture peut-elle être considérée comme une fonction officielle pour l’application du principe de l’immunité en droit international quand le droit international lui-même interdit universellement cette pratique (voir *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147 (H.L.) (« *Pinochet n° 3* »)). Il me semble que le flou juridique que crée cette question et les défis que celle-ci impose pour l’intégrité du droit international laissent à la Cour un choix quant à savoir s’il convient d’étendre l’immunité aux agents d’États étrangers pour de tels actes.

[174] Compte tenu du caractère équivoque du droit international coutumier en matière d’immunité, du fait que la communauté internationale souscrit de longue date au principe de réparation énoncé à l’art. 14 de la *Convention contre la torture*, ainsi que de la reconnaissance grandissante à l’échelle internationale, depuis près d’un siècle, que les violations des droits de la personne menacent la paix et

¹ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3.

¹ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3.

of official state conduct attracting individual immunity. Equivocal customary international law should not be interpreted so as to block access to a civil remedy for torture, which, at a *jus cogens* level, is unequivocally prohibited. As a result, and with great respect, I do not agree with the majority that the defendants Saeed Mortazavi and Mohammad Bakhshi are immune from the jurisdiction of Canadian courts.

Analysis

[175] The doctrine of sovereign immunity limits a state's power to submit a foreign state to the jurisdiction of its courts. This limit is "the natural legal consequence of the obligation to respect the sovereignty of other States": Antonio Cassese, *International Law* (2nd ed. 2005), at p. 98 (emphasis deleted). Like the theory of sovereignty itself, the international law of state immunity has evolved significantly over the last century. What was once considered absolute is now recognized to be nuanced and contextual.

[176] In Canada, the doctrine of state immunity historically developed and was applied by Canadian courts under the common law and in accordance with customary practice. The formerly complete procedural bar once imposed by the doctrine has become increasingly restricted. As LeBel J. recognized in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269,

[o]ver the years, the general principle of sovereign immunity has been attenuated somewhat, and certain exceptions to the general rule have emerged. Some authors have interpreted the emergence of exceptions to sovereign immunity as evidence of a new, restrictive immunity. [para. 15]

[177] Before 1982, Canadian courts had generally adhered to a theory of absolute state immunity, but in some cases adopted an increasingly restricted

la stabilité mondiales, je ne vois pas pourquoi on devrait faire entrer la torture dans la catégorie des conduites étatiques officielles qui donne naissance à une immunité individuelle. Il n'y a pas lieu d'interpréter les dispositions équivoques du droit international coutumier de façon à faire obstacle à une réparation de nature civile pour des actes de torture qui, au niveau du *jus cogens*, sont catégoriquement interdits. En conséquence, et en toute déférence, je ne souscris pas à l'opinion de la majorité selon laquelle les défendeurs Saeed Mortazavi et Mohammad Bakhshi bénéficient de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens.

Analyse

[175] Le principe de l'immunité de juridiction limite le pouvoir qu'a un État de soumettre un autre État à la juridiction de ses tribunaux. Cette limite est [TRADUCTION] « la conséquence juridique naturelle de l'obligation de respecter la souveraineté des autres États » : Antonio Cassese, *International Law* (2^e éd. 2005), p. 98 (soulignement omis). À l'instar de la théorie de la souveraineté elle-même, le droit international de l'immunité des États a considérablement évolué au cours du siècle dernier, et ce que l'on considérait naguère comme absolu est aujourd'hui tenu pour nuancé et contextuel.

[176] Au Canada, le principe de l'immunité des États a historiquement été élaboré et appliqué par les tribunaux canadiens sous le régime de la common law et en conformité avec les pratiques coutumières. L'irrecevabilité autrefois complète qu'imposait ce principe est devenue de plus en plus restreinte. Comme l'a reconnu le juge LeBel dans l'arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269 :

Au fil des années, le principe général de l'immunité de juridiction s'est un peu assoupli et des exceptions à la règle générale ont vu le jour. Certains auteurs ont interprété l'apparition d'exceptions à l'immunité de juridiction comme la preuve de l'émergence d'une immunité nouvelle plus restreinte. [par. 15]

[177] Avant 1982, les tribunaux canadiens adhéraient en général à un principe d'immunité absolue des États, mais, dans certaines affaires, ils ont

form of immunity determined by the subject matter of the state conduct in question. In light of the diverging practices in domestic courts at the time, Parliament enacted the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, whose purpose was to bring clarity by codifying the common law on the immunity of foreign states.

[178] The *State Immunity Act* sets out the following general rule for the immunity of a foreign state in Canadian courts:

3. (1) Except as provided by this Act, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada.

[179] By its own terms, then, the theory of state immunity codified by the *State Immunity Act* through s. 3(1) is restricted through several internal statutory limitations. The immunity of a foreign state may be limited, for instance, by waiver (s. 4); in proceedings relating to the commercial activity of the foreign state (s. 5); in proceedings relating to death, personal injury or property damage that occurs in Canada (s. 6); in certain maritime proceedings (s. 7); and in respect of certain property located in Canada (s. 8).

[180] In 2012, Parliament amended the *State Immunity Act* to limit the immunity of a foreign state in proceedings against it in connection with its support for terrorism (s. 6.1).

[181] The doctrine of sovereign immunity is not entirely codified under the *State Immunity Act*. Section 18 specifies that the Act “does not apply to criminal proceedings or proceedings in the nature of criminal proceedings”. Accordingly, the *State Immunity Act* only addresses the circumstances in which Canadian courts are procedurally barred from taking jurisdiction over a foreign state in proceedings outside the criminal context.

adopté une forme d’immunité de plus en plus restreinte, déterminée par l’objet de la conduite étatique en question. À la lumière des différences de pratique entre les tribunaux canadiens de l’époque, le Parlement a adopté la *Loi sur l’immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, en vue d’apporter une certaine clarté en codifiant les règles de common law en matière d’immunité des États étrangers.

[178] La *Loi sur l’immunité des États* énonce le principe général qui suit relativement à l’immunité d’un État étranger devant les tribunaux canadiens :

3. (1) Sauf exceptions prévues dans la présente loi, l’État étranger bénéficie de l’immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada.

[179] Selon ses propres termes, donc, le principe de l’immunité de juridiction que codifie la *Loi sur l’immunité des États* au par. 3(1) est restreint par plusieurs limites législatives internes. L’immunité d’un État étranger peut être limitée, par exemple, par voie de renonciation (art. 4), dans les actions portant sur les activités commerciales d’un État étranger (art. 5), dans les actions découlant de décès, de dommages corporels ou de dommages aux biens survenant au Canada (art. 6), dans certaines actions relevant du droit maritime (art. 7), de même qu’à l’égard de certains biens situés au Canada (art. 8).

[180] En 2012, le Parlement a modifié la *Loi sur l’immunité des États* de façon à limiter l’immunité d’un État étranger dans les actions engagées contre lui en lien avec le fait qu’il soutient le terrorisme (art. 6.1).

[181] La doctrine de l’immunité de juridiction n’est pas entièrement codifiée par la *Loi sur l’immunité des États*. L’article 18 précise que cette dernière « ne s’applique pas aux poursuites pénales ni à celles qui y sont assimilées ». De ce fait, la *Loi sur l’immunité des États* n’a trait qu’aux situations dans lesquelles les tribunaux canadiens, à cause d’un obstacle de nature procédurale, ne peuvent se déclarer compétents à l’égard d’un État étranger dans une action intentée dans un contexte autre que celui du droit pénal.

[182] While s. 3(1) of the *State Immunity Act* outlines the immunity of a “foreign state”, s. 2 defines it as follows:

“foreign state” includes

(a) any sovereign or other head of the foreign state or of any political subdivision of the foreign state while acting as such in a public capacity,

(b) any government of the foreign state or of any political subdivision of the foreign state, including any of its departments, and any agency of the foreign state, and

(c) any political subdivision of the foreign state;

[183] “Agency of a foreign state” and “political subdivision” are defined as follows:

“agency of a foreign state” means any legal entity that is an organ of the foreign state but that is separate from the foreign state;

“political subdivision” means a province, state or other like political subdivision of a foreign state that is a federal state.

[184] The only individuals expressly included in the definition of a “foreign state” are “any sovereign or other head of the foreign state . . . while acting as such in a public capacity”. There is no reference to public officials apart from heads of state. As the General Counsel for the Constitutional and International Law Section of the Department of Justice said in speaking to the Standing Committee on Justice and Legal Affairs: “. . . this proposed act deals with states, not with individuals” (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, No. 60, 1st Sess., 32nd Parl., February 4, 1982, at p. 32).

[185] The Ontario Court of Appeal was of the view in *Jaffe v. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745, that the silence in the *State Immunity Act* on the immunity of lower-level individual officials who work for and on behalf of the state means that the common law determines when immunity applies to lower level officials:

[182] Si le par. 3(1) de la *Loi sur l’immunité des États* circonscrit l’immunité d’un « État étranger », l’art. 2 définit ce dernier comme suit :

« État étranger » Sont assimilés à un État étranger :

a) le chef ou souverain de cet État ou d’une subdivision politique de celui-ci, dans l’exercice de ses fonctions officielles;

b) le gouvernement et les ministères de cet État ou de ses subdivisions politiques, ainsi que les organismes de cet État;

c) les subdivisions politiques de cet État.

[183] Les termes « organisme d’un État étranger » et « subdivision politique » sont ainsi définis :

« organisme d’un État étranger » Toute entité juridique distincte qui constitue un organe de l’État étranger.

« subdivision politique » Toute province, tout état ou toute autre subdivision politique similaire d’un État étranger à régime fédéral.

[184] Les seuls individus expressément visés par cette définition d’« État étranger » sont « le chef ou souverain de cet État [. . .] dans l’exercice de ses fonctions officielles ». Il n’y est pas fait mention des agents ou des représentants officiels, hormis les chefs d’État. Comme l’a déclaré l’avocat général de la Section du droit constitutionnel et international du ministère de la Justice en prenant la parole devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques : [TRADUCTION] « . . . ce projet de loi porte sur des États, et non sur des personnes » (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, n° 60, 1^{re} sess., 32^e lég., 4 février 1982, p. 32).

[185] Dans l’arrêt *Jaffe c. Miller* (1993), 13 O.R. (3d) 745, la Cour d’appel de l’Ontario a exprimé l’avis que le silence de la *Loi sur l’immunité des États* sur l’immunité d’agents particuliers d’un rang inférieur qui travaillent pour le compte de l’État signifie que c’est la common law qui détermine dans quels cas l’immunité s’applique à eux :

The fact that the Act is silent on its application to employees of the foreign state can only mean that Parliament is content to have the determination of which employees are entitled to immunity determined at common law. It will be a matter of fact for the court to decide in each case whether any given person performing a particular function is a functionary of the foreign state.

... *There is nothing in the State Immunity Act which derogates from the common law principle that, when acting in pursuit of their duties, officials or employees of foreign states enjoy the benefits of sovereign immunity.* [Emphasis added; pp. 759-60.]

[186] At the very least, the silence creates an ambiguity as to whether the *State Immunity Act* applies to lower-level officials. Resolving that ambiguity is assisted by reference to customary international law (Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, “A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts” (2002), 40 *Can. Y.B. Int’l L.* 3, at pp. 50-51). Under customary international law, there is a distinction between the blanket immunity *ratione personae* of high-ranking individuals such as the head of state, and the immunity *ratione materiae* for former heads of state and lower-ranking officials which applies only in respect of official acts performed for or on behalf of the state. These doctrines recognize the unique role and responsibility of heads of state. Immunity *ratione personae* shields individuals in the state’s highest positions of authority and, in so doing, preserves their ability to carry out the governance of the state. Immunity *ratione materiae*, on the other hand, confers immunity on foreign officials for acts performed while in office only if they are official acts performed on behalf of the state (John H. Currie, Craig Forcese, Joanna Harrington and Valerie Oosterveld, *International Law: Doctrine, Practice, and Theory* (2nd ed. 2014), at pp. 554-55).

[187] For a practice to become custom, its observance must be seen by states to be obligatory (Currie, Forcese, Harrington and Oosterveld, at p. 116, citing James L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*

[TRANSLATION] Le fait que la Loi ne dise rien sur son application aux employés de l’État étranger ne peut vouloir dire qu’une chose : le législateur accepte que l’on détermine selon la common law quels employés ont droit à l’immunité. La question de savoir si une personne qui exécute une tâche particulière est un fonctionnaire de l’État étranger est une question de fait qu’il appartient au tribunal de trancher dans chaque cas.

... *Rien dans la Loi sur l’immunité des États ne déroge au principe de common law selon lequel les agents ou les employés d’un État étranger, quand ils agissent dans l’exercice de leurs fonctions, bénéficient des avantages de l’immunité de juridiction.* [Je souligne; p. 759-760.]

[186] Le moins que l’on puisse dire, c’est que ce silence crée une ambiguïté quant à la question de savoir si la *Loi sur l’immunité des États* s’applique aux agents de rang inférieur, et pour la dissiper il est utile de se référer au droit international coutumier (Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts » (2002), 40 *Can. Y.B. Int’l L.* 3, p. 50-51). Or, il existe dans ce droit une distinction entre l’immunité générale *ratione personae*, dont bénéficient les personnes d’un rang supérieur comme les chefs d’État, et l’immunité *ratione materiae*, qui s’applique aux anciens chefs d’État et aux agents de rang inférieur et qui ne vaut que pour les actes officiels accomplis pour l’État ou en son nom. Ces principes reconnaissent le rôle et la responsabilité uniques des chefs d’État. L’immunité *ratione personae* protège les personnes qui occupent au sein de l’État les postes de pouvoir les plus élevés et, ce faisant, préserve leur capacité d’assurer la gouvernance de l’État. En revanche, l’immunité *ratione materiae* confère l’immunité aux agents étrangers pour les actes qu’ils accomplissent dans le cadre de leurs fonctions, mais uniquement s’il s’agit d’actes officiels accomplis pour le compte de l’État (John H. Currie, Craig Forcese, Joanna Harrington et Valerie Oosterveld, *International Law : Doctrine, Practice, and Theory* (2^e éd. 2014), p. 554-555).

[187] Pour qu’une pratique devienne une coutume, il faut que les États jugent impératif de l’observer (Currie, Forcese, Harrington et Oosterveld, p. 116, citant James L. Brierly, *The Law of Nations : An Introduction to the International Law of Peace*

(6th ed. 1963), at pp. 59-60). In my view, in determining whether the claims in this case are barred by immunity, we should consider what the international community has said about individual redress for gross violations of peremptory norms.

[188] Under international law generally, the protection for and treatment of individuals as legal subjects has evolved dramatically. And with that evolving protection has come the recognition of a victim's right to redress for a violation of fundamental human rights. The claims for civil damages brought by Zahra Kazemi's estate and her son Stephan Hashemi are founded on Canada's and Iran's obligations under international human rights law and the *jus cogens* prohibition against torture. These claims must be situated in the context of the significant development of the principle of reparation under public international law throughout the twentieth century. At its most fundamental, the principle of reparation means that when the legal rights of an individual are violated, the wrongdoer owes redress to the victim for harm suffered. The aim of the principle of reparation is restorative.

[189] This principle is foundational in domestic legal systems. One of the justifications advanced for tort law, for example, is the "obligation of reparation", which Professor Stephen R. Perry describes as the theory of corrective justice ("The Moral Foundations of Tort Law" (1992), 77 *Iowa L. Rev.* 449, at pp. 450-51, citing Neil MacCormick, *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, chapter 11, "The Obligation of Reparation" (1982)). Professor Ernest Weinrib writes that "corrective justice is the justificatory structure that renders tort law intelligible from within" ("The Special Morality of Tort Law" (1989), 34 *McGill L.J.* 403, at p. 413). The principle of reparation is of course not unique to tort law and underlies many legal processes.

(6^e éd. 1963), p. 59-60). À mon avis, pour déterminer si, en l'espèce, les demandes sont irrecevables en raison du principe de l'immunité, il faut examiner ce qu'a affirmé la communauté internationale sur les recours individuels pour violations flagrantes de normes impératives.

[188] De façon générale, en droit international, le régime de protection et de traitement des personnes en tant que sujets de droit a radicalement évolué. Cette protection en évolution s'est en outre accompagnée de la reconnaissance du droit des victimes à une réparation en cas de violation de droits fondamentaux de la personne. Les poursuites en dommages-intérêts que la succession de feu Zahra Kazemi et son fils Stephan Hashemi ont engagées au civil reposent sur les obligations qu'impose le droit international en matière de droits de la personne au Canada et à l'Iran et sur la prohibition de la torture fondée sur le *jus cogens*. Ces poursuites doivent être situées dans le contexte de la nette évolution du principe de réparation en droit international public depuis le début du xx^e siècle, un principe qui, dans son aspect le plus fondamental, signifie que, s'il y a violation des droits d'un individu, l'auteur de cette violation doit réparation à la victime pour le préjudice qu'elle a subi. L'objectif de ce principe est de nature réparatrice.

[189] Ce principe occupe une place fondamentale dans les systèmes juridiques nationaux. Une des raisons d'être du droit de la responsabilité délictuelle, par exemple, est l'« obligation de réparation » que le professeur Stephen R. Perry qualifie de théorie de la justice corrective (« The Moral Foundations of Tort Law » (1992), 77 *Iowa L. Rev.* 449, p. 450-451, citant Neil MacCormick, *Legal Right and Social Democracy : Essays in Legal and Political Philosophy*, chapter 11, « The Obligation of Reparation » (1982)). Le professeur Ernest Weinrib écrit par ailleurs que [TRADUCTION] « la justice corrective est la structure justificative qui rend le droit de la responsabilité délictuelle intelligible de l'intérieur » (« The Special Morality of Tort Law » (1989), 34 *R.D. McGill* 403, p. 413). Le principe de la réparation n'est évidemment pas unique au droit de la responsabilité délictuelle, et il est à la base de nombreuses voies de droit.

[190] The principle of reparation is also well established in public international law and has been extensively reviewed in the academic literature: see Andrea Gattini, “Reparations to Victims”, in Antonio Cassese, ed., *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (2009), at p. 487; Eva Dwertmann, *The Reparation System of the International Criminal Court: Its Implementation, Possibilities and Limitations* (2010); Riccardo Pisillo Mazzeschi, “Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview” (2003), 1 *J.I.C.J.* 339; Liesbeth Zegveld, “Victims’ Reparations Claims and International Criminal Courts: Incompatible Values?” (2010), 8 *J.I.C.J.* 79.

[191] As the Permanent Court of International Justice stated in the 1928 *Case Concerning the Factory at Chorzów* (1928), P.C.I.J. (Ser. A) No. 17:

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act — a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals — is that *reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed*. [Emphasis added; p. 47.]

[192] The Inter-American Court of Human Rights explained it as follows in 1989:

It is a principle of international law, which jurisprudence has considered “even a general concept of law,” that every violation of an international obligation which results in harm creates a duty to make adequate reparation. Compensation, on the other hand, is the most usual way of doing so (*Factory at Chorzów*, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21 and *Factory at Chorzów*, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 29; *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 184).

Reparation of harm brought about by the violation of an international obligation consists in full restitution (*restitutio in integrum*), which includes the restoration of the prior situation, the reparation of the consequences

[190] Le principe de la réparation est également bien établi en droit international public et il a été abondamment étudié dans les ouvrages de doctrine : voir Andrea Gattini, « Reparations to Victims », dans Antonio Cassese, dir., *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (2009), p. 487; Eva Dwertmann, *The Reparation System of the International Criminal Court : Its Implementation, Possibilities and Limitations* (2010); Riccardo Pisillo Mazzeschi, « Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights : An Overview » (2003), 1 *J.I.C.J.* 339; Liesbeth Zegveld, « Victims’ Reparations Claims and International Criminal Courts : Incompatible Values? » (2010), 8 *J.I.C.J.* 79.

[191] Ainsi que l’a déclaré la Cour permanente de justice internationale en 1928 dans l’*Affaire relative à l’usine de Chorzów* (1928), C.P.J.I. (sér. A) n° 17 :

Le principe essentiel, qui découle de la notion même d’acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que *la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l’acte illicite et rétablir l’état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n’avait pas été commis*. [Je souligne; p. 47.]

[192] En 1989, la Cour interaméricaine des droits de l’homme a expliqué le principe comme suit :

[TRADUCTION] Il est un principe de droit international, un principe que la jurisprudence considère « même comme une règle générale de droit », que toute violation d’une obligation internationale qui se solde par un préjudice crée une obligation d’accorder une réparation suffisante, et l’indemnisation est habituellement le moyen auquel on recourt à cette fin (*Usine de Chorzów*, Compétence, Arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I., Série A, n° 9, p. 21 et *Usine de Chorzów*, Fond, Arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I., Série A, n° 17, p. 29; *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, Recueil de la C.I.J. de 1949, p. 184).

La réparation du préjudice causé par la violation d’une obligation internationale consiste en une réparation intégrale (*restitutio in integrum*), ce qui comprend le rétablissement de la situation antérieure, la réparation des

of the violation, and indemnification for patrimonial and non-patrimonial damages, including emotional harm.

Indemnification for human rights violations is supported by international instruments of a universal and regional character. The Human Rights Committee, created by the International Covenant of Civil and Political Rights of the United Nations, has repeatedly called for, based on the Optional Protocol, indemnification for the violation of human rights recognized in the Covenant (see, for example, communications 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985; etc., Reports of the Human Rights Committee, United Nations). The European Court of Human Rights has reached the same conclusion based upon Article 50 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

(*Godínez-Cruz v. Honduras*, July 21, 1989 (Reparations and Costs), at paras. 23, 24 and 26)

[193] Historically, reparations under public international law were limited to interstate reparations for violations of the laws of nations. It has increasingly been recognized, however, that individuals too are entitled to reparation for violations of individually held rights under international law (see Dwertmann, at p. 22; Gattini; Mazzeschi).

[194] While early international criminal proceedings did little to recognize victims' rights, several international courts now recognize victims' rights to reparations against individual perpetrators of international crimes. This shift is, in part, the result of the recognition of the principle of reparation as a general principle of international law in the enabling treaties and statutes of these courts and the advocacy of victims' rights organizations and scholars since the 1960s. The movement became all the more pronounced in the aftermath of widespread atrocities in the 1990s and influenced the drafters of the *Rome Statute of the International Criminal Court*, U.N. Doc. A/CONF.183/9, July 17, 1998, to "ensure victims a greater role in proceedings before

conséquences de la violation ainsi qu'une indemnisation pour les dommages patrimoniaux et non patrimoniaux, ce qui englobe le préjudice affectif.

L'indemnisation des violations des droits de l'homme est étayée par des instruments internationaux de nature universelle et régionale. Le Comité des droits de l'homme, créé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, a exigé à maintes reprises, en se fondant sur le Protocole facultatif, que l'on prévoie une indemnisation pour la violation des droits de l'homme reconnus par le Pacte (voir, par exemple, les communications 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985; etc., Rapports du Comité des droits de l'homme, Nations Unies). La Cour européenne des droits de l'homme est arrivée à la même conclusion en se fondant sur l'article 50 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(*Godínez-Cruz c. Honduras*, 21 juillet 1989 (réparations et dépens), par. 23, 24 et 26)

[193] À l'origine, en droit international public, les réparations se limitaient à celles entre États pour violation du droit des nations, mais on en est venu de plus en plus à reconnaître que les individus ont droit, eux aussi, en droit international, à une réparation en cas de violation de leurs droits personnels (voir Dwertmann, p. 22; Gattini; Mazzeschi).

[194] Les premières poursuites criminelles en droit international ne se souciaient guère des droits des victimes, mais plusieurs tribunaux internationaux reconnaissent de nos jours les droits qu'ont les victimes à une réparation à l'encontre d'auteurs individuels de crimes internationaux. Ce changement résulte, en partie, de la reconnaissance du fait que le principe de la réparation est un principe général de droit international reconnu par les lois et les traités portant création de ces tribunaux et, aussi, des campagnes de promotion menées par des juristes et des organismes de défense des droits des victimes depuis les années 1960. Le mouvement a pris encore plus d'ampleur dans le sillage des atrocités commises à grande échelle dans les années 1990 et il a

the ICC than before any other international tribunal” (Charles P. Trumbull IV, “The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings” (2008), 29 *Mich. J. Int’l L.* 777, at p. 780). Incorporating victims’ rights into international criminal proceedings is now viewed by many as a significant mechanism of transitional justice and a means of advancing reconciliation.

[195] The right of individuals to reparation is most evidently established under international human rights law. Reparations are a “secondary” right, deriving from the violation of a recognized legal right (Zegveld, at pp. 82-83). It is, as a result, not surprising that the expansion of international human rights law protecting the rights of individuals has generated corresponding rights to “remedy, both substantive and procedural, for individuals suffering injury from unlawful conduct by state authorities” (Zegveld, at p. 83).

[196] Individuals are also granted a remedial right in numerous international human rights conventions: *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Article 8; *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (entered into force March 23, 1976), Articles 2 and 9 to 14; *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 660 U.N.T.S. 195 (entered into force January 4, 1969), Article 6; *Convention Against Torture* (entered into force June 26, 1987), Article 14; *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3 (entered into force September 2, 1990), Article 39; and *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, G.A. Res. 45/158, U.N. Doc. A/Res/45/158, December 18, 1990 (in force July 1, 2003), Articles 15, 16(9), 18(6) and 83. Regional human rights treaties have also established

amené les rédacteurs du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Doc. N.U. A/CONF.183/9, 17 juillet 1998, à [TRADUCTION] « s’assurer que les victimes jouent, dans les instances introduites devant la CPI, un rôle plus important que devant n’importe quel autre tribunal international » (Charles P. Trumbull IV, « The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings » (2008), 29 *Mich. J. Int’l L.* 777, p. 780). Nombreux sont ceux qui considèrent aujourd’hui que la reconnaissance des droits des victimes dans le cadre des instances criminelles internationales constitue un important mécanisme de justice transitoire et un moyen de favoriser la réconciliation.

[195] Le droit des individus d’obtenir une réparation est établi de la manière la plus claire dans les lois internationales en matière de droits de la personne. Le droit à réparation est toutefois un droit [TRADUCTION] « secondaire », dérivé de la violation d’un droit juridique reconnu (Zegveld, p. 82-83). Il n’est donc pas surprenant que le développement du droit international relatif aux droits de la personne protégeant les droits des individus ait donné naissance au droit à une « réparation, tant substantielle que procédurale, pour les individus victimes de la conduite illicite des autorités de l’État » (Zegveld, p. 83).

[196] Les individus se voient également reconnaître un droit à réparation par de nombreuses conventions internationales en matière de droits de la personne : la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 8; le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976), art. 2 et 9 à 14; la *Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 660 R.T.N.U. 195 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969), art. 6; la *Convention contre la torture* (entrée en vigueur le 26 juin 1987), art. 14; la *Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990), art. 39; et la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, A.G. Rés. 45/158, Doc. N.U. A/Res/45/158, 18 décembre 1990 (entrée en vigueur le

an individual right to a remedy for violations of the rights protected under the treaties (Articles 5(5) and 13 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, and Articles 10 and 25(1) of the *American Convention on Human Rights*, 1144 U.N.T.S. 123).

[197] The United Nations General Assembly has provided significant guidance on victims' rights to reparations under international law. The General Assembly first recognized victims' rights to access to justice and redress in 1985 (*Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, G.A. Res. 40/34, U.N. Doc. A/Res/40/34, November 29, 1985). And, in the 1990s, Theo van Boven and M. Cherif Bassiouni each produced U.N. reports recommending comprehensive guidelines on victims' rights.²

[198] Building on these recommendations and on the developments in the international human rights Conventions listed in the previous paragraph, in 2005, the General Assembly adopted the *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law*, G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/Res/60/147, December 16, 2005. This resolution recognizes a state's obligation to provide access to justice and effective remedies, including reparations, to victims of serious or gross human rights and humanitarian law violations. It defines reparations as

1^{er} juillet 2003), art. 15, par. 16(9) et 18(6) et art. 83. Sur le plan régional, divers traités en matière de droits de la personne établissent aussi un droit de recours individuel en cas de violation des droits que protègent ces traités (par. 5(5) et art. 13 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221; et art. 10 et par. 25(1) de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 1144 R.T.N.U. 123).

[197] L'Assemblée générale des Nations Unies a publié d'importantes directives sur le droit des victimes à une réparation en droit international. Elle a tout d'abord reconnu, en 1985, le droit des victimes à l'accès à la justice et à des recours (*Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, A.G. Rés. 40/34, Doc. N.U. A/Res/40/34, 29 novembre 1985). Ensuite, dans les années 1990, Theo van Boven et M. Cherif Bassiouni ont tous deux produit un rapport de l'ONU recommandant l'élaboration de lignes directrices exhaustives sur les droits des victimes².

[198] Prenant appui sur ces recommandations ainsi que sur l'évolution, exposée au paragraphe précédent, des conventions internationales en matière de droits de la personne, l'Assemblée générale a adopté en 2005 les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, A.G. Rés. 60/147, Doc. N.U. A/Res/60/147, 16 décembre 2005. Cette résolution reconnaît l'obligation qu'a un État d'assurer l'accès à la justice et à des recours efficaces, y compris à des mécanismes de réparation, aux

2 Commission on Human Rights, *Report of the independent expert on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms*, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1998/43, U.N. Doc. E/CN.4/1999/65, February 8, 1999; Commission on Human Rights, *Revised set of basic principles and guidelines on the right to reparation for victims of gross violations of human rights and humanitarian law prepared by Mr. Theo van Boven pursuant to Sub-Commission decision 1995/117*, U.N. Doc E/CN.4/Sub.2/1996/17, May 24, 1996.

2 Commission des droits de l'homme, *Rapport de l'expert indépendant M. Cherif Bassiouni, sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, présenté en application de la résolution 1998/43 de la Commission des droits de l'homme*, Doc. N.U. E/CN.4/1999/65, 8 février 1999; Commission des droits de l'homme, *Ensemble révisé de principes fondamentaux et de directives concernant le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire, établi par M. Theo van Boven en application de la décision 1995/117 de la Sous-Commission*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 mai 1996.

including “restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition”³ and provides that reparations be proportional to the gravity of the violation and harm suffered. The Preamble emphasizes that the resolution does not *create* a right to reparation, but merely identifies methods for the “implementation of *existing legal obligations* under international human rights law”.

[199] As all this shows, an individual’s right to a remedy against a state for violations of his or her human rights is now a recognized principle of international law.⁴

[200] The as yet unsettled question remains, however, whether state immunity denies victims of torture access to a civil remedy. Jurisprudentially, like Polaroid photographs, the picture is becoming clearer, but it still lacks focus.

[201] In the context of civil proceedings, American courts have concluded that acts in violation of *jus cogens* cannot constitute official sovereign acts. In *Yousuf v. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012) (appeal pending) (“*Samantar I*”), the Court of Appeal for the Fourth Circuit considered whether Mohamed Ali Samantar, a former high-level government official from Somalia who was a resident in the United States, could benefit from immunity for alleged acts of torture, arbitrary detention and extrajudicial killing committed in Somalia. Traxler C.J. concluded that under international law, “officials from other countries are not entitled to foreign official immunity for *jus cogens* violations, even if the acts were performed in the defendant’s official capacity” (p. 777). Because *jus cogens* violations are not legitimate state acts, the performance of such an act

victimes de violations graves ou flagrantes du droit relatif aux droits de l’homme et du droit humanitaire. Elle précise par ailleurs que les réparations peuvent revêtir les formes suivantes : « restitution, indemnisation, réadaptation, satisfaction et garanties de non-répétition³ » et que les réparations doivent être proportionnelles à la gravité de la violation et du préjudice subi. Son préambule souligne que la résolution ne *crée* pas de droit à une réparation, mais évoque simplement des méthodes pour « l’exécution d’*obligations juridiques qui existent déjà* en vertu du droit international relatif aux droits de l’homme ».

[199] Tout cela démontre que le droit d’un individu à un recours à l’encontre d’un État pour violation de ses droits de la personne est aujourd’hui un principe de droit international reconnu⁴.

[200] Reste toutefois la question non encore résolue de savoir si l’immunité des États prive les victimes de torture d’un accès à un recours de nature civile. Du point de vue jurisprudentiel, à l’instar des clichés Polaroid, l’image devient de plus en plus nette, mais elle n’est toujours pas parfaitement au point.

[201] Dans le contexte des instances civiles, divers tribunaux américains ont conclu que les actes qui portent atteinte au *jus cogens* ne peuvent pas être assimilés à des actes souverains officiels. Dans l’affaire *Yousuf c. Samantar*, 699 F.3d 763 (2012) (appel en instance) (« *Samantar II* »), la Cour d’appel du Fourth Circuit a examiné si Mohamed Ali Samantar, un ancien haut fonctionnaire de la Somalie qui résidait aux États-Unis, pouvait bénéficier de l’immunité à l’égard d’actes de torture, de détentions arbitraires et d’exécutions sommaires censément commis en Somalie. Le juge en chef Traxler a conclu que, en droit international, [TRADUCTION] « l’agent d’un autre État n’a pas droit pour une violation du *jus cogens* à l’immunité dont jouissent les agents étrangers, même si c’est en sa qualité officielle que le défendeur a commis les actes

³ *Basic principles and guidelines*, at para. 18.

⁴ For a detailed review of the evolution of victims’ rights under international law, see M. Cherif Bassiouni, “International Recognition of Victims’ Rights” (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 203.

³ *Principes fondamentaux et directives*, par. 18.

⁴ Pour une analyse détaillée de l’évolution des droits des victimes en droit international, voir M. Cherif Bassiouni, « International Recognition of Victims’ Rights » (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 203.

does not qualify as an “official act” justifying immunity *ratione materiae*.

[202] This conclusion was further supported by Congress’s enactment of the *Torture Victim Protection Act of 1991*, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73, 28 U.S.C. § 1350 (“*TVPA*”) which created an express private right of action for individuals victimized by torture. Although no similar legislation exists in Canada, Congress’s enactment of the *TVPA* serves as further evidence of state practice confirming that *jus cogens* violations are not official acts which are entitled to immunity *ratione materiae*. The Senate Report about the *TVPA* explained that “because no state officially condones torture or extrajudicial killings, few such acts, if any, would fall under the rubric of ‘official actions’ taken in the course of an official’s duties” (No. 249, 102nd Cong., 1st Sess. (1991), at p. 6).

[203] At the International Court of Justice (“I.C.J.”), in *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p.3, Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal referred to the growing acceptance in the academic literature, state practice and international jurisprudence that *jus cogens* violations do not constitute “official acts” for the purpose of immunity *ratione materiae*:

It is now increasingly claimed in the literature (see for example, Andrea Bianchi, “Denying State Immunity to Violators of Human Rights”, 46 *Austrian Journal of Public and International Law* (1994), pp. 227-228) that serious international crimes cannot be regarded as official acts because they are neither normal State functions nor functions that a State alone (in contrast to an individual) can perform (Goff, J. (as he then was) and Lord Wilberforce articulated this test in the case of *1^o Congreso del Partido* (1978) QB 500 at 528 and (1983) AC

en question » (p. 777). Comme les violations du *jus cogens* ne sont pas des actes étatiques légitimes, leur exécution n’en fait pas des « actes officiels » justifiant l’immunité *ratione materiae*.

[202] Cette conclusion est par ailleurs étayée par l’adoption, par le Congrès des États-Unis, de la *Torture Victim Protection Act of 1991*, Pub. L. 102-256, 106 Stat. 73, 28 U.S.C. § 1350 (« *TVPA* »), qui crée un droit d’action privé et explicite pour les individus victimes de torture. Même s’il n’existe aucun texte de loi semblable au Canada, le fait que le Congrès ait adopté la *TVPA* est une preuve de plus de l’existence d’une pratique étatique qui confirme que les violations du *jus cogens* ne sont pas considérées comme des actes officiels donnant droit à l’immunité *ratione materiae*. Le rapport que le Sénat a publié sur la *TVPA* explique que [TRADUCTION] « comme aucun État ne tolère officiellement la torture ou les exécutions sommaires, rares sont les actes de cette nature, s’il y en a, qui se situeraient dans la catégorie des “actes officiels” exécutés dans le cadre des fonctions d’un agent de l’État » (n^o 249, 102nd Cong., 1st Sess. (1991), p. 6).

[203] À la Cour internationale de justice (« C.I.J. »), dans le *Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont fait allusion à l’acceptation grandissante, tant dans les ouvrages de doctrine que dans les pratiques étatiques et la jurisprudence internationale, du fait que les violations du *jus cogens* ne constituent pas des « actes officiels » pour l’application du principe de l’immunité *ratione materiae* :

On affirme maintenant de plus en plus en doctrine (voir, par exemple, Andrea Bianchi, « Denying State Immunity to Violators of Human Rights », *Austrian Journal of Public and International Law* (1994), vol. 46, p. 227-228) que les crimes internationaux graves ne peuvent être considérés comme des actes officiels parce qu’ils ne correspondent ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu’un État seul (par opposition à un individu) peut exercer. (Goff, J. (comme il se nommait alors) et lord Wilberforce ont explicité ce critère dans l’affaire

244 at 268, respectively). This view is underscored by the increasing realization that State-related motives are not the proper test for determining what constitutes public State acts. The same view is gradually also finding expression in State practice, as evidenced in judicial decisions and opinions. (For an early example, see the judgment of the Israel Supreme Court in the *Eichmann* case; Supreme Court, 29 May 1962, 36 *International Law Reports*, p. 312.) See also the speeches of Lords Hutton and Phillips of Worth Matravers in *R. v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others*, ex parte *Pinochet* (“*Pinochet III*”); and of Lords Steyn and Nicholls of Birkenhead in “*Pinochet I*”, as well as the judgment of the Court of Appeal of Amsterdam in the *Bouterse* case (Gerechtshof Amsterdam, 20 November 2000, para. 4.2.) [para. 85]

[204] More recently, however, the I.C.J. in *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*,⁵ in addressing the scope of state immunity under customary international law with respect to *jus cogens* violations, concluded that its availability was not dependent on the gravity of the unlawful act which the state is alleged to have committed. Significantly, however, it made clear that it was only considering immunity for acts committed by the state, specifically emphasizing that it was not considering the availability of immunity for individual state officials:

[T]he Court must emphasize that it is addressing only the immunity of the State itself from the jurisdiction of the courts of other States; the question of whether, and if so to what extent, immunity might apply in criminal proceedings against an official of the State is not in issue in the present case. [para. 91]

[205] The availability of state immunity for *jus cogens* violations rests on the underlying rationale that such immunity is necessary to allow the government to continue functioning in its own territory. By declining to extend the reach of its conclusion to individual foreign officials, the I.C.J. implicitly acknowledged that immunity *ratione materiae*

du 1^o *Congreso del Partido* (1978) QB 500, p. 528, et (1983) AC 244, p. 268, respectivement.) Cette opinion est mise en évidence par la prise de conscience accrue du fait que les mobiles liés à l'État ne constituent pas le critère approprié pour déterminer ce qui constitue des actes publics de l'État. La même opinion trouve en outre progressivement son expression dans la pratique des États, comme l'attestent des décisions et avis judiciaires. (Pour un exemple déjà ancien, voir l'arrêt de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann*; Cour suprême, 29 mai 1962, *International Law Reports*, vol. 36, p. 312.) Voir aussi les discours de lord Hutton et lord Phillips of Worth Matravers dans l'affaire *R. v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others*, ex parte *Pinochet* (« *Pinochet III* »); et de lord Steyn et lord Nicholls of Birkenhead dans l'affaire « *Pinochet I* » ainsi que le jugement de la Cour d'appel d'Amsterdam dans l'affaire *Bouterse* (Gerechtshof Amsterdam, 20 novembre 2000, par. 4.2.) [par. 85]

[204] Plus récemment, toutefois, dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce intervenant)*,⁵ s'agissant de la portée de l'immunité des États en droit international coutumier relativement aux violations du *jus cogens*, la C.I.J. a conclu que cette immunité ne pouvait être subordonnée à la gravité de l'acte illicite reproché à l'État en cause. Fait non négligeable, la cour a toutefois tenu à préciser que ses propos ne concernaient que l'immunité pour les actes commis par l'État, en insistant sur le fait qu'ils ne concernaient pas la possibilité pour les représentants de ce dernier de bénéficier de cette immunité :

[L]a Cour tient à souligner qu'elle ne se prononce que sur l'immunité de juridiction de l'État lui-même devant les tribunaux d'un autre État; la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'État n'est pas posée en l'espèce. [par. 91]

[205] Dans le cas d'une violation du *jus cogens*, le droit à l'immunité de juridiction de l'État existe parce qu'elle est nécessaire pour permettre au gouvernement de continuer à fonctionner sur son propre territoire. En refusant d'étendre la portée de sa conclusion à des représentants étrangers particuliers, la C.I.J. a implicitement reconnu que, dans les

⁵ Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

⁵ Arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99.

in civil proceedings can be developed on a different trajectory than state immunity (Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (3rd ed. 2013), at p. 569).

[206] The evolutionary nature of the law of immunity for torture was recognized most recently in *Jones v. United Kingdom*, Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014. Four individuals had started civil proceedings in the United Kingdom against the Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and against individual state officials, acting as agents of Saudi Arabia, for alleged incidents of torture.

[207] The European Court of Human Rights extensively reviewed the international jurisprudence, noting that state practice on the question of immunity *ratione materiae* for incidents of torture was “in a state of flux” (para. 30). It recognized the existence of “some emerging support in favour of a special rule or exception in public international law in cases concerning civil claims for torture lodged against foreign State officials” because torture was not lawfully within the scope of official authority (para. 213; see, e.g., *Samantar II* as well as *Xuncax v. Gramajo*, 886 F.Supp. 162 (D. Mass. 1995), and *Cabiri v. Assasie-Gyimah*, 921 F.Supp. 1189 (S.D.N.Y. 1996)). Nevertheless, it was of the view that there was not yet sufficient international support for denying immunity to individual defendants against a *civil* claim based on torture.

[208] This decision, however, does not foreclose the possibility that torture is beyond the protection of immunity *ratione materiae*. What it manifestly *does* support is the recognition that, at present, state practice is evolving. The evolution, in my view, reveals a palpable, albeit slow trend in the international jurisprudence to recognize that torture, as a violation of a peremptory norm, does not constitute officially sanctioned state conduct for the purposes of immunity *ratione materiae*.

instances de nature civile, l’immunité *ratione materiae* peut suivre une trajectoire différente de celle de l’immunité des États (Hazel Fox et Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (3^e éd. 2013), p. 569).

[206] La nature évolutive du droit à l’immunité à l’égard des actes de torture a été reconnue plus récemment dans l’affaire *Jones c. United Kingdom*, Nos. 34356/06, 40528/06, ECHR 2014. Quatre personnes avaient engagé une action civile au Royaume-Uni contre le ministère de l’Intérieur du Royaume d’Arabie saoudite et contre des représentants particuliers de l’État, agissant comme mandataires de l’Arabie saoudite concernant des allégations de torture.

[207] La Cour européenne des droits de l’homme a longuement passé en revue la jurisprudence internationale et noté que la pratique des États sur la question de l’immunité *ratione materiae* à l’égard des actes de torture était en [TRADUCTION] « évolution constante » (par. 30). La cour a reconnu qu’il existait « une tendance croissante à admettre l’existence d’une règle ou exception spéciale en droit international public dans les affaires concernant des allégations de torture présentées en matière civile contre des fonctionnaires d’un État étranger », parce que la torture ne pouvait être considérée comme un acte licite accompli dans le cadre de pouvoirs officiels (par. 213; voir, p. ex., *Samantar II* ainsi que *Xuncax c. Gramajo*, 886 F.Supp. 162 (D. Mass. 1995), et *Cabiri c. Assasie-Gyimah*, 921 F.Supp. 1189 (S.D.N.Y. 1996)). La cour a néanmoins exprimé l’avis qu’il n’y avait pas encore assez d’appui à l’échelle internationale pour refuser l’immunité à des défendeurs particuliers contre une action *civile* fondée sur la torture.

[208] Cette décision n’écarte toutefois pas la possibilité que la torture déborde le cadre de la protection de l’immunité *ratione materiae*. Ce qu’elle étaye *bel et bien*, à l’évidence, est la reconnaissance que, à l’heure actuelle, la pratique des États évolue. À mon sens, cette évolution dénote une tendance palpable, quoique lente, dans la jurisprudence internationale à reconnaître que la torture, en tant que violation d’une norme impérative, n’est pas une conduite étatique officiellement sanctionnée pour l’application de l’immunité *ratione materiae*.

[209] I have some difficulty, therefore, understanding why the treatment of immunity for civil claims should be different from that for criminal proceedings. As Judge Kalaydjieva said in her dissenting opinion in *Jones v. United Kingdom*:

Like Lord Justice Mance [at the Court of Appeal] I find it difficult to “accept that general differences between criminal and civil law justif[y] a distinction in the application of immunity in the two contexts”, especially in view of developments in this field, not least following the findings of the House of Lords in the case of *Pinochet* (*No. 3*) that there would be “no immunity from criminal prosecution in respect of an individual officer who had committed torture abroad in an official context.” I also find it “not easy to see why civil proceedings against an alleged torturer could be said to involve a greater interference in the internal affairs of a foreign State than criminal proceedings against the same person” and also “incongruous that if an alleged torturer was within the jurisdiction of the forum State, he would be prosecuted pursuant to Article 5(2) of the Convention against Torture and no immunity could be claimed, but the victim of the alleged torture would be unable to pursue any civil claim”. [pp. 62-63]

[210] This is only reinforced by the fact that many jurisdictions permit civil recovery against perpetrators in the context of criminal proceedings. As Ben Batros and Philippa Webb write, “the criminal courts of many states, including Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Luxembourg and The Netherlands, combine civil and criminal proceedings, allowing victims to be represented, and to recover damages, in the criminal proceeding itself”: “Accountability for Torture Abroad and the Limits of the Act of State Doctrine: Comments on *Habib v. Commonwealth of Australia*” (2010), 8 *J.I.C.J.* 1153, at p. 1169.

[211] Accordingly, while it can be said that customary international law permits states to recognize

[209] J’ai donc un peu de difficulté à saisir pourquoi le traitement de l’immunité dans le cas d’une action civile devrait être différent de celui qui s’applique aux actions criminelles. Comme l’a déclaré la juge Kalaydjieva, qui s’exprimait en dissidence dans l’arrêt *Jones c. United Kingdom* :

[TRADUCTION] À l’instar du lord juge Mance [de la Cour d’appel] j’ai du mal à « admettre que les différences générales qui existent entre le droit criminel et le droit civil justifient que l’on fasse une distinction dans l’application de l’immunité dans les deux contextes », compte tenu surtout de l’évolution que connaît ce domaine, surtout à la suite des conclusions tirées par la Chambre des lords dans l’affaire *Pinochet* (*n° 3*), à savoir qu’il n’y aurait « aucune immunité contre une poursuite criminelle visant un agent particulier qui a commis des actes de torture à l’étranger dans un contexte officiel ». J’estime également qu’il « n’est pas facile de voir pourquoi une instance civile engagée contre l’auteur présumé d’actes de torture représenterait une ingérence dans les affaires internes d’un État étranger supérieure à celle qu’impliquerait une action criminelle engagée contre le même individu »; il est également « incongru que si l’auteur présumé d’actes de torture relevait de la compétence de l’État du for, il serait poursuivi en vertu du par. 5(2) de la *Convention contre la torture* et qu’aucune immunité ne pourrait être revendiquée, alors que la victime des prétendus actes de torture ne serait pas en mesure d’intenter une action civile ». [p. 62-63]

[210] Ces propos sont par ailleurs renforcés par le fait que de nombreux pays permettent d’obtenir une réparation civile à l’encontre d’auteurs d’actes illicites dans le cadre d’une action criminelle. Comme l’ont écrit Ben Batros et Philippa Webb, [TRADUCTION] « dans bien des États, dont l’Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, l’Allemagne, la Grèce, l’Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas, les tribunaux criminels joignent des actions civiles et criminelles, ce qui permet aux victimes d’être représentées et d’obtenir des dommages-intérêts, dans le cadre de l’action criminelle elle-même » : « Accountability for Torture Abroad and the Limits of the Act of State Doctrine : Comments on *Habib c. Commonwealth of Australia* » (2010), 8 *J.I.C.J.* 1153, p. 1169.

[211] En conséquence, bien que l’on puisse dire qu’il permet aux États de conférer l’immunité aux

immunity for foreign officials, as evidenced in *Jones v. United Kingdom*, it also does not preclude a state from denying immunity for acts of torture, as exemplified in *Pinochet No. 3* and *Samantar II*.

[212] In my view, this conclusion is reinforced by the steps the international community has taken towards ensuring individual accountability for the commission of torture under the *Convention Against Torture*.

[213] The purpose of the *Convention Against Torture* is consistent with a broad obligation to protect victims' rights to remedies for torture regardless of where it occurred. The *Convention* established a shared commitment to "make more effective the struggle against torture . . . throughout the world", as the Preamble states. In *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, the I.C.J. described the purpose of the *Convention's* obligations as *erga omnes partes*, that is, all state parties have an interest in complying with them:

As stated in its Preamble, the object and purpose of the *Convention* is "to make more effective the struggle against torture . . . throughout the world". The States parties to the *Convention* have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. . . . All the States parties "have a legal interest" in the protection of the rights involved (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 32, para. 33). These obligations may be defined as "obligations *erga omnes partes*" in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case. [para. 68]

[214] Of particular relevance, Article 14 of the *Convention Against Torture* states:

1. Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has

représentants étrangers, comme en témoigne l'arrêt *Jones c. United Kingdom*, le droit international coutumier n'empêche pas un État de refuser l'immunité pour des actes de torture, comme l'illustrent les affaires *Pinochet n° 3* et *Samantar II*.

[212] À mon avis, les mesures que la communauté internationale a prises pour favoriser la responsabilité individuelle à l'égard de la perpétration d'actes de torture sous le régime de la *Convention contre la torture* renforcent cette conclusion.

[213] L'objet de la *Convention contre la torture* concorde avec l'obligation générale de protéger le droit des victimes de torture d'obtenir réparation, peu importe l'endroit où les actes ont été commis. La *Convention* consacre l'engagement commun d'« accroître l'efficacité de la lutte contre la torture [. . .] dans le monde entier », comme le précise son préambule. Dans l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, la C.I.J. a qualifié les obligations créées par la *Convention* d'obligations *erga omnes partes*, c'est-à-dire que tous les États parties ont un intérêt à ce qu'elles soient respectées :

Ainsi qu'il est précisé dans son préambule, l'objet et le but de la convention sont « d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture . . . dans le monde entier ». En raison des valeurs qu'ils partagent, les États parties à cet instrument ont un intérêt commun à assurer la prévention des actes de torture et, si de tels actes sont commis, à veiller à ce que leurs auteurs ne bénéficient pas de l'impunité. [. . .] L'ensemble des États parties ont « un intérêt juridique » à ce que les droits en cause soient protégés (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33). Les obligations correspondantes peuvent donc être qualifiées d'« obligations *erga omnes partes* », en ce sens que, quelle que soit l'affaire, chaque État partie a un intérêt à ce qu'elles soient respectées. [par. 68]

[214] Élément particulièrement pertinent, l'art. 14 de la *Convention contre la torture* dispose :

1. Tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir

an enforceable right to fair and adequate compensation, including the means for as full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an act of torture, his dependants shall be entitled to compensation.

2. Nothing in this article shall affect any right of the victim or other persons to compensation which may exist under national law.

[215] On a plain reading, Article 14 imposes an obligation on state parties to ensure that all victims of torture from their countries can obtain “redress and ha[ve] an enforceable right to fair and adequate compensation”. The text provides no indication that the “act of torture” must occur within the territory of the state party for the obligation to be engaged. If a state undertakes to ensure access to a remedy for torture committed abroad, this necessarily implicates the question of the immunity of the perpetrators of that torture.

[216] The absence of any territorial dimension to the provision is significant. When the parties to the *Convention Against Torture* wished to limit their obligations to their respective territorial jurisdictions, they did so expressly. The obligations imposed by Articles 2(1), 5(1)(a), 5(2), 11, 12, 13 and 16 of the *Convention*, for example, are limited or modified by the words “*in any territory under its jurisdiction*” (Harold Hongju Koh, “Memorandum Opinion on the Geographic Scope of the Convention Against Torture and Its Application in Situations of Armed Conflict”, U.S. Department of State, January 21, 2013, at pp. 16-20).

[217] The drafting history of Article 14 further suggests that the absence of territorial limits in it are revealing. While the Netherlands had proposed to include the words “committed in any territory under its jurisdiction”, this phrase was deleted from the text without any indication from either the *travaux préparatoires* or the commentary as to why: Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, with the contribution of Kerstin Buchinger et al., *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary* (2008), at para. 15.

réparation et d’être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d’un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation.

2. Le présent article n’exclut aucun droit à indemnisation qu’aurait la victime ou toute autre personne en vertu des lois nationales.

[215] Une simple lecture de cette disposition permet de constater que l’art. 14 oblige les États parties à faire en sorte que toutes les victimes de torture de leur pays puissent obtenir « réparation et [. . .] être indemnisée[s] équitablement et de manière adéquate ». Le texte n’indique nullement que l’« acte de torture » doit avoir été commis sur le sol de l’État partie pour que l’obligation soit engagée. Lorsqu’un État s’engage à accorder une réparation pour des actes de torture commis à l’étranger, cela met forcément en cause la question de l’immunité de l’auteur de ces actes.

[216] L’absence de toute dimension territoriale dans la disposition est importante. Lorsque les États parties à la *Convention contre la torture* ont souhaité limiter leurs obligations à leur territoire, ils l’ont fait expressément. Les obligations qu’imposent le par. 2(1), l’al. 5(1)a, le par. 5(2) ainsi que les art. 11, 12, 13 et 16 de la *Convention*, par exemple, sont restreintes ou modifiées par les mots « *dans tout territoire sous sa juridiction* » (Harold Hongju Koh, « Memorandum Opinion on the Geographic Scope of the Convention Against Torture and Its Application in Situations of Armed Conflict », U.S. Department of State, 21 janvier 2013, p. 16-20).

[217] L’historique de la rédaction de l’art. 14 permet par ailleurs de penser que l’absence de limites territoriales dans ce dernier est révélatrice. Bien que les Pays-Bas aient proposé d’inclure les mots « commis dans tout territoire sous sa juridiction », ceux-ci ont été biffés du texte sans aucune indication explicative dans les travaux préparatoires ou les commentaires : Manfred Nowak et Elizabeth McArthur, avec la contribution de Kerstin Buchinger et autres, *The United Nations Convention Against Torture : A Commentary* (2008), par. 15.

[218] This has led some to suggest that the omission of the territorial limits was a mistake or an oversight: see Andrew Byrnes, “Civil Remedies for Torture Committed Abroad: An Obligation under the Convention against Torture?”, in Craig M. Scott, ed., *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 537, at pp. 546 and 548. But even accepting that the omission of any territorial limit to Article 14 was an error, there are international procedures which set out how such a mistake could have been rectified. Article 40 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, governs the circumstances in which an amendment to a multilateral treaty can be made, and Article 79 sets out the appropriate procedures to be followed for the correction of an error in the text of a treaty. To date, no amendment or correction has been made to Article 14.

[219] Further confusion has arisen because of the declaration by the United States upon the ratification of the *Convention Against Torture* in October 1994, stating that its consent was conditional on the following “understanding”:

(3) That it is the understanding of the United States that article 14 requires a State Party to provide a private right of action for damages only for acts of torture committed in territory under the jurisdiction of that State Party.

(United Nations Treaty Collection, Status of *Convention Against Torture* (online), at p. 7)

[220] The House of Lords said in *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270, that “[n]o one has ever objected to that statement of understanding by the United States” (para. 57). But Germany had indicated in 1996 that the United States’ “understanding” was a non-binding declaration:

On 26 February 1996, the Government of Germany notified the Secretary-General that with respect to the

[218] Cela a amené certains à laisser entendre que l’omission des limites territoriales était une erreur ou un oubli : voir Andrew Byrnes, « Civil Remedies for Torture Committed Abroad : An Obligation under the Convention against Torture? », dans Craig M. Scott, dir., *Torture as Tort : Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation* (2001), 537, p. 546 et 548. Mais même en admettant que l’omission de toute limite territoriale à l’art. 14 a été une erreur, il existe des procédures internationales qui énoncent de quelle façon on aurait pu corriger pareille erreur. En effet, l’art. 40 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, régit les circonstances dans lesquelles il est possible d’apporter une modification à un traité multilatéral, et l’art. 79 décrit la marche à suivre à cet égard. À ce jour, aucune modification ou correction n’a été apportée à l’art. 14.

[219] La déclaration qu’ont faite les États-Unis au moment de la ratification de la *Convention contre la torture* en octobre 1994 a suscité davantage de confusion; ils ont indiqué que leur consentement était subordonné à la « déclaration interprétative » suivante :

3. Selon l’interprétation des États-Unis, l’article 14 fait obligation à l’État partie de garantir aux particuliers le droit d’exercer une action en dommages-intérêts uniquement à raison des actes de torture qui auraient été commis dans le territoire relevant de sa juridiction.

(Collection des Traités des Nations Unies, État de la *Convention contre la torture* (en ligne), p. 7)

[220] Dans l’arrêt *Jones c. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270, la Chambre des lords a déclaré que [TRA-DUCTION] « [p]ersonne ne s’est jamais opposé à cette déclaration interprétative des États-Unis » (par. 57). Or, en 1996, l’Allemagne avait indiqué que la « déclaration interprétative » des États-Unis n’était pas contraignante :

Le 26 février 1996, le Gouvernement allemand a notifié au Secrétaire général qu’en ce qui concerne [. . .]

. . . understandings under II (2) and (3) made by the United States of America upon ratification “*it is the understanding of the Government of the Federal Republic of Germany that [these understandings] do not touch upon the obligations of the United States of America as State Party to the Convention.*” [Emphasis added.]

(United Nations Treaty Collection, Status of *Convention Against Torture* (online), at fn. 26.)

[221] State parties to a treaty are not *presumed* to agree with a declared interpretation merely because they have not expressed an objection (International Law Commission’s *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, submitted to the U.N. General Assembly in 2011, U.N. Doc. A/66/10/Add.1, at paras. 2.9.8 and 2.9.9). At best, therefore, the impact of the United States’ “understanding” is inconclusive.

[222] Subsequent state practice and the views of the Committee against Torture further confirm that Article 14 does not embody a “mistake”, or that it is merely understood to be territorially limited. In any event, the United States’ position has shifted since the ratification of the *Convention Against Torture*, as evidenced by the enactment in 1991 of the *TVPA*, which provides a cause of action in s. 2(a) for the recovery of damages from “[a]n individual who, under actual or apparent authority, or color of law, of any foreign nation” subjects an individual to torture or extrajudicial killing. This led François Larocque to write that

whatever weight the US executive “understanding” of Article 14 might have had upon ratification of the CAT in 1990, it was almost certainly superseded by the statements of both houses of Congress when they enacted the *TVPA*. In their 1991 reports accompanying the *TVPA* bill, both the House of Representatives and the Senate explicitly noted that the *TVPA* was primarily intended to implement the Article 14 obligation to provide civil jurisdiction over torture. . . . [I]n its report, the Senate Committee on the Judiciary stated that “this legislation will carry out the intent of the CAT This legislation will do precisely that — by making sure that torturers and death squads

les interprétations énoncées au paragraphe II (2) et (3) faites par les États-Unis d’Amérique lors de la ratification “*le Gouvernement fédéral considère que ces réserves et interprétations ne modifient en rien les obligations des États-Unis d’Amérique en tant qu’État partie à la Convention.*” [Je souligne.]

(Collection des Traités des Nations Unies, État de la *Convention contre la torture* (en ligne), note 18.)

[221] L’approbation d’une déclaration interprétative ne peut être *présumée* du seul fait qu’un État partie à un traité ne s’y est pas opposé (*Guide de la pratique sur les réserves aux traités* de la Commission du droit international, texte soumis à l’Assemblée générale de l’ONU en 2011, Doc. N.U. A/66/10/Add.1, par. 2.9.8 et 2.9.9). Aux mieux, par conséquent, l’effet de la « déclaration interprétative » des États-Unis n’est pas concluant.

[222] Les pratiques étatiques ultérieures et les opinions du Comité contre la torture confirment en outre que l’art. 14 ne comporte pas d’« erreur », ou qu’il est simplement entendu que cette disposition a une application territoriale limitée. Quoi qu’il en soit, la position des États-Unis a changé depuis la ratification de la *Convention contre la torture*, comme en fait foi l’adoption, en 1991, de la *TVPA*, dont l’al. 2(a) donne ouverture à une action en dommages-intérêts contre [TRADUCTION] « quiconque, sous l’autorité réelle ou apparente, ou sous apparence de légalité, de tout État étranger » se livre à des actes de torture ou à des exécutions sommaires. Ce qui a amené François Larocque à écrire :

[TRADUCTION] [I]ndépendamment du poids qu’elle a pu avoir sur la ratification de la CCT en 1990, la « déclaration interprétative » des États-Unis au sujet de l’art. 14 de cet instrument a été presque à coup sûr supplantée par les déclarations des deux chambres du Congrès au moment de l’adoption de la *TVPA*. Dans leurs rapports de 1991 accompagnant le projet de *TVPA*, tant la Chambre des représentants que le Sénat ont explicitement signalé que la *TVPA* visait principalement à mettre en œuvre l’obligation, prévue à l’art. 14, de prévoir une action civile relativement aux actes de torture. [. . .] [D]ans son rapport, le Senate Committee on the Judiciary

will no longer have a safe haven in the United States.” [Emphasis added.]

(*Civil Actions for Uncivilized Acts: The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings* (2010), at pp. 262-63)

[223] The views of state parties to the *Convention Against Torture* confirm Larocque’s observation. The governments of Australia, the Swiss Confederation and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland submitted their views on Article 14 in an *amicus* brief to the Supreme Court of the United States in the case *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), by expressing that the *TVPA* “was passed by Congress to implement, in part, the Convention Against Torture and Other Cruel, [Inhuman] or Degrading Treatment or Punishment, which had been ratified by the United States” (p. 21).

[224] The opinion of the *Convention Against Torture’s* Committee against Torture is also instructive. The Committee consists of “ten experts of high moral standing and recognized competence in the field of human rights, who shall serve in their personal capacity” (Article 17). All state parties to the *Convention* are required under Article 19(1) to report to the Committee “on the measures they have taken to give effect to their undertakings under this Convention”, and the Committee is mandated under Article 19(3) to “make such general comments on the report as it may consider appropriate and shall forward these to the State Party concerned”. I agree with the intervenor the Canadian Bar Association that the Committee’s expertise lends support to the weight of its interpretation (see Michael O’Flaherty, “The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies” (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 27; International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, *Interim report on the impact of the work of the*

a déclaré : « . . . cette loi assurera la mise en œuvre de l’intention de la CCT [. . .] C’est exactement ce que fera cette loi — en veillant à ce que les tortionnaires et les membres des escadrons de la mort ne puissent plus trouver refuge aux États-Unis. » [Je souligne.]

(*Civil Actions for Uncivilized Acts: The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings* (2010), p. 262-263)

[223] Les opinions des États parties à la *Convention contre la torture* confirment les observations du professeur Larocque. Les gouvernements de l’Australie, de la Confédération helvétique et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord ont fait part de leur opinion sur l’art. 14 dans un mémoire présenté à la Cour suprême des États-Unis dans le cadre de l’affaire *Sosa c. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004), où, ont-ils fait valoir, la *TPVA* [TRADUCTION] « avait été adoptée par le Congrès pour mettre en œuvre, en partie, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, que les États-Unis ont ratifiée » (p. 21).

[224] L’opinion du Comité contre la torture qui a été créé par la *Convention* est elle aussi instructive. Ce Comité est formé de « dix experts de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine des droits de l’homme, qui siègent à titre personnel » (art. 17). Tous les États parties à la *Convention* sont tenus, en application du par. 19(1), de rendre compte au Comité des « mesures qu’ils ont prises pour donner effet à leurs engagements en vertu de la présente Convention », et le Comité est chargé, aux termes du par. 19(3), de « faire les commentaires d’ordre général sur le rapport qu’il estime appropriés et [transmettre] lesdits commentaires à l’État partie intéressé ». Je conviens avec l’intervenante, l’Association du Barreau canadien, que l’expertise des membres du Comité donnent du poids à l’interprétation qu’il préconise (voir Michael O’Flaherty, « The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies » (2006), 6 *Hum. Rts. L. Rev.* 27; International Law Association, Committee on

United Nations human rights treaty bodies on national courts and tribunals (2002) (online).

[225] Notably, the *Report of the Committee against Torture* commended the United States in 2000 for the “broad legal recourse to compensation for victims of torture, whether or not such torture occurred in the United States of America” (U.N. Doc. G.A. A/55/44 (2000), at para. 178).

[226] In 2005, on the other hand, the Committee expressed concern about the absence of effective measures in Canada to provide civil compensation to victims of torture “in all cases” (United Nations, Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention*, U.N. Doc. CAT/C/CR/34/CAN, July 7, 2005, at para. 4(g)). These concerns were expressed shortly after the Ontario Court of Appeal, in *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, concluded that the *State Immunity Act* precludes access to a civil remedy for acts committed by foreign states, notwithstanding Article 14 of the *Convention Against Torture* (see Jennifer Besner and Amir Attaran, “Civil liability in Canada’s courts for torture committed abroad: The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can)” (2008), 16 *Tort L. Rev.* 150, at p. 160). In 2012, the Committee reiterated its concern about Canada’s failure to fully implement Article 14:

The Committee remains concerned at the lack of effective measures to provide redress, including compensation, through civil jurisdiction to all victims of torture, *mainly due to the restrictions under provisions of the State Immunity Act* (art. 14).

The State party should ensure that all victims of torture are able to access remedy and obtain redress, wherever acts of torture occurred and regardless of the nationality of the perpetrator . . . [Emphasis added.]

(*Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention*, U.N. Doc. CAT/C/CAN/CO/6, June 25, 2012, at para. 15)

International Human Rights Law and Practice, *Interim report on the impact of the work of the United Nations human rights treaty bodies on national courts and tribunals* (2002) (en ligne).

[225] Notamment, le Comité a loué les États-Unis en l’an 2000 pour « [l]es voies de recours abondantes ouvertes aux victimes d’actes de torture pour obtenir réparation, qu’ils aient été ou non commis sur le territoire des États-Unis d’Amérique » (*Rapport du Comité contre la torture*, Doc. N.U. A.G. A/55/44 (2000), par. 178).

[226] En 2005, par contre, le Comité a fait part de son inquiétude à propos de l’absence au Canada de mesures d’indemnisation des victimes de torture « dans toutes les affaires » (Nations Unies, Comité contre la torture, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l’article 19 de la Convention*, Doc. N.U. CAT/C/CR/34/CAN, 7 juillet 2005, al. 4(g)). Ces préoccupations ont été exprimées peu après que la Cour d’appel de l’Ontario, dans l’affaire *Bouzari c. Islamic Republic of Iran* (2004), 71 O.R. (3d) 675, a conclu que la *Loi sur l’immunité des États* faisait obstacle à l’octroi d’une réparation civile pour les actes commis par des États étrangers, et ce, malgré l’art. 14 de la *Convention contre la torture* (voir Jennifer Besner et Amir Attaran, « Civil liability in Canada’s courts for torture committed abroad : The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can) » (2008), 16 *Tort L. Rev.* 150, p. 160). En 2012, le Comité a réitéré son inquiétude au sujet du défaut du Canada de mettre en œuvre l’art. 14 :

Le Comité reste préoccupé par l’absence de mécanismes efficaces permettant à toutes les victimes de torture d’obtenir réparation au civil, y compris une indemnisation, *situation principalement due aux restrictions prévues par la Loi sur l’immunité des États* (art. 14).

L’État partie devrait veiller à ce que toutes les victimes de torture puissent avoir accès à des recours et obtenir réparation, quel que soit le pays où les actes de torture ont été commis et indépendamment de la nationalité de l’auteur . . . [Je souligne.]

(*Examen des rapports présentés par les États parties en application de l’article 19 de la Convention*, Doc. N.U. CAT/C/CAN/CO/6, 25 juin 2012, par. 15)

[227] It is important to note that the plaintiff's claim in *Bouzari* was against the Islamic Republic of Iran, not against individual officials. *Bouzari* addressed only the extent to which Article 14 requires state parties to deny a "foreign state" immunity in civil proceedings in Canada arising out of torture committed abroad.

[228] All this demonstrates that customary international law no longer *requires* that foreign state officials who are alleged to have committed acts of torture be granted immunity *ratione materiae* from the jurisdiction of Canadian courts. This interpretation is not only consistent with the text and purposes of Article 14 of the *Convention Against Torture*, it also finds growing expression in the practice of state parties to that treaty.

[229] The denial of immunity to individual state officials for acts of torture does not undermine the rationale for the doctrine of immunity *ratione materiae*. In the face of universal acceptance of the prohibition against torture, concerns about any interference with sovereignty which may be created by acting in judgment of an individual state official who violates this prohibition necessarily shrink. The very nature of the prohibition as a peremptory norm means that all states agree that torture cannot be condoned. Torture cannot, therefore, be an official state act for the purposes of immunity *ratione materiae*. That the *Convention Against Torture* defines its scope by reference to the fact that torture itself is necessarily carried out by the state and its officials does not detract from this universal understanding, or predetermine whether immunity must be extended to such conduct.

[230] I am therefore in agreement with Breyer J.'s concurring opinion in *Sosa v. Alvarez-Machain* that assuming civil jurisdiction over torture committed abroad will not impair the objectives sought to be protected by comity:

[227] Il est important de signaler que la requête du demandeur dans l'affaire *Bouzari* visait la République islamique d'Iran, et non des agents particuliers. Cet arrêt ne traitait que de la mesure dans laquelle l'art. 14 oblige les États parties à refuser l'immunité à un « État étranger » dans le cadre d'une instance civile engagée au Canada pour des actes de torture commis à l'étranger.

[228] Tout cela montre que le droit international coutumier n'exige plus que les agents d'un État étranger qui auraient commis des actes de torture bénéficient de l'immunité *ratione materiae* devant les tribunaux canadiens. Non seulement cette interprétation concorde-t-elle avec le texte et l'objet de l'art. 14 de la *Convention contre la torture*, mais elle trouve de plus en plus son expression dans la pratique des États parties à ce traité.

[229] Le refus d'accorder à des individus agents officiels l'immunité à l'égard d'actes de torture ne mine pas la raison d'être de la doctrine de l'immunité *ratione materiae*. Compte tenu de l'acceptation universelle de la prohibition de la torture, les préoccupations relatives aux atteintes à la souveraineté que pourrait créer le fait de juger l'agent de l'État qui viole cette interdiction s'atténuent forcément. La nature même de cette prohibition en tant que norme impérative signifie que les États sont tous d'accord pour dire que l'on ne peut pas tolérer la torture. Il ne peut donc pas s'agir d'un acte étatique officiel pour l'application de l'immunité *ratione materiae*. Que la *Convention contre la torture* définisse sa propre portée en faisant référence au fait que la torture elle-même est nécessairement commise par l'État et ses agents n'amointrit en rien cette reconnaissance universelle et ne préjuge pas de la question de savoir si l'immunité doit s'étendre à une telle conduite ou pas.

[230] Je souscris donc à l'opinion concordante du juge Breyer dans l'affaire *Sosa c. Alvarez-Machain*, selon laquelle le fait de reconnaître le pouvoir des juridictions civiles de juger les auteurs d'actes de torture commis à l'étranger ne nuira pas à l'atteinte des objectifs que la courtoisie vise à protéger :

Today international law will sometimes similarly reflect not only substantive agreement as to certain universally condemned behavior but also procedural agreement that universal jurisdiction exists to prosecute a subset of that behavior. . . . That subset includes torture, genocide, crimes against humanity, and war crimes. . . .

The fact that this procedural consensus exists suggests that recognition of universal jurisdiction in respect to a limited set of norms is consistent with principles of international comity. That is, allowing every nation's courts to adjudicate foreign conduct involving foreign parties in such cases will not significantly threaten the practical harmony that comity principles seek to protect. That consensus concerns criminal jurisdiction, but consensus as to universal criminal jurisdiction itself suggests that universal tort jurisdiction would be no more threatening. [Citations omitted; pp. 762-63.]

[231] As a result, in my view, the *State Immunity Act* does not apply to Mortazavi and Bakhshi, and the proceedings against them are not barred by immunity *ratione materiae*.

Appeal dismissed without costs, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Lawyers for International Human Rights: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener Amnistie internationale, Section Canada francophone: Juristes Power Law, Ottawa; CazaSaikaley, Ottawa.

[TRANSLATION] De nos jours, le droit international traduit parfois de la même façon non seulement le fait que les États s'entendent sur le fond au sujet des comportements universellement réprouvés, mais aussi qu'ils s'entendent sur le plan procédural quant à l'existence d'une juridiction universelle permettant de poursuivre un sous-ensemble de ce comportement. [. . .] Ce sous-ensemble englobe la torture, le génocide, les crimes contre l'humanité ainsi que les crimes de guerre. . . .

L'existence de ce consensus procédural donne à penser que la reconnaissance d'une juridiction universelle sur un ensemble restreint de normes concorde avec les principes de la courtoisie internationale. Autrement dit, le fait de permettre aux tribunaux de chaque pays de se prononcer sur des actes commis à l'étranger et mettant en cause des justiciables étrangers dans de tels cas ne menacera pas beaucoup l'harmonie pratique que les principes de la courtoisie visent à protéger. Ce consensus concerne la juridiction criminelle, mais le consensus sur la juridiction criminelle universelle donne lui-même à penser qu'une juridiction universelle en matière délictuelle ne serait guère plus menaçante. [Renvois omis; p. 762-763.]

[231] Je suis donc d'avis que la *Loi sur l'immunité des États* ne s'applique pas à Saeed Mortazavi et à Mohammad Bakhshi, et que le principe de l'immunité *ratione materiae* ne rend pas irrecevable l'instance engagée contre eux.

Pourvoi rejeté sans dépens, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs des appelants : Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Lawyers for International Human Rights : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale, Section Canada francophone : Juristes Power Law, Ottawa; CazaSaikaley, Ottawa.

Solicitors for the intervener Redress Trust Ltd.: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal and Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Waldman & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Branch MacMaster, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: David Matas, Winnipeg; Ethos Law Group, Vancouver; Noemi Gal-Or Inc., Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Centre for International Justice: Torys, Toronto.

Solicitors for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law: Simcoe Chambers, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Iran Human Rights Documentation Center: Barin Avocats, Montréal; McGill University, Montréal.

Procureurs de l'intervenant Redress Trust Ltd. : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal et Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Branch MacMaster, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : David Matas, Winnipeg; Ethos Law Group, Vancouver; Noemi Gal-Or Inc., Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenant le Centre canadien pour la justice internationale : Torys, Toronto.

Procureurs des intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law : Simcoe Chambers, Toronto; Université de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Iran Human Rights Documentation Center : Barin Avocats, Montréal; Université McGill, Montréal.

Samir Mohamed *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MOHAMED

2014 SCC 63

File No.: 35644.

2014: October 10.

Present: Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Charter of rights — Search and seizure — Right to counsel — Remedy — Trial judge failing to consider whether s. 8 breached in addition to s. 10(b) — Independent s. 8 breach would not have changed s. 24(2) analysis — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(b), 24(2).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(b), 24(2).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger and McDonald JJ.A. and Hughes J. (*ad hoc*)), 2013 ABCA 406, 90 Alta. L.R. (5th) 354, 295 C.R.R. (2d) 233, 566 A.R. 58, 597 W.A.C. 58, [2014] 3 W.W.R. 250, [2013] A.J. No. 1261 (QL), 2013 CarswellAlta 2311, affirming the accused's convictions for drugs and firearms offences. Appeal dismissed.

Shawn Beaver and Alexandra Seaman, for the appellant.

James C. Martin and Louise M. Proulx, for the respondent.

Samir Mohamed *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. MOHAMED

2014 CSC 63

N° du greffe : 35644.

2014 : 10 octobre.

Présents : Les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

Droit criminel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Droit à l'assistance d'un avocat — Réparation — Omission de la juge du procès de se demander si, en plus de l'atteinte au droit prévu à l'art. 10b), il avait été porté atteinte au droit garanti à l'art. 8 — Une atteinte au droit garanti à l'art. 8 n'aurait pas changé l'analyse relative à l'art. 24(2) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10b), 24(2).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10b), 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger et McDonald et la juge Hughes (*ad hoc*)), 2013 ABCA 406, 90 Alta. L.R. (5th) 354, 295 C.R.R. (2d) 233, 566 A.R. 58, 597 W.A.C. 58, [2014] 3 W.W.R. 250, [2013] A.J. No. 1261 (QL), 2013 CarswellAlta 2311, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé pour des infractions relatives aux drogues et aux armes à feu. Pourvoi rejeté.

Shawn Beaver et Alexandra Seaman, pour l'appelant.

James C. Martin et Louise M. Proulx, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] CROMWELL J. — This appeal as of right comes to us on the dissent of Berger J.A. in the Alberta Court of Appeal. The question is whether the trial judge’s failure to identify a s. 8 breach in addition to the admitted breach of s. 10(b) justifies considering the trial judge’s s. 24(2) analysis afresh on appeal.

[2] In our view it does not. Assuming, without deciding, that there was a s. 8 breach on these facts, it is clear that the trial judge conducted her s. 24(2) analysis on the basis that the s. 10(b) breach resulted in the appellant producing the joint and lump of marihuana. As she put it, “While [the police officer] gave evidence that she would have arrested Mr. Mohamed if he had not got out of the car at her request, and I have found that she had grounds to do so, it is not a certainty that the exhibits of marihuana would have been discovered otherwise. The production of the joint and the lump of marihuana were clearly as a result of [the officer’s] prompting of Mr. Mohamed” (A.R., vol. I, at p. 57 (emphasis added)). It is thus clear that the trial judge’s s. 24(2) analysis would not have been different had she found an independent s. 8 breach.

[3] In light of that conclusion, our view is that there is no basis to interfere on appeal with the trial judge’s weighing of the various factors under the s. 24(2) analysis.

[4] The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Beaver, Leebody, Frank & Simic, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Calgary.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE CROMWELL — L’appel de plein droit prend appui sur la dissidence du juge Berger de la Cour d’appel de l’Alberta. La question en litige est la suivante. L’omission de la juge du procès de relever une atteinte au droit garanti à l’art. 8 en plus de l’atteinte reconnue au droit prévu à l’al. 10b) justifie-t-elle le réexamen en appel de l’analyse de la juge fondée sur le par. 24(2)?

[2] Nous estimons que ce n’est pas le cas. À supposer — sans statuer en ce sens — que les faits établissaient une atteinte au droit garanti par l’art. 8, la juge du procès a manifestement effectué l’analyse relative à l’application du par. 24(2) en tenant pour acquis que la remise du joint et du sachet de marihuana avait résulté de l’atteinte au droit prévu à l’al. 10b). À son avis, [TRADUCTION] « [m]ême si [la policière] a témoigné qu’elle aurait mis M. Mohamed en état d’arrestation s’il n’était pas sorti de son véhicule lorsqu’elle le lui a demandé, et j’estime qu’elle aurait eu des motifs de le faire, il n’est pas certain que la marihuana aurait quand même été découverte. La remise du joint et du sachet de marihuana a clairement résulté de l’insistance de [l’agente] auprès de M. Mohamed » (d.a., vol. I, p. 57 (je souligne)). Il appert donc clairement que l’analyse relative au par. 24(2) n’aurait pas été différente si la juge du procès avait conclu par ailleurs à l’atteinte au droit garanti à l’art. 8.

[3] Au vu de cette conclusion, nous ne voyons aucun motif de modifier en appel la pondération, par la juge du procès, des différents éléments pris en compte pour l’application du par. 24(2).

[4] Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l’appellant : Beaver, Leebody, Frank & Simic, Edmonton.

Procureur de l’intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Calgary.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2014 Vol. 3

2^e cahier, 2014 Vol. 3

Cited as [2014] 3 S.C.R. 283-547

Renvoi [2014] 3 R.C.S. 283-547

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

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

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjoins administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Bhasin v. Hrynew 494

Contracts — Breach — Performance — Non-renewal provision — Duty of good faith — Duty of honest performance — Agreement governing relationship between company and retail dealer providing for automatic contract renewal at end of three-year term unless parties giving six months' written notice to contrary — Company deciding not to renew dealership agreement — Retail dealer lost value of business and majority of sales agents solicited by competitor agency — Retail dealer suing company and competitor agency — Whether common law requiring new general duty of honesty in contractual performance — Whether company breaching that duty.

Damages — Quantum — Contracts — Breach — Performance — Non-renewal provision — Duty of good faith — Duty of honest performance — Agreement governing relationship between company and retail dealer providing for automatic contract renewal at end of three-year term unless parties giving six months' written notice to contrary — Company deciding not to renew dealership agreement — Retail dealer lost value of business and majority of sales agents solicited by competitor agency — Retail dealer suing company and competitor agency — What is appropriate measure of damages.

British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employers' Association 492

Labour relations — Collective agreements — Grievances — Human rights — Right to equality — Grievance filed by union alleging that employer's failure to separately provide supplemental employment benefits to birth mothers in relation to both maternity leave and parental leave was discriminatory — Arbitrator allowing grievance and finding employer's position resulted in discrimination on grounds of sex and family status — Court of Appeal erred in setting aside arbitrator's decision that birth mothers were subject to unequal treatment — Arbitrator's award restored.

Febles v. Canada (Citizenship and Immigration) 431

Immigration law — Convention refugees — Exclusion based on commission of serious crime prior to admission to country of refuge — Cuban national seeking refugee protection in Canada — Immigration and Refugee Board rejecting claim for refugee protection on grounds that claimant committed serious crimes prior to admission to Canada — Whether consideration of grounds for exclusion should include matters or events after commission of crime, such as whether claimant is fugitive from justice or

Continued on next page

SOMMAIRE

Bhasin c. Hrynew 494

Contrats — Violation — Exécution — Clause de non-renouvellement — Obligation d'agir de bonne foi — Obligation d'exécution honnête — Entente régissant la relation entre la société et le détaillant prévoyant le renouvellement automatique du contrat à la fin de la période de trois ans, à moins qu'une partie donne à l'autre, par écrit, un préavis de non-renouvellement de six mois — Décision de la société de ne pas renouveler le contrat de concession — Perte par le détaillant de la valeur de l'entreprise et de la majorité de ses représentants des ventes recrutés par un concurrent — Poursuite du détaillant contre la société et le concurrent — La common law exige-t-elle une nouvelle obligation générale d'honnêteté applicable à l'exécution des contrats? — La société a-t-elle manqué à cette obligation?

Dommages-intérêts — Quantum — Contrats — Violation — Exécution — Clause de non-renouvellement — Obligation d'agir de bonne foi — Obligation d'exécution honnête — Entente régissant la relation entre la société et le détaillant prévoyant le renouvellement automatique du contrat à la fin de la période de trois ans, à moins qu'une partie donne à l'autre, par écrit, un préavis de non-renouvellement de six mois — Décision de la société de ne pas renouveler le contrat de concession — Perte par le détaillant de la valeur de l'entreprise et de la majorité de ses représentants des ventes recrutés par un concurrent — Poursuite du détaillant contre la société et le concurrent — Quel est le montant approprié des dommages-intérêts?

British Columbia Teachers' Federation c. British Columbia Public School Employers' Association 492

Relations du travail — Conventions collectives — Grievances — Droits de la personne — Droit à l'égalité — Dépôt par le syndicat d'un grief soutenant que le défaut de l'employeur de verser séparément aux mères biologiques des prestations d'emploi supplémentaires à la fois pour le congé de maternité et pour le congé parental constituait de la discrimination — Sentence arbitrale faisant droit au grief et concluant que la position de l'employeur créait de la discrimination pour des motifs fondés sur le sexe et la situation de famille — Annulation erronée par la Cour d'appel de la décision de l'arbitre selon laquelle les mères biologiques faisaient l'objet d'un traitement inégal — Rétablissement de la sentence arbitrale.

Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration) 431

Droit de l'immigration — Réfugiés au sens de la Convention — Exclusion fondée sur la commission d'un crime

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

unmeritorious or dangerous at the time of the application for refugee protection — Whether claimant who has committed serious crime in the past may nevertheless qualify for refugee protection because he or she has served sentence or because of redeeming conduct in the interim — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 98 — United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, art. 1F(b).

Imperial Oil v. Jacques 287

Evidence — Civil procedure — Disclosure — Plaintiffs in class action filing motion for disclosure of documents in which they requested disclosure by third party of recordings of private communications intercepted in course of criminal investigation — Defendants to class action objecting to disclosure on basis of immunities from disclosure provided for in legislation or established by courts — Whether party to civil proceeding can request disclosure of recordings of private communications intercepted by state in course of criminal investigation — How conditions for and limits on disclosure are to be set — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 402 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 193(2)(a) — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 29, 36.

R. v. Bouchard 283

Criminal law — Defences — Provocation — Charge to jury — Accused arguing at trial that Crown did not prove requisite intent for murder and that he was provoked — Evidence of provocative conduct relevant for both statutory defence and mens rea — Misdirection by trial judge justified order for new trial.

R. v. Dunn 490

Criminal law — Firearms — Elements of offence — Airgun — Accused charged with numerous weapon and firearm offences — Definition of “firearm” and “weapon” in Criminal Code — Trial judge concluding that airgun not weapon and acquitting accused of offences — Court of Appeal finding that barrelled objects that meet definition of firearm need not also meet definition of weapon to be deemed firearm — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 2.

R. v. Lepine 285

Criminal law — Jurors — Charge to jury — Jury sending a written question to trial judge regarding credibility and reasonable doubt after close of evidence but prior to final addresses by counsel and final charge to jury — Trial judge declining to answer question at that time, reminding jurors of the importance of the presumption of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

grave avant l’admission dans le pays d’accueil — Cubain demandant l’asile au Canada — Rejet de la demande d’asile par la Commission de l’immigration et du statut de réfugié au motif que le demandeur avait commis des crimes graves avant son admission au Canada — Dans l’examen des motifs d’exclusion, faut-il prendre en compte des faits ou événements postérieurs au crime, notamment si le demandeur est un criminel fugitif, s’il est indigne de l’asile ou s’il est dangereux au moment de la présentation de sa demande d’asile? — Un demandeur qui a commis des crimes graves peut-il quand même obtenir l’asile parce qu’il a purgé sa peine ou qu’il s’est racheté depuis? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 98 — Convention relative au Statut des Réfugiés des Nations Unies, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 1Fb).

Pétrolière Impériale c. Jacques 287

Preuve — Procédure civile — Communication de la preuve — Requête sollicitant la communication de documents déposée dans le cadre d’un recours collectif et demandant la communication par un tiers d’enregistrements de communications privées interceptées dans le cadre d’une enquête pénale — Défendeurs dans le recours collectif s’opposant à la communication au motif qu’il existe des immunités de divulgation de source légale et prétorienne — Une partie à un recours civil peut-elle demander que lui soient communiqués des enregistrements de conversations privées interceptées par l’État dans le cadre d’une enquête pénale? — Comment les modalités et les limites de la communication doivent-elles être établies? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 402 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 193(2)a) — Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 29, 36.

R. c. Bouchard 283

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Exposé au jury — Arguments de l’accusé au procès soutenant qu’il a été provoqué et que la Couronne n’a pas prouvé l’intention requise à l’égard de l’infraction de meurtre — Preuve relative au comportement provocateur pertinente tant à l’égard de la mens rea que du moyen de défense prévu par la loi — Les directives erronées du juge du procès justifiaient la décision d’ordonner un nouveau procès.

R. c. Dunn 490

Droit criminel — Armes à feu — Éléments de l’infraction — Fusil à air comprimé — Nombreuses infractions liées aux armes et aux armes à feu reprochées à l’accusé — Définition d’« arme à feu » et d’« arme » dans le Code

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

innocence and their obligation to keep an open mind, and telling them that issues of credibility would be dealt with in final charge — Accused arguing on appeal that trial judge erred in failing to fully address the question on the day it was asked and that answers to the question during final charge were incomplete — Trial judge committing no error in either response to jury or charge to jury.

Thibodeau v. Air Canada 340

Official languages — Breach of language rights during international carriage by air — Airline failing to provide services in French on international flights — Passengers applying to Federal Court for damages and a structural order under Official Languages Act — Whether award of damages barred by limitation of damages liability set out in the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (“Montreal Convention”) — Whether structural order appropriate — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), s. 77(4) — Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, 2242 U.N.T.S. 309, Article 29.

Legislation — Interpretation — Conflicting legislation — Airline breaching passengers’ right to services in French under Official Languages Act by failing to provide services in French on international flights — Passengers applying to Federal Court for damages under Official Languages Act — Whether award of damages barred by limitation of damages liability set out in Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (“Montreal Convention”) — Whether Official Languages Act and Montreal Convention conflict or overlap — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), s. 77(4) — Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, 2242 U.N.T.S. 309, Article 29.

SOMMAIRE (Suite)

criminel — Conclusion du juge du procès portant qu’un fusil à air comprimé n’est pas une arme et acquittant l’accusé des infractions — Conclusion de la Cour d’appel indiquant que les objets munis d’un canon qui satisfont à la définition d’arme à feu n’ont pas à satisfaire également à la définition d’arme pour être considérés comme des armes à feu — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2.

R. c. Lepine 285

Droit criminel — Jurés — Exposé au jury — Envoi à la juge du procès par le jury d’une question concernant la crédibilité et le doute raisonnable après la clôture de la preuve mais avant les plaidoiries finales des avocats et l’exposé final de la juge — Refus de la juge du procès de répondre à la question à ce moment-là, rappel par cette dernière aux jurés de l’importance de la présomption d’innocence et de leur obligation de garder un esprit ouvert, et mention du fait qu’elle traiterait des questions touchant à la crédibilité dans son exposé final — Présentation par l’accusé en appel d’arguments portant que la juge a commis une erreur en omettant de répondre exhaustivement à la question le jour où elle a été posée et que ses réponses à cette question dans son exposé final étaient incomplètes — Absence d’erreur de la part de la juge du procès dans sa réponse initiale aux jurés ainsi que dans son exposé final à ceux-ci.

Thibodeau c. Air Canada 340

Langues officielles — Atteinte à des droits linguistiques au cours d’un transport aérien international — Omission du transporteur aérien de fournir des services en français sur des vols internationaux — Demande de dommages-intérêts et d’ordonnance structurelle présentée par des passagers à la Cour fédérale en vertu de la Loi sur les langues officielles — La limite de la responsabilité à l’égard des dommages prescrite par la Convention pour l’unification de certaines règles relatives au transport aérien international (« Convention de Montréal ») fait-elle obstacle à l’octroi de dommages-intérêts? — L’ordonnance structurelle était-elle convenable? — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 77(4) — Convention pour l’unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 2242 R.T.N.U. 309, Article 29.

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Législation — Interprétation — Conflit de loi — Transporteur aérien portant atteinte au droit que confère la Loi sur les langues officielles aux passagers de recevoir des services en français en omettant de les servir dans cette langue sur des vols internationaux — Demande de dommages-intérêts présentée par des passagers à la Cour fédérale en vertu de la Loi sur les langues officielles — La limite de la responsabilité à l'égard des dommages prescrite par la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (« Convention de Montréal ») fait-elle obstacle à l'octroi de dommages-intérêts? — Y a-t-il conflit ou chevauchement entre la Loi sur les langues officielles et la Convention de Montréal? — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 77(4) — Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 2242 R.T.N.U. 309, Article 29.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sebastien Bouchard *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BOUCHARD

2014 SCC 64

File No.: 35690.

2014: October 16.

Present: Abella, Cromwell, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Defences — Provocation — Charge to jury — Accused arguing at trial that Crown did not prove requisite intent for murder and that he was provoked — Evidence of provocative conduct relevant for both statutory defence and mens rea — Misdirection by trial judge justified order for new trial.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Rouleau and Lauwers JJ.A.), 2013 ONCA 791, 314 O.A.C. 113, 305 C.C.C. (3d) 240, [2013] O.J. No. 5987 (QL), 2013 CarswellOnt 18112, setting aside the accused's conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Benita Wassenaar, for the appellant.

Howard L. Krongold, for the respondent.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Sebastien Bouchard *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. BOUCHARD

2014 CSC 64

N° du greffe : 35690.

2014 : 16 octobre.

Présents : Les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Wagner et Gascon.

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

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Exposé au jury — Arguments de l'accusé au procès soutenant qu'il a été provoqué et que la Couronne n'a pas prouvé l'intention requise à l'égard de l'infraction de meurtre — Preuve relative au comportement provocateur pertinente tant à l'égard de la mens rea que du moyen de défense prévu par la loi — Les directives erronées du juge du procès justifiaient la décision d'ordonner un nouveau procès.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rouleau et Lauwers), 2013 ONCA 791, 314 O.A.C. 113, 305 C.C.C. (3d) 240, [2013] O.J. No. 5987 (QL), 2013 CarswellOnt 18112, qui a annulé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Benita Wassenaar, pour l'appelante.

Howard L. Krongold, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] CROMWELL J. — This Crown appeal comes to us as of right based on the dissent of Rouleau J.A. in the Court of Appeal for Ontario.

[2] We agree with Doherty J.A., writing for a majority of that court, that the trial judge's instructions may well have led the jury to understand that the deceased's allegedly provocative acts and the respondent's reaction to them had relevance to the *mens rea* issue only if they met the narrow legal definition of provocation in s. 232 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and that this constituted misdirection.

[3] We therefore dismiss the appeal and affirm the Court of Appeal's order for a new trial.

Judgment accordingly.

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

Solicitors for the respondent: Abergel Goldstein & Partners, Ottawa.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE CROMWELL — La Cour est saisie de l'appel du ministère public interjeté de plein droit sur le fondement de la dissidence du juge Rouleau de la Cour d'appel de l'Ontario.

[2] Nous convenons avec l'auteur des motifs majoritaires de la Cour d'appel, le juge Doherty, que les directives du juge du procès ont bien pu amener le jury à conclure que les actes de provocation imputés à la victime et la réaction de l'accusé à ceux-ci n'étaient pertinents quant à la *mens rea* que s'ils satisfaisaient à la définition stricte de l'art. 232 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, de sorte qu'il s'agissait de directives erronées.

[3] Nous sommes donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel d'ordonner un nouveau procès.

Jugement en conséquence.

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

Procureurs de l'intimé : Abergel Goldstein & Partners, Ottawa.

Vernon Lepine *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LEPINE

2014 SCC 65

File No.: 35665.

2014: October 16.

Present: Abella, Cromwell, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
THE NORTHWEST TERRITORIES

Criminal law — Jurors — Charge to jury — Jury sending a written question to trial judge regarding credibility and reasonable doubt after close of evidence but prior to final addresses by counsel and final charge to jury — Trial judge declining to answer question at that time, reminding jurors of the importance of the presumption of innocence and their obligation to keep an open mind, and telling them that issues of credibility would be dealt with in final charge — Accused arguing on appeal that trial judge erred in failing to fully address the question on the day it was asked and that answers to the question during final charge were incomplete — Trial judge committing no error in either response to jury or charge to jury.

APPEAL from a judgment of the Northwest Territories Court of Appeal (Côté, Bielby and Veldhuis JJ.A.), 2013 NWTCA 8, 304 C.C.C. (3d) 143, [2014] 5 W.W.R. 459, 566 A.R. 35, [2013] N.W.T.J. No. 104 (QL), 2013 CarswellNWT 105, affirming the accused's conviction for sexual assault. Appeal dismissed.

Adam Y. Karbani, for the appellant.

Nicholas E. Devlin and *Blair MacPherson*, for the respondent.

Vernon Lepine *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. LEPINE

2014 CSC 65

N° du greffe : 35665.

2014 : 16 octobre.

Présents : Les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DES
TERRITOIRES DU NORD-OUEST

Droit criminel — Jurés — Exposé au jury — Envoi à la juge du procès par le jury d'une question concernant la crédibilité et le doute raisonnable après la clôture de la preuve mais avant les plaidoiries finales des avocats et l'exposé final de la juge — Refus de la juge du procès de répondre à la question à ce moment-là, rappel par cette dernière aux jurés de l'importance de la présomption d'innocence et de leur obligation de garder un esprit ouvert, et mention du fait qu'elle traiterait des questions touchant à la crédibilité dans son exposé final — Présentation par l'accusé en appel d'arguments portant que la juge a commis une erreur en omettant de répondre exhaustivement à la question le jour où elle a été posée et que ses réponses à cette question dans son exposé final étaient incomplètes — Absence d'erreur de la part de la juge du procès dans sa réponse initiale aux jurés ainsi que dans son exposé final à ceux-ci.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest (les juges Côté, Bielby et Veldhuis), 2013 NWTCA 8, 304 C.C.C. (3d) 143, [2014] 5 W.W.R. 459, 566 A.R. 35, [2013] N.W.T.J. No. 104 (QL), 2013 CarswellNWT 105, qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Adam Y. Karbani, pour l'appelant.

Nicholas E. Devlin et *Blair MacPherson*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] CROMWELL J. — This appeal as of right comes to us on the dissent of Bielby J.A. in the Court of Appeal of the Northwest Territories.

[2] Unlike the majority of the Court of Appeal, we see no reason to be in any way critical of the conduct of defence counsel at trial. However, we are not persuaded that the trial judge's handling of the jury's question, either in the timing or content of her response, constituted legal error or gave rise to a miscarriage of justice. The jury was immediately reminded not to deliberate until they had heard the addresses of counsel, and the judge's charge provided complete and correct legal instructions that were responsive to their question.

[3] The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Davidson Gregory Danyluik, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE CROMWELL — La Cour est saisie d'un appel interjeté de plein droit sur le fondement de la dissidence de la juge Bielby de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest.

[2] Contrairement aux juges majoritaires de la Cour d'appel, nous ne voyons aucune raison de formuler quelque critique à l'endroit du comportement de l'avocat de la défense au procès. Nous ne sommes toutefois pas persuadés que la réponse de la juge à la question des jurés, qu'il s'agisse du moment où elle est intervenue ou de sa teneur, constituait une erreur de droit ou a donné lieu à une erreur judiciaire. La juge a immédiatement rappelé aux jurés qu'ils ne devaient pas entreprendre leurs délibérations avant d'avoir entendu les plaidoiries des avocats et elle leur a communiqué des directives complètes et appropriées sur le droit applicable qui répondaient à leur question.

[3] Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Davidson Gregory Danyluik, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

Imperial Oil *Appellant*

v.

**Simon Jacques, Marcel Lafontaine,
Automobile Protection Association,
Attorney General of Quebec and
Director of Public Prosecutions
of Canada** *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Couche-Tard Inc., Alimentation Couche-Tard Inc., Dépan-Escompte Couche-Tard Inc., Céline Bonin, Richard Bédard, Carole Aubut, Ultramar Ltd., Luc Forget, Jacques Ouellet, Pétroles Therrien Inc., Distributions Pétrolières Therrien Inc., Irving Oil Inc./Irving Oil Operations Ltd., Olco Petroleum Group Inc., Coop fédérée, Robert Murphy, Gary Neiderer, 9142-0935 Québec Inc., 9131-4716 Québec Inc., Groupe Denis Mongeau Inc., France Benoît, Richard Michaud, Luc Couturier, Guy Angers, Philippe Gosselin & Associés ltée, André Bilodeau, Carol Lehoux, Claude Bédard, Stéphane Grant, Pétroles Cadrin Inc., Daniel Drouin, Pétroles Global inc./Global Fuels Inc., Pétroles Global (Québec) inc./Global Fuels (Québec) Inc., Provigo Distribution Inc., Christian Payette, Pierre Bourassa, Daniel Leblond, Dépanneur Magog-Orford Inc., 2944-4841 Québec Inc., Société coopérative agricole des Bois-Francis, Gestion Astral Inc., Lise Delisle, 134553 Canada Inc., Garage Luc Fecteau et fils Inc., Station-Service Jacques Blais Inc., 9029-6815 Québec Inc., Garage Jacques Robert Inc., Gérald Groulx Station Service Inc., Services Autogarde D.D. Inc., 9010-1460 Québec Inc., Armand Pouliot, Julie Roberge, Station-Service Pouliot et Roberge s.e.n.c., 9038-6095 Québec Inc., 9083-0670 Québec Inc., Gestion Ghislain Lallier Inc., 2429-7822 Québec Inc.,

Pétrolière Impériale *Appelante*

c.

**Simon Jacques, Marcel Lafontaine,
Association pour la protection automobile,
procureur général du Québec et
directeur des poursuites pénales
du Canada** *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Couche-Tard inc., Alimentation Couche-Tard inc., Dépan-Escompte Couche-Tard inc., Céline Bonin, Richard Bédard, Carole Aubut, Ultramar ltée, Luc Forget, Jacques Ouellet, Pétroles Therrien inc., Distributions Pétrolières Therrien inc., Pétroles Irving inc./Opérations pétroles Irving ltée, Groupe Pétrolier Olco inc., Coop fédérée, Robert Murphy, Gary Neiderer, 9142-0935 Québec inc., 9131-4716 Québec inc., Groupe Denis Mongeau inc., France Benoît, Richard Michaud, Luc Couturier, Guy Angers, Philippe Gosselin & Associés ltée, André Bilodeau, Carol Lehoux, Claude Bédard, Stéphane Grant, Pétroles Cadrin inc., Daniel Drouin, Pétroles Global inc./Global Fuels Inc., Pétroles Global (Québec) inc./Global Fuels (Quebec) Inc., Provigo Distribution inc., Christian Payette, Pierre Bourassa, Daniel Leblond, Dépanneur Magog-Orford inc., 2944-4841 Québec inc., Société coopérative agricole des Bois-Francis, Gestion Astral inc., Lise Delisle, 134553 Canada inc., Garage Luc Fecteau et fils inc., Station-Service Jacques Blais inc., 9029-6815 Québec inc., Garage Jacques Robert inc., Gérald Groulx Station Service inc., Services Autogarde D.D. inc., 9010-1460 Québec inc., Armand Pouliot, Julie Roberge, Station-Service Pouliot et Roberge s.e.n.c., 9038-6095 Québec inc., 9083-0670 Québec inc., Gestion Ghislain Lallier inc., 2429-7822 Québec inc.,

2627-3458 Québec Inc., 9098-0111 Québec Inc., 2311-5959 Québec Inc., Gaz-O-Pneus Inc., C. Lagrandeur et fils Inc., University Galt Service Inc., Valérie Houde, Sylvie Fréchette, Robert Beurivage, 9011-4653 Québec Inc., Pétroles Remay Inc., Variétés Jean-Yves Plourde Inc. and 9016-8360 Québec Inc. *Interveniers*

- and -

Couche-Tard Inc., Alimentation Couche-Tard Inc., Dépan-Escompte Couche-Tard Inc., Céline Bonin, Richard Bédard, Ultramar Ltd., Pétroles Therrien Inc., Distributions Pétrolières Therrien Inc., Irving Oil Operations Ltd., Olco Petroleum Group Inc., Coop fédérée, Robert Murphy, Gary Neiderer, 9142-0935 Québec Inc., 9131-4716 Québec Inc. and Groupe Denis Mongeau Inc. *Appellants*

v.

Simon Jacques, Marcel Lafontaine, Automobile Protection Association, Attorney General of Quebec, Director of Public Prosecutions of Canada, France Benoît, Richard Michaud, Luc Couturier, Guy Angers, Philippe Gosselin & Associés Itée, André Bilodeau, Carol Lehoux, Claude Bédard, Stéphane Grant, Pétroles Cadrin Inc., Daniel Drouin, Pétroles Global inc./Global Fuels Inc., Pétroles Global (Québec) inc./Global Fuels (Québec) Inc., Provigo Distribution Inc., Christian Payette, Pierre Bourassa, Daniel Leblond, Dépanneur Magog-Orford Inc., 2944-4841 Québec Inc., Société coopérative agricole des Bois-Francs, Gestion Astral Inc., Lise Delisle, 134553 Canada Inc., Garage Luc Fecteau et fils Inc., Station-Service Jacques Blais Inc., 9029-6815 Québec Inc., Garage Jacques Robert Inc., Gérald Groulx Station-Service Inc., Services

2627-3458 Québec inc., 9098-0111 Québec inc., 2311-5959 Québec inc., Gaz-O-Pneus inc., C. Lagrandeur et fils inc., University Galt Service inc., Valérie Houde, Sylvie Fréchette, Robert Beurivage, 9011-4653 Québec inc., Pétroles Remay inc., Variétés Jean-Yves Plourde inc. et 9016-8360 Québec inc. *Intervenants*

- et -

Couche-Tard inc., Alimentation Couche-Tard inc., Dépan-Escompte Couche-Tard inc., Céline Bonin, Richard Bédard, Ultramar Itée, Pétroles Therrien inc., Distributions Pétrolières Therrien inc., Opérations pétroles Irving Itée, Groupe Pétrolier Olco inc., Coop fédérée, Robert Murphy, Gary Neiderer, 9142-0935 Québec inc., 9131-4716 Québec inc. et Groupe Denis Mongeau inc. *Appellants*

c.

Simon Jacques, Marcel Lafontaine, Association pour la protection automobile, procureur général du Québec, directeur des poursuites pénales du Canada, France Benoît, Richard Michaud, Luc Couturier, Guy Angers, Philippe Gosselin & Associés Itée, André Bilodeau, Carol Lehoux, Claude Bédard, Stéphane Grant, Pétroles Cadrin inc., Daniel Drouin, Pétroles Global inc./Global Fuels Inc., Pétroles Global (Québec) inc./Global Fuels (Québec) Inc., Provigo Distribution inc., Christian Payette, Pierre Bourassa, Daniel Leblond, Dépanneur Magog-Orford inc., 2944-4841 Québec inc., Société coopérative agricole des Bois-Francs, Gestion Astral inc., Lise Delisle, 134553 Canada inc., Garage Luc Fecteau et fils inc., Station-Service Jacques Blais inc., 9029-6815 Québec inc., Garage Jacques Robert inc., Gérald Groulx Station-Service inc., Services

Autogarde D.D. Inc., 9010-1460 Québec Inc., Armand Pouliot, Julie Roberge, Station-Service Pouliot et Roberge s.e.n.c., 9038-6095 Québec Inc., 9083-0670 Québec Inc., Gestion Ghislain Lallier Inc., 2627-3458 Québec Inc., 2429-7822 Québec Inc., University Galt Service Inc., 9098-0111 Québec Inc., 2311-5959 Québec Inc., Gaz-O-Pneus Inc., C. Lagrandeur et fils Inc., Valérie Houde, Sylvie Fréchette, Robert Beaurivage, 9011-4653 Québec Inc., Pétroles Remay Inc., Variétés Jean-Yves Plourde Inc., 9016-8360 Québec Inc., Carole Aubut, Luc Forget and Jacques Ouellet *Respondents*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: IMPERIAL OIL v. JACQUES

2014 SCC 66

File Nos.: 35226, 35231.

2014: April 24; 2014: October 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Evidence — Civil procedure — Disclosure — Plaintiffs in class action filing motion for disclosure of documents in which they requested disclosure by third party of recordings of private communications intercepted in course of criminal investigation — Defendants to class action objecting to disclosure on basis of immunities from disclosure provided for in legislation or established by courts — Whether party to civil proceeding can request disclosure of recordings of private communications intercepted by state in course of criminal investigation — How conditions for and limits on disclosure are to be set — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 402 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 193(2)(a) — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 29, 36.

Autogarde D.D. inc., 9010-1460 Québec inc., Armand Pouliot, Julie Roberge, Station-Service Pouliot et Roberge s.e.n.c., 9038-6095 Québec inc., 9083-0670 Québec inc., Gestion Ghislain Lallier inc., 2627-3458 Québec inc., 2429-7822 Québec inc., University Galt Service inc., 9098-0111 Québec inc., 2311-5959 Québec inc., Gaz-O-Pneus inc., C. Lagrandeur et fils inc., Valérie Houde, Sylvie Fréchette, Robert Beaurivage, 9011-4653 Québec inc., Pétroles Remay inc., Variétés Jean-Yves Plourde inc., 9016-8360 Québec inc., Carole Aubut, Luc Forget et Jacques Ouellet *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE c. JACQUES

2014 CSC 66

N^{os} du greffe : 35226, 35231.

2014 : 24 avril; 2014 : 17 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Preuve — Procédure civile — Communication de la preuve — Requête sollicitant la communication de documents déposée dans le cadre d'un recours collectif et demandant la communication par un tiers d'enregistrements de communications privées interceptées dans le cadre d'une enquête pénale — Défendeurs dans le recours collectif s'opposant à la communication au motif qu'il existe des immunités de divulgation de source légale et prétorienne — Une partie à un recours civil peut-elle demander que lui soient communiqués des enregistrements de conversations privées interceptées par l'État dans le cadre d'une enquête pénale? — Comment les modalités et les limites de la communication doivent-elles être établies? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 402 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 193(2)a) — Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 29, 36.

To carry out the “Octane” investigation into allegations of a conspiracy to fix gasoline pump prices in certain regions of Quebec, the Competition Bureau of Canada obtained judicial authorizations under Part VI of the *Criminal Code* that enabled it to intercept and record more than 220,000 private communications. As a result of the investigation, charges were laid against 54 persons, including certain of the appellants. In parallel with the criminal proceedings, the respondents instituted a class action against a number of persons, including the appellants, alleging that they had engaged in anti-competitive practices in breach of the duties imposed by art. 1457 of the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*”) and s. 36 of the *Competition Act*. In support of their action, they filed, under art. 402 of the *Code of Civil Procedure* (“*C.C.P.*”), a motion in which they sought disclosure by the federal Director of Public Prosecutions and the Competition Bureau of the recordings that had already been disclosed to the accused in the parallel criminal proceedings. The appellants contested the motion.

The Superior Court, being of the opinion that the evidence requested by the respondents was relevant and that neither the *Competition Act* nor the *Criminal Code* created an immunity from disclosure, granted the motion. To control the disclosure process and the scope of the disclosure, it ordered that the Director of Public Prosecutions and the Competition Bureau disclose the requested recordings solely to the lawyers and experts participating in the civil proceedings, and that they screen the recordings to protect the privacy of third parties having nothing whatsoever to do with the proceedings. The Court of Appeal refused leave to appeal that decision.

Held (Abella J. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.: A party to a civil proceeding can request the disclosure of recordings of private communications intercepted by the state in the course of a criminal investigation. Although s. 29 of the *Competition Act* provides for confidentiality of the Competition Bureau’s record of investigation, it does not prohibit the disclosure of private communications intercepted under Part VI of the *Criminal Code*, as such communications are not among the types of information referred to in s. 29(1)(a) to (e). Moreover, even though s. 193(1) of the *Criminal Code* lays down the principle that it is unlawful to disclose or use an intercepted private communication without the consent of the originator or the intended recipient of the

Pour mener à bien l’enquête « Octane » sur des allégations de complot en vue de fixer les prix de l’essence à la pompe dans certaines régions du Québec, le Bureau de la concurrence du Canada obtient, en vertu de la Partie VI du *Code criminel*, des autorisations judiciaires qui lui permettent d’intercepter et d’enregistrer plus de 220 000 communications privées. L’enquête conduite au dépôt d’accusations contre 54 personnes, dont certains des appelants. Parallèlement aux procédures pénales, les intimés intentent un recours collectif reprochant à plusieurs personnes, dont les appelants, de s’être livrées à des activités anticoncurrentielles, en violation des devoirs imposés par les art. 1457 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* ») et 36 de la *Loi sur la concurrence*. Dans le but d’étayer leur recours, ils déposent, conformément à l’art. 402 du *Code de procédure civile* (« *C.p.c.* »), une requête sollicitant du Directeur des poursuites pénales du Canada et du Bureau de la concurrence la communication des enregistrements déjà communiqués aux accusés dans les procédures pénales parallèles. Les appelants s’y opposent.

D’avis que les éléments de preuve sollicités par les intimés sont pertinents et que ni la *Loi sur la concurrence* ni le *Code criminel* ne créent d’immunité de divulgation, la Cour supérieure accueille la requête. Afin d’encadrer le processus de communication des documents et l’étendue de celle-ci, elle ordonne au directeur des poursuites pénales et au Bureau de la concurrence de communiquer uniquement aux avocats et experts participant aux procédures civiles les enregistrements demandés et de filtrer ceux-ci pour protéger la vie privée des tiers complètement étrangers au litige. La Cour d’appel refuse la permission d’appeler de cette décision.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Les pourvois sont rejetés.

Les juges LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner : Une partie à un recours civil peut demander que lui soient communiqués des enregistrements de conversations privées interceptées par l’État dans le cadre d’une enquête pénale. Bien que l’art. 29 de la *Loi sur la concurrence* énonce la confidentialité du dossier d’enquête constitué par le Bureau de la concurrence, il n’interdit pas la communication des conversations privées interceptées en vertu de la partie VI du *Code criminel*, car celles-ci ne font pas partie des éléments mentionnés aux al. 29(1)a) à e). De plus, même si le par. 193(1) du *Code criminel* établit le principe selon lequel il est illégal de divulguer ou d’utiliser une communication privée interceptée sans le consentement de son auteur ou du destinataire, des

communication, this general prohibition is tempered by some exemptions. Section 193(2)(a) provides that a disclosure is not an offence under s. 193(1) if it is made “in the course of or for the purpose of giving evidence in any civil . . . proceedings”. Nothing in the words of this provision justifies limiting its application to the time when evidence is being given. The documents requested at the exploratory stage of any civil proceeding may be requested “for the purpose” of testifying at the hearing. The provision’s object and context admit of no other conclusion. Section 193(2)(a) does not have facilitating the fight against crime as its sole purpose; rather, its object is to ensure that courts will have access to all information relevant to the proceedings before them. Similarly, the case law and the academic literature support a broad interpretation of s. 193(2)(a). Finally, the admissibility in evidence of recordings of private communications is governed by s. 24(2) of the *Charter* and the various applicable provincial statutes.

Section 193 of the *Criminal Code* creates neither an actual disclosure mechanism nor a right of access. Since this case involves civil proceedings brought under s. 36 of the *Competition Act* and art. 1457 *C.C.Q.*, the procedure for seeking access to the recordings is the one provided for in art. 402 *C.C.P.* The first paragraph of art. 402 *C.C.P.* empowers a judge to order the disclosure of documents relating to the issues between the parties that are in the possession of a third party. Judges have great discretion, but will generally favour disclosure. Nevertheless, a judge must deny a request for disclosure in the face of an immunity from disclosure that is either provided for in legislation or established by the courts. In exercising his or her discretion, the judge may consider, *inter alia*, the relevance of the documents to the issues between the parties, the extent to which the privacy of a party or of a third party to the proceedings is invaded and the importance of remaining sensitive to the duty to protect a person’s privacy. The concept of relevance is generally interpreted broadly at the exploratory stage of the proceedings. The impact of disclosure on the rights of innocent persons requires that care be taken in considering motions for disclosure, although it cannot constitute a cause why evidence should not be disclosed in all circumstances. The scope of the protection of the right of the innocent to privacy must always be assessed in light of the various interests at stake. Finally, by giving judges the power to refuse to order disclosure where a barrier to disclosure is provided for in legislation or has been established by the courts, art. 402, para. 1 already provides that, where necessary, the principle of disclosure it codifies will yield to any applicable federal provision that prohibits disclosure.

exemptions tempèrent cette interdiction générale. L’alinéa 193(2)a dispose que l’infraction établie au par. 193(1) ne s’applique pas lorsqu’une divulgation est faite « au cours ou aux fins d’une déposition lors de poursuites civiles ». Rien dans le texte de cette disposition ne justifie de restreindre l’application de celle-ci au seul moment de la déposition. Les documents qui sont demandés durant la phase exploratoire de tout recours civil peuvent l’être « aux fins » de témoigner à l’audience. L’objet et le contexte de cette disposition n’admettent aucune autre conclusion. L’alinéa 193(2)a n’est pas uniquement destiné à faciliter la lutte contre la criminalité, mais a pour objet d’assurer aux tribunaux qu’ils auront accès à toute l’information pertinente aux procédures dont ils sont saisis. De même, jurisprudence et doctrine appuient une interprétation large de l’al. 193(2)a. Enfin, l’admissibilité en preuve des enregistrements de communications privées est régie par le par. 24(2) de la *Charte* et les différentes lois provinciales applicables.

L’article 193 du *Code criminel* ne crée pas de mécanisme de divulgation en soi ni un droit d’accès. Puisque la poursuite civile en l’espèce est intentée en vertu de l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* et de l’art. 1457 *C.c.Q.*, c’est l’art. 402 *C.p.c.* qui prévoit la procédure permettant d’accéder aux enregistrements. Le premier alinéa de l’art. 402 *C.p.c.* habilite un juge à ordonner la communication de documents relatifs au litige qui se trouvent entre les mains d’un tiers. Le juge jouit d’une grande discrétion, mais favorisera généralement la communication. Il doit cependant refuser la communication en présence d’une immunité de divulgation de source légale ou prétorienne. Dans l’exercice de sa discrétion, le juge pourra considérer, entre autres, la pertinence des documents à l’égard du litige, le degré d’atteinte à la vie privée d’une partie ou d’un tiers au litige et l’importance de demeurer sensible au devoir de protéger la vie privée. Le concept de pertinence s’apprécie généralement de manière large au cours de la phase exploratoire de l’instance. L’impact de la communication sur les droits de personnes innocentes exige un examen attentif d’une requête en communication, mais ne justifie pas pour autant l’opposition à la communication en toutes circonstances. L’étendue de la protection du droit à la vie privée des personnes innocentes doit toujours être mesurée en fonction des divers intérêts en jeu. Enfin, en octroyant au juge le pouvoir de refuser d’accorder la communication s’il existe une barrière légale ou prétorienne à une telle communication, l’art. 402, al. 1 prévoit déjà que, au besoin, le principe de communication qu’il codifie cèderait devant un texte fédéral prohibitif applicable.

Judges also have great discretion to control the process of disclosing evidence at the exploratory stage of proceedings, and to set conditions for and limits on disclosure. In doing so, they must weigh the interests involved, but must at the same time limit the potential for invasion of privacy and avoid unduly limiting access to relevant documents so as to ensure that the proceedings remain fair, the search for truth is not obstructed and the proceedings are not unjustifiably delayed. Where the requested documents result from a criminal investigation, the judge must also consider the impact of disclosure on the efficient conduct of the criminal proceedings and on the right of the accused to a fair trial. However, at the exploratory stage of a proceeding, the right to privacy, the efficient conduct of criminal proceedings and the right to make full answer and defence are, to some degree, protected by the duty of confidentiality imposed on the parties, their counsel and their experts. Nevertheless, judges have the powers they need to impose other conditions. In every case, the judge must, bearing in mind the proportionality principle that is inherent in art. 402 *C.C.P.* and is also spelled out in art. 4.2 *C.C.P.*, consider the financial and administrative impact of the conditions being imposed and how they will affect the general conduct of the proceedings.

The order of the Superior Court in this case is consistent with these principles. There is no factual or legal impediment to disclosure of the documents requested by the respondents under art. 402 *C.C.P.* Nor is there anything to cast doubt on the Superior Court's finding that the requested evidence is relevant. Furthermore, the scope of the disclosure order is limited so as to protect the right to privacy of all those whose communications were intercepted. The limits also ensure that disclosure of the information will not hinder the efficient conduct of the criminal proceedings or violate the right of the parties still facing criminal charges to a fair trial. There is no indication that the order imposes an undue financial and administrative burden on the third party in question in this case.

Per McLachlin C.J.: The power to obtain disclosure of intercepted private communications in this case arises solely from art. 402 *C.C.P.*, not s. 193(2)(a) of the *Criminal Code*. Where the state is otherwise empowered or required to disclose intercepted private communications in civil proceedings, s. 193(2)(a) protects the authorities from criminal sanction.

Le juge jouit aussi d'une grande discrétion pour contrôler le processus de communication de la preuve durant la phase exploratoire de l'instance, pour en établir les modalités et en fixer les limites. Pour ce faire, il doit soupeser les intérêts en présence, en limitant les risques d'atteinte à la vie privée et en évitant de restreindre indûment l'accès aux documents pertinents, pour que les procédures demeurent équitables, que la recherche de la vérité ne soit pas entravée et que le déroulement de l'instance ne soit pas retardé de manière injustifiée. Dans les cas où les documents demandés sont le produit d'une enquête pénale, le juge devra aussi considérer l'impact de la communication sur le bon déroulement des procédures pénales et le droit des accusés concernés à un procès juste et équitable. Cependant, au cours de la phase exploratoire de l'instance, le droit au respect de la vie privée, le bon déroulement des procédures pénales et le droit à une défense pleine et entière sont, dans une certaine mesure, protégés par le devoir de confidentialité qui s'impose aux parties, à leurs avocats et à leurs experts. Le juge dispose néanmoins des pouvoirs nécessaires pour fixer d'autres modalités. Dans tous les cas, tout en respectant le principe de proportionnalité qui fait intrinsèquement partie de l'art. 402 *C.p.c.*, en plus d'être consacré à l'art. 4.2 *C.p.c.*, le juge doit considérer l'impact financier et administratif des modalités qu'il impose, de même que leur influence sur le déroulement général de l'instance.

L'ordonnance de la Cour supérieure en l'espèce respecte ces principes. Il n'existe aucun obstacle factuel ou légal à la communication des documents que sollicitent les intimés en vertu de l'art. 402 *C.p.c.* Rien ne permet de remettre en question la conclusion de la Cour supérieure selon laquelle les éléments de preuve sollicités sont pertinents. De plus, la portée de l'ordonnance de communication est limitée de manière à protéger le droit à la vie privée de l'ensemble des personnes dont les conversations ont été interceptées. Ces limites assurent également que la communication ne constitue pas une entrave au bon déroulement des procédures pénales ou une atteinte au droit qu'ont les parties toujours accusées au pénal de subir un procès juste et équitable. Rien n'indique que l'ordonnance crée un fardeau financier et administratif excessif pour le tiers visé en l'espèce.

La juge en chef McLachlin : En l'espèce, le pouvoir d'obtenir les communications privées interceptées découle uniquement de l'art. 402 du *C.p.c.*, et non de l'al. 193(2)a) du *Code criminel*. Lorsque l'État a par ailleurs le pouvoir ou l'obligation de divulguer dans une instance civile des communications privées interceptées, l'al. 193(2)a) protège les autorités contre toute sanction criminelle.

Per Abella J. (dissenting): It is not legally permissible in Canada to authorize electronic surveillance for the purpose of gathering evidence in civil proceedings. Electronic surveillance can only be authorized in the limited circumstances set out in Part VI of the *Criminal Code* for the investigation of serious crimes, or under the *Canadian Security Intelligence Service Act* for the investigation of threats to national security. Part VI recognizes the uniquely intrusive character of electronic surveillance by permitting state interception of private communications *only* if express safeguards are followed. Until a determination has been made as to the legality of a challenged interception, the communication is not admissible in a criminal proceeding.

Section 193(2)(a) should not be interpreted in a way that overrides the privacy protections in Part VI. Section 193(2)(a) does not create a right to access intercepted communications and is not available to pre-empt a judicial determination about the validity of an interception. Until those interceptions have been found, or are conceded to be, lawful and admitted into evidence in a criminal proceeding, they retain their private character for all purposes and are not available to the public. Using s. 193(2)(a) to permit litigants in a civil case to get disclosure of communications intercepted in the course of a criminal investigation before a challenged interception is found to be lawful, allows those litigants to benefit indirectly from an extraordinary investigative technique they are otherwise not legally entitled to.

The general right to privacy and the specific right not to have confidential information disclosed are expressly protected in Quebec's *Charter of human rights and freedoms*. The discretion in art. 402 of the *Code of Civil Procedure* to order disclosure should therefore not be so interpreted as to extinguish the scrupulous protection for the non-disclosure of intercepted communications found in other parts of the law. This provision gives significant discretion to a trial judge, but it does not give him or her *carte blanche* to order disclosure of communications protected by an almost impermeable legal coating like a privileged communication. Evidence gathered through electronic surveillance is entitled to the same protection and, as a result, is not amenable to a balancing exercise.

La juge Abella (dissidente) : En droit canadien, aucune activité de surveillance électronique ne peut être autorisée à l'occasion d'une instance civile en vue de recueillir des éléments de preuve. La surveillance électronique ne peut être autorisée que dans les circonstances limitées énoncées à la partie VI du *Code criminel*, dans le cadre d'enquêtes relatives à des crimes graves, ou encore en vertu de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, en matière d'enquêtes sur des menaces envers la sécurité du Canada. La partie VI reconnaît le caractère exceptionnellement attentatoire de la surveillance électronique, en ce qu'elle permet l'interception de communications privées par l'État *uniquement* si certaines garanties expresses sont respectées. Tant qu'il n'a pas été statué sur la légalité d'une interception contestée, les communications interceptées ne sont pas admissibles dans une instance pénale.

L'alinéa 193(2)a ne devrait pas être interprété d'une manière qui écarte les mesures de protection de la vie privée que prévoit la partie VI. Cette disposition ne crée pas un droit d'accès aux communications interceptées et ne peut être invoquée pour prévenir une décision judiciaire relative à la validité d'interceptions. Tant que la validité de ces interceptions n'a pas été constatée ou concédée et que les communications interceptées n'ont pas été admises en preuve dans une instance criminelle, elles conservent à toutes fins utiles leur caractère privé et le public ne peut y avoir accès. Le fait de se fonder sur l'al. 193(2)a afin de permettre à des plaideurs dans une instance civile d'obtenir la divulgation de communications interceptées dans une enquête criminelle — avant qu'une interception contestée ait été jugée légale — permet à ces mêmes plaideurs de bénéficier indirectement d'une technique d'enquête extraordinaire à laquelle ils n'ont autrement pas droit en vertu de la loi.

Le droit général au respect de la vie privée ainsi que le droit particulier au respect du secret professionnel sont expressément protégés dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Par conséquent, le pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 402 du *Code de procédure civile* ne devrait pas être interprété d'une manière qui supprimerait la protection scrupuleuse contre la divulgation des communications interceptées prévue par d'autres règles de droit. Cette disposition confère un vaste pouvoir discrétionnaire au juge de première instance, mais ne lui donne pas *carte blanche* pour ordonner la divulgation de communications jouissant d'une protection légale pratiquement impénétrable, comme c'est le cas pour les communications privilégiées. Les éléments de preuve recueillis au moyen de mesures de surveillance électronique ont droit à la même protection et, en conséquence, ne se prêtent pas à une mise en balance des intérêts opposés.

Cases Cited

By LeBel and Wagner JJ.

Considered: *Tide Shore Logging Ltd. v. Commonwealth Insurance Co.* (1979), 13 B.C.L.R. 316; *Ault v. Canada (Attorney General)* (2007), 88 O.R. (3d) 541; *Canada (Procureur général) v. Charbonneau*, 2012 QCCS 1701 (CanLII); **distinguished:** *Michaud v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *Jacques v. Petro-Canada*, 2009 QCCS 5603 (CanLII); *Glegg v. Smith & Nephew Inc.*, 2005 SCC 31, [2005] 1 S.C.R. 724; *P. (D.) v. Wagg* (2004), 71 O.R. (3d) 229; *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197; *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55; *Technologie Labtronix Inc. v. Technologie Micro Contrôle Inc.*, [1998] R.J.Q. 2312; *Blaikie v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1990] R.D.J. 473; *Autorité des marchés financiers v. Panju*, 2008 QCCA 832, [2008] R.J.Q. 1233; *Fédération des infirmières et infirmiers du Québec v. Hôpital Laval*, 2006 QCCA 1345, [2006] R.J.Q. 2384; *Westfalia Surge Canada Co. v. Ferme Hamelon (JFD) et Fils*, 2005 QCCA 514 (CanLII); *Westinghouse Canada Inc. v. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743; *Communauté urbaine de Montréal v. Chubb du Canada compagnie d'assurances*, [1998] R.J.Q. 759; *Kruger Inc. v. Kruger*, [1987] R.D.J. 11; *Industries GDS inc. v. Carbotech inc.*, 2005 QCCA 655 (CanLII); *Corporation de financement commercial Transamérica Canada v. Beaudoin*, [1995] R.D.J. 633; *Union Canadienne, compagnie d'assurance v. St-Pierre*, 2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340; *Goulet v. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *R. v. Welsh* (1977), 15 O.R. (2d) 1; *Subilomar Properties (Dundas) Ltd. v. Cloverdale Shopping Centre Ltd.*, [1973] S.C.R. 596; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581; *Law Society of Upper Canada v. Canada (Attorney General)* (2008), 89 O.R. (3d) 209; *Re Board of Commissioners of Police for City of Thunder Bay and Sundell* (1984), 15 C.C.C. (3d) 574; *Children's Aid Society of Thunder Bay (District) v. D. (S.)*, 2011 ONCJ 100, 2 R.F.L. (7th) 202; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; *Phillips v. Vancouver Sun*, 2004 BCCA 14, 27 B.C.L.R.

Jurisprudence

Citée par les juges LeBel et Wagner

Arrêts examinés : *Tide Shore Logging Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.* (1979), 13 B.C.L.R. 316; *Ault c. Canada (Procureur général)* (2007), 88 O.R. (3d) 541; *Canada (Procureur général) c. Charbonneau*, 2012 QCCS 1701 (CanLII); **distinction d'avec l'arrêt :** *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Jacques c. Petro-Canada*, 2009 QCCS 5603 (CanLII); *Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, 2005 CSC 31, [2005] 1 R.C.S. 724; *P. (D.) c. Wagg* (2004), 71 O.R. (3d) 229; *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197; *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55; *Technologie Labtronix Inc. c. Technologie Micro Contrôle Inc.*, [1998] R.J.Q. 2312; *Blaikie c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1990] R.D.J. 473; *Autorité des marchés financiers c. Panju*, 2008 QCCA 832, [2008] R.J.Q. 1233; *Fédération des infirmières et infirmiers du Québec c. Hôpital Laval*, 2006 QCCA 1345, [2006] R.J.Q. 2384; *Westfalia Surge Canada Co. c. Ferme Hamelon (JFD) et Fils*, 2005 QCCA 514 (CanLII); *Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743; *Communauté urbaine de Montréal c. Chubb du Canada compagnie d'assurances*, [1998] R.J.Q. 759; *Kruger Inc. c. Kruger*, [1987] R.D.J. 11; *Industries GDS inc. c. Carbotech inc.*, 2005 QCCA 655 (CanLII); *Corporation de financement commercial Transamérica Canada c. Beaudoin*, [1995] R.D.J. 633; *Union Canadienne, compagnie d'assurance c. St-Pierre*, 2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340; *Goulet c. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *R. c. Welsh* (1977), 15 O.R. (2d) 1; *Subilomar Properties (Dundas) Ltd. c. Cloverdale Shopping Centre Ltd.*, [1973] R.C.S. 596; *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581; *Law Society of Upper Canada c. Canada (Attorney General)* (2008), 89 O.R. (3d) 209; *Re Board of Commissioners of Police for City of Thunder Bay and Sundell* (1984), 15 C.C.C. (3d) 574; *Children's Aid Society of Thunder Bay (District) c. D. (S.)*, 2011 ONCJ 100, 2 R.F.L. (7th) 202; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671;

(4th) 27; *Marché Lionel Coudry inc. v. Métro inc.*, 2004 CanLII 73143; *Southam Inc. v. Landry*, 2003 CanLII 71970; *Daishowa inc. v. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1993] R.J.Q. 175, aff'd [1993] AZ-50072356; *S.M. v. S.G.*, [1986] R.D.J. 617.

By Abella J. (dissenting)

R. v. Duarte, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Comisso*, [1983] 2 S.C.R. 121; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *National Broadcasting Co. v. United States Department of Justice*, 735 F.2d 51 (1984); *In re Motion to Unseal Electronic Surveillance Evidence*, 990 F.2d 1015 (1993).

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act, S.C. 1993, c. 40, s. 10(1).
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III, s. 2(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23, ss. 12, 21.
Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 5, 9.
Civil Code of Québec, arts. 35, 36, 1457, 2803, 2858.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, arts. 2, 4.2, 20, 29, 46, 76, 77, 395, 402, 1045.
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 29, 36.
Constitution Act, 1867, s. 91(27).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.16, 178.2(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part VI, ss. 183 “offence”, 184, 186(1)(b), 187(1)(a)(ii) [rep. & sub. 1993, c. 40, s. 7], (1.3), 189, 190, 193, 196.
Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (U.K.), 2000, c. 23, ss. 17, 18.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 310/76, r. 26(11).

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis. *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve: Étude de Droit Québécois comparé au Droit Français et à la Common-Law*. Paris: L.G.D.J., 1965.

Phillips c. Vancouver Sun, 2004 BCCA 14, 27 B.C.L.R. (4th) 27; *Marché Lionel Coudry inc. c. Métro inc.*, 2004 CanLII 73143; *Southam Inc. c. Landry*, 2003 CanLII 71970; *Daishowa inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1993] R.J.Q. 175, conf. par. [1993] AZ-50072356; *S.M. c. S.G.*, [1986] R.D.J. 617.

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. Duarte, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Comisso*, [1983] 2 R.C.S. 121; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *National Broadcasting Co. c. United States Department of Justice*, 735 F.2d 51 (1984); *In re Motion to Unseal Electronic Surveillance Evidence*, 990 F.2d 1015 (1993).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, ch. C-12, art. 5, 9.
Code civil du Québec, art. 35, 36, 1457, 2803, 2858.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie VI, art. 183 « infraction », 184, 186(1)(b), 187(1)(a)(ii) [abr. & remp. 1993, ch. 40, art. 7], (1.3), 189, 190, 193, 196.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.16, 178.2(2).
Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 2, 4.2, 20, 29, 46, 76, 77, 395, 402, 1045.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III, art. 2e).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).
Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication, L.C. 1993, ch. 40, art. 10(1).
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 29, 36.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1).
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. 1985, ch. C-23, art. 12, 21.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194.
Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (R.-U.), 2000, ch. 23, art. 17, 18.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 310/76, règle 26(11).

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis. *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve: Étude de Droit Québécois comparé au Droit Français et à la Common-Law*. Paris: L.G.D.J., 1965.

- Bellemare, Daniel A. *L'écoute électronique au Canada*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1981.
- Black's Law Dictionary*, 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, "purpose".
- Brown, Henry S. *Supreme Court of Canada Practice 2014*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 2013.
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "purpose".
- Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto : Carswell, 2011.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Ducharme, Léo. "Rapports canadiens — première partie: la vérité et la législation sur la procédure civile en droit québécois", dans *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. 38, *La vérité et le droit — Journées canadiennes*. Paris: Économica, 1987, 657.
- Ducharme, Léo, et Charles-Maxime Panaccio. *L'administration de la preuve*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
- Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
- Fishman, Clifford S., and Anne T. McKenna. *Wiretapping & Eavesdropping: Surveillance in the Internet Age*, 3rd ed., vol. 4. Eagan, Minn.: Thomson/West, 2007 (loose-leaf updated November 2012).
- Grammond, Sébastien. "La justice secrète: information confidentielle et procès civil" (1996), 56 *R. du B.* 437.
- Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure*, vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated February 2014, release 30).
- Marseille, Claude. *La règle de la pertinence en droit de la preuve civile québécois*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2004.
- Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd. Paris : Le Robert, 2012, « fin ».
- Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. *Rapport du Comité de révision de la procédure civile : une nouvelle culture judiciaire*. Québec : Le Comité, 2001.
- Reid, Hubert, avec la collaboration de Simon Reid. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 4^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010, « fins ».
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Tessier, Pierre. "La vérité et la justice" (1988), 19 *R.G.D.* 29.
- Bellemare, Daniel A. *L'écoute électronique au Canada*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1981.
- Brown, Henry S. *Supreme Court of Canada Practice 2014*. Scarborough, Ont. : Thomson Professional Publishing Canada, 2013.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Ducharme, Léo. « Rapports canadiens — première partie : la vérité et la législation sur la procédure civile en droit québécois », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. 38, *La vérité et le droit — Journées canadiennes*. Paris : Économica, 1987, 657.
- Ducharme, Léo, et Charles-Maxime Panaccio. *L'administration de la preuve*, 4^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010.
- Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
- Fishman, Clifford S., and Anne T. McKenna. *Wiretapping & Eavesdropping : Surveillance in the Internet Age*, 3rd ed., vol. 4. Eagan, Minn. : Thomson/West, 2007 (loose-leaf updated November 2012).
- Grammond, Sébastien. « La justice secrète : information confidentielle et procès civil » (1996), 56 *R. du B.* 437.
- Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure*, vol. 1. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated February 2014, release 30).
- Marseille, Claude. *La règle de la pertinence en droit de la preuve civile québécois*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004.
- Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd. Paris : Le Robert, 2012, « fin ».
- Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. *Rapport du Comité de révision de la procédure civile : une nouvelle culture judiciaire*. Québec : Le Comité, 2001.
- Reid, Hubert, avec la collaboration de Simon Reid. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 4^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010, « fins ».
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Tessier, Pierre. « La vérité et la justice » (1988), 19 *R.G.D.* 29.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morin, Rochon and Vézina JJ.A.), 2012 QCCA 2265, [2012] AZ-50922387, [2012] J.Q. n° 16661 (QL), 2012 CarswellQue 13421, refusing leave to appeal a decision of Bélanger J., 2012 QCCS 2954, [2012] AZ-50869641, [2012] J.Q. n° 6264 (QL), 2012 CarswellQue 6715. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morin, Rochon and Vézina JJ.A.), 2012 QCCA 2266, [2012] AZ-50922388, [2012] J.Q. n° 16662 (QL), 2012 CarswellQue 13424, refusing leave to appeal a decision of Bélanger J., 2012 QCCS 2954, [2012] AZ-50869641, [2012] J.Q. n° 6264 (QL), 2012 CarswellQue 6715. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Billy Katelanos, Paule Hamelin and Guy Régimbald, for the appellant Imperial Oil.

Jean-Philippe Groleau, Louis-Martin O'Neill, Louis Belleau, Julie Chenette, Sylvain Lussier, Elizabeth Meloche, Sidney Elbaz, Rachel April Giguère, Marie-Geneviève Masson, Pascale Cloutier and Fadi Amine, for the appellants Couche-Tard Inc. et al.

Louis P. Bélanger and Julie Girard, for the appellant Ultramar Ltd.

Pierre LeBel, Guy Paquette, Nicolas Guimond and Claudia Lalancette, for the respondents Simon Jacques et al.

Dominique A. Jobin, Patricia Blair, Émilie-Annick Landry-Therriault and Jean-Vincent Lacroix, for the respondent the Attorney General of Quebec.

François Lacasse and Stéphane Hould, for the respondent the Director of Public Prosecutions of Canada.

Deborah Calderwood and Megan Stephens, for the intervener the Attorney General of Ontario.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morin, Rochon et Vézina), 2012 QCCA 2265, [2012] AZ-50922387, [2012] J.Q. n° 16661 (QL), 2012 CarswellQue 13421, qui a refusé la permission d'appeler d'une décision de la juge Bélanger, 2012 QCCS 2954, [2012] AZ-50869641, [2012] J.Q. n° 6264 (QL), 2012 CarswellQue 6715. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morin, Rochon et Vézina), 2012 QCCA 2266, [2012] AZ-50922388, [2012] J.Q. n° 16662 (QL), 2012 CarswellQue 13424, qui a refusé la permission d'appeler d'une décision de la juge Bélanger, 2012 QCCS 2954, [2012] AZ-50869641, [2012] J.Q. n° 6264 (QL), 2012 CarswellQue 6715. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Billy Katelanos, Paule Hamelin et Guy Régimbald, pour l'appelante Pétrolière Impériale.

Jean-Philippe Groleau, Louis-Martin O'Neill, Louis Belleau, Julie Chenette, Sylvain Lussier, Elizabeth Meloche, Sidney Elbaz, Rachel April Giguère, Marie-Geneviève Masson, Pascale Cloutier et Fadi Amine, pour les appelants Couche-Tard inc. et autres.

Louis P. Bélanger et Julie Girard, pour l'appelante Ultramar ltée.

Pierre LeBel, Guy Paquette, Nicolas Guimond et Claudia Lalancette, pour les intimés Simon Jacques et autres.

Dominique A. Jobin, Patricia Blair, Émilie-Annick Landry-Therriault et Jean-Vincent Lacroix, pour l'intimé le procureur général du Québec.

François Lacasse et Stéphane Hould, pour l'intimé le directeur des poursuites pénales du Canada.

Deborah Calderwood et Megan Stephens, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

English version of the judgment of LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ. delivered by

LEBEL AND WAGNER JJ. —

I. Introduction

[1] The question raised by the appeals before the Court is whether a party to a civil proceeding can request the disclosure of recordings of private communications intercepted by the state in the course of a criminal investigation.

II. Origin of the Case

[2] In the early summer of 2004, the Competition Bureau of Canada began an investigation (“the Octane investigation”) into allegations of a conspiracy to fix gasoline pump prices in certain regions of Quebec. To carry out the investigation, the Competition Bureau obtained from the Court of Québec, under Part VI of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), seven judicial authorizations that enabled it to intercept and record more than 220,000 private communications.

[3] In 2008, as a result of the Octane investigation, a series of charges were laid against 13 natural persons and 11 legal persons. The Crown alleged that they had conspired to fix pump prices in several cities in the following regions: Estrie, Chaudière-Appalaches and Centre-du-Québec. In July 2010 and September 2012, other charges for the same offences were laid against another 30 persons, bringing the total number of accused to 54. Some of the appellants in this Court were or still are among the accused.

[4] In parallel with the criminal proceedings, the respondents Simon Jacques, Marcel Lafontaine and Automobile Protection Association (“Jacques et al.”) instituted a class action in the Quebec Superior Court against a number of persons, including the appellants, alleging that they had breached the duties imposed on them by art. 1457 of the *Civil Code*

Le jugement des juges LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner a été rendu par

LES JUGES LEBEL ET WAGNER —

I. Introduction

[1] Les pourvois dont nous sommes saisis portent sur la question de savoir si une partie à un recours civil peut demander que lui soient communiqués des enregistrements de conversations privées interceptées par l’État dans le cadre d’une enquête pénale.

II. L’origine du litige

[2] Au tout début de l’été 2004, le Bureau de la concurrence du Canada entreprend une enquête (« l’enquête Octane ») sur des allégations de complot en vue de fixer les prix de l’essence à la pompe dans certaines régions du Québec. Pour mener à bien cette enquête, le Bureau de la concurrence obtient de la Cour du Québec, en vertu de la partie VI du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), sept autorisations judiciaires qui lui permettent d’intercepter et d’enregistrer plus de 220 000 communications privées.

[3] L’enquête Octane conduit, en 2008, au dépôt d’une série d’accusations contre 13 personnes physiques et 11 personnes morales. L’État reproche à ces personnes d’avoir comploté pour fixer les prix à la pompe dans différentes villes des régions suivantes : Estrie, Chaudière-Appalaches et Centre-du-Québec. En juillet 2010 et septembre 2012, d’autres accusations pour les mêmes infractions sont déposées contre 30 autres personnes, portant ainsi le nombre total d’accusés à 54. Un certain nombre des appelants devant notre Cour ont fait ou font toujours partie de ces accusés.

[4] Parallèlement aux procédures pénales, les intimés Simon Jacques, Marcel Lafontaine et l’Association pour la protection automobile (« Jacques et autres ») intentent, devant la Cour supérieure du Québec, un recours collectif contre plusieurs personnes, dont les appelants. Ils leur reprochent d’avoir violé les devoirs que leur imposent les art. 1457 du

of Québec (“C.C.Q.”) and s. 36 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, by engaging in anti-competitive practices. On November 30, 2009, the Superior Court authorized the bringing of the class action (*Jacques v. Petro-Canada*, 2009 QCCS 5603 (CanLII)), which would subsequently be amended.

[5] On December 8, 2011, in support of their action, the respondents filed a motion for the disclosure of documents under art. 402 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (“C.C.P.”). They requested that the federal Director of Public Prosecutions (“DPP”) and the Competition Bureau disclose to them all the private communications that had been intercepted in the course of the Octane investigation. Shortly before the motion was heard, the respondents narrowed its scope, limiting it to the recordings that had already been disclosed to the accused in the parallel criminal proceedings. The appellants contested the motion.

III. Judicial History

A. *Decision of the Superior Court (2012 QCCS 2954 (CanLII))*

[6] On June 28, 2012, Bélanger J., as she then was, granted the respondents’ motion. She ordered that the Competition Bureau and the DPP disclose the requested recordings solely to the lawyers and experts participating in the civil proceedings, and that they screen the recordings to protect the privacy of [TRANSLATION] “third parties having nothing whatsoever to do with the proceedings” (para. 98).

[7] In support of her decision, Bélanger J. began by noting that the courts have the power to order the disclosure of evidence in the possession of a third party as long as it is relevant (arts. 402 and 1045 C.C.P.). However, that power is limited if the evidence in question is subject to immunity from disclosure. Bélanger J. found that no such immunity applies in this case. Contrary to what the appellants were arguing, neither the *Competition Act* nor the *Criminal Code* provides for one. Section 29 of the *Competition Act* expressly provides that evidence obtained may be disclosed “for the purposes of the

Code civil du Québec (« C.c.Q. ») et 36 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, en se livrant à des activités anticoncurrentielles. Le 30 novembre 2009, la Cour supérieure autorise l’exercice de ce recours collectif (*Jacques c. Petro-Canada*, 2009 QCCS 5603 (CanLII)), lequel sera amendé par la suite.

[5] Le 8 décembre 2011, dans le but d’étayer leur recours, les intimés déposent une requête sollicitant la communication de documents conformément à l’art. 402 du *Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25 (« C.p.c. »). Ils demandent au directeur des poursuites pénales du Canada (« DPP »), ainsi qu’au Bureau de la concurrence, de leur communiquer l’ensemble des communications privées interceptées durant l’enquête Octane. Peu avant l’audition de cette requête, les intimés en réduisent la portée aux enregistrements déjà divulgués aux accusés dans le cadre des procédures pénales parallèles. Les appelants s’opposent à cette requête.

III. Historique judiciaire

A. *Décision de la Cour supérieure (2012 QCCS 2954 (CanLII))*

[6] Le 28 juin 2012, la juge Bélanger, alors juge à la Cour supérieure, accueille la requête des intimés. Elle ordonne au Bureau de la concurrence et au DPP de communiquer uniquement aux avocats et experts participant aux procédures civiles les enregistrements demandés et de filtrer ceux-ci afin de protéger la vie privée des « tiers complètement étrangers au litige » (par. 98).

[7] Au soutien de sa décision, la juge Bélanger souligne d’abord que, dans la mesure où un élément de preuve en la possession d’un tiers est pertinent, les tribunaux détiennent le pouvoir d’en ordonner la communication (art. 402 et 1045 C.p.c.). Ce pouvoir est toutefois restreint si l’élément de preuve est visé par une immunité de divulgation. Or, estime-t-elle, ce n’est pas le cas en l’espèce. En effet, contrairement aux prétentions des appelants, ni la *Loi sur la concurrence* ni le *Code criminel* ne créent une telle immunité. D’une part, l’art. 29 de la *Loi sur la concurrence* permet expressément qu’une preuve

administration or enforcement” of that Act, which is what was at issue in this case. And under s. 193(2)(a) *Cr. C.*, a person may disclose a private communication in the course of or for the purpose of giving evidence in any civil proceedings. In this regard, Bélanger J. stated that this Court’s decision in *Michaud v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3, does not limit the application of s. 193(2)(a) to situations in which the plaintiff in the civil proceedings is also the “target” of the wiretap. As a result, there was no impediment to disclosing the wiretap information in the case at bar.

[8] Bélanger J. then stated that, because of the exceptional nature of the interception of private communications, the disclosure of such information must be subject to proper controls. Relying on this Court’s decision in *Glegg v. Smith & Nephew Inc.*, 2005 SCC 31, [2005] 1 S.C.R. 724, she indicated that the courts have the powers they need to control the disclosure process and the scope of the disclosure. In her view, the right of access to information obtained from wiretaps must be weighed so as to strike an appropriate balance between the rights of the parties and ensure the proper administration of justice.

[9] After listing the various factors to be considered in this weighing exercise, Bélanger J. concluded that the motion should be granted except for communications involving [TRANSLATION] “third parties having nothing whatsoever to do with the proceedings” (para. 98). Various factors weighed in favour of disclosing the evidence in this case, including the principles of expeditious conduct of proceedings and equality of the parties, the importance and reliability of the audio evidence in the search for truth, and the low risk of a violation of the rights to privacy and to a fair trial that were protected by the implied duty of confidentiality and by the terms of the order. However, the disclosure was to be limited to the lawyers and experts participating in the civil proceedings in order to avoid influencing the conduct of the criminal cases.

obtenue soit communiquée « dans le cadre de l’application ou du contrôle » de cette loi, ce qui est le cas en l’espèce. D’autre part, aux termes de l’al. 193(2)a) *C. cr.*, une personne peut divulguer une communication privée au cours ou aux fins d’une déposition faite lors de poursuites civiles. À cet égard, précise la juge Bélanger, la décision de notre Cour *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3, ne limite pas l’application de cet article aux seules situations où le demandeur à l’instance civile est également la « cible » de l’écoute. Dans ce contexte, il n’existe donc aucun empêchement à ce que les fruits de l’écoute électronique soient communiqués en l’espèce.

[8] Ensuite, la juge Bélanger affirme qu’en raison du caractère exceptionnel de l’interception des conversations privées, la communication de celles-ci doit être bien encadrée. S’appuyant sur l’arrêt de notre Cour *Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, 2005 CSC 31, [2005] 1 R.C.S. 724, elle indique que les tribunaux possèdent les pouvoirs nécessaires pour encadrer le processus de communication et l’étendue de celle-ci. Le droit d’accès aux fruits de l’écoute électronique doit selon elle être pondéré, de manière à respecter un juste équilibre entre les droits des parties et à assurer une saine administration de la justice.

[9] Après avoir énuméré les divers éléments à considérer dans cette pondération, la juge Bélanger conclut que, sous réserve des communications touchant des « tiers complètement étrangers au litige » (par. 98), il doit être fait droit à la demande. En l’espèce, les principes de conduite diligente des procédures et d’égalité des parties, l’importance et la fiabilité de la preuve audio dans la recherche de la vérité, de même que le faible risque d’atteinte à la vie privée et au droit à un procès juste et équitable qu’assurent le devoir implicite de confidentialité et les termes de l’ordonnance sont autant de considérations qui militent en faveur de la communication de la preuve. Toutefois, afin d’éviter d’influencer le déroulement des procédures criminelles, cette communication sera restreinte aux avocats et experts participant à l’instance civile.

[10] Bélanger J. also briefly discussed, and rejected, the alternative argument that s. 193 *Cr. C.* was of no force or effect. She noted that the disclosure order was based not on that section, but on the *Competition Act* and the *Code of Civil Procedure*. The application of s. 193 *Cr. C.* therefore did not result in an infringement of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III.

[11] Finally, regarding the appellant Imperial Oil, Bélanger J. found that the fact that it was not involved in the criminal proceedings did not change its status for the purposes of the motion. It was not a third party to the civil proceedings, so it had the same rights and obligations as its co-defendants. As a result, the intercepted communications had to be disclosed if they were relevant. In any event, Bélanger J. added, Imperial Oil could object to the production of the evidence, if need be, at the proper time.

[12] In the end, Bélanger J. ordered that the communications intercepted in the course of the Octane investigation that had already been disclosed to the accused in the criminal proceedings be disclosed to the lawyers and experts participating in the civil proceedings. These communications would have to be screened, however, to protect the privacy rights of third parties having nothing whatsoever to do with the proceedings.

B. *Decisions of the Court of Appeal (2012 QCCA 2265 (CanLII) and 2012 QCCA 2266 (CanLII))*

[13] In two separate judgments, Morin, Rochon and Vézina J.J.A. of the Court of Appeal declined to review the merits of the motion judge's decision, finding that art. 29 *C.C.P.*, which provides for appeals from interlocutory decisions, did not apply in this case. Moreover, they noted, the courts have consistently held that a judgment dismissing an objection to evidence may not in principle be appealed, and the impugned order, which was based

[10] La juge rejette aussi, en quelques lignes, l'argument subsidiaire d'inopérabilité de l'art. 193 *C. cr.* Elle rappelle que l'ordonnance de communication n'est pas basée sur ce texte, mais bien sur la *Loi sur la concurrence* et le *Code de procédure civile*. L'application de l'art. 193 *C. cr.* ne devient donc pas la source d'une violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III.

[11] Finalement, à propos de l'appelante Pétrolière Impériale, la juge Bélanger conclut que l'absence de cette dernière dans les procédures pénales ne modifie pas son statut pour les besoins de la requête. Elle n'est pas un tiers au litige civil et, en ce sens, elle possède les mêmes droits et est tenue aux mêmes obligations que ses co-défendeurs. Pour cette raison, si les conversations interceptées sont pertinentes, elles doivent être communiquées. Quoi qu'il en soit, ajoute la juge, Pétrolière Impériale pourra, au besoin et au moment opportun, s'opposer à la production de la preuve.

[12] En définitive, la juge Bélanger ordonne que les conversations interceptées dans le cadre de l'enquête Octane et déjà communiquées aux accusés dans les procédures pénales soient également communiquées aux avocats et experts participant à l'instance civile. Ces conversations devront toutefois être filtrées pour protéger le droit à la vie privée des tiers complètement étrangers au litige.

B. *Arrêts de la Cour d'appel (2012 QCCA 2265 (CanLII) et 2012 QCCA 2266 (CanLII))*

[13] Dans deux arrêts distincts, les juges Morin, Rochon et Vézina de la Cour d'appel refusent de réexaminer le bien-fondé de la décision de première instance, concluant que l'art. 29 *C.p.c.*, qui permet l'appel de décisions interlocutoires, ne s'applique pas en l'espèce. De plus, souligne la cour, il est de jurisprudence constante qu'un jugement rejetant une objection à la preuve n'est en principe pas appealable, et l'ordonnance contestée, qui repose à la fois

on the *Code of Civil Procedure*, the *Criminal Code* and the *Competition Act*, had been made at a stage prior to the presentation of evidence. The Court of Appeal accordingly dismissed the motions for leave to appeal.

IV. Issues and Positions of the Parties

A. *Issues*

[14] The appeals before this Court raise two issues. First, the Court must rule on the validity of an order, made in the course of civil proceedings, for disclosure of a series of communications that had been intercepted for the purposes of a criminal investigation. More specifically, the Court must decide whether there is any reason why the communications intercepted by the state in the course of the Octane investigation should not be disclosed to the parties to the civil proceedings. Second, the Court must rule on the constitutionality of art. 402 *C.C.P.*, on which the motion judge's order was based. In this regard, the Chief Justice stated the following question on September 23, 2013:

Does art. 402 of the *Code of Civil Procedure* . . . apply constitutionally having regard to the legislative authority of Parliament under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

[15] In the alternative, the appellants ask the Court to decide whether the Court of Appeal erred in refusing to grant them leave to appeal Bélanger J.'s decision. Since this Court has jurisdiction to hear the appeal on the merits under its enabling legislation (*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1)), we are of the opinion that it is not necessary to answer this question (see H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2014* (2013), at pp. 83-84).

B. *Positions of the Parties*

[16] The appellants generally argue that disclosure of the intercepted private communications would be inconsistent with the provisions of the *Criminal Code* and the *Competition Act* and that, as a result,

sur le *Code de procédure civile*, le *Code criminel* et la *Loi sur la concurrence*, à été rendue à une étape préalable à la présentation de la preuve. La Cour d'appel rejette en conséquence les requêtes pour permission d'appeler.

IV. Questions en litige et thèses des parties

A. *Les questions en litige*

[14] Les pourvois dont notre Cour est saisie soulèvent deux questions. Premièrement, la Cour doit se prononcer sur la validité d'une ordonnance requérant, dans le cadre d'une instance civile, la communication d'une série de conversations interceptées pour les besoins d'une enquête pénale. Plus exactement, la Cour doit décider s'il existe un empêchement à la communication, aux parties à l'instance civile, des conversations interceptées par l'État durant l'enquête Octane. Deuxièmement, la Cour doit statuer sur la constitutionnalité de l'art. 402 *C.p.c.*, sur lequel est fondée l'ordonnance rendue en première instance. À cet effet, la Juge en chef a formulé, le 23 septembre 2013, la question suivante :

L'article 402 du *Code de procédure civile* [. . .] s'applique-t-il constitutionnellement au regard de l'autorité législative que confère au Parlement le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[15] Subsidiairement, les appelants demandent à la Cour de décider si la Cour d'appel a commis une erreur en refusant de les autoriser à faire appel de la décision de la juge Bélanger. Comme notre Cour a compétence à l'égard de l'appel sur le fond en vertu de sa loi constitutive (*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, par. 40(1)), nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire de répondre à cette question (voir H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 2014* (2013), p. 83-84).

B. *Les thèses des parties*

[16] De façon générale, les appelants prétendent que la communication des conversations privées interceptées est incompatible avec les dispositions du *Code criminel* et de la *Loi sur la concurrence*. En

art. 402 *C.C.P.* cannot serve as a basis for their disclosure.

[17] The appellants Couche-Tard et al. state, first, that electronic surveillance is the most serious violation of the right to privacy and that such a violation is exacerbated if the recording is subsequently disclosed. According to them, s. 193 *Cr. C.* lays down a rule of strict confidentiality that is subject to a few exceptions, listed exhaustively in s. 193(2) and (3). In their view, the purpose of all these exceptions is to fight crime, which is the government objective that justified interception in the first place. Second, according to Couche-Tard et al., an interpretation consistent with the modern approach to statutory interpretation and with this Court's decision in *Michaud* leads necessarily to the conclusion that Part VI *Cr. C.* does not give private litigants a right of access to information from wiretaps. Finally, the words of s. 29 of the *Competition Act* confirm the confidential nature of wiretap information and do not permit its disclosure.

[18] As for the appellant Imperial Oil, it submits that the motion of the respondents Jacques *et al.* constitutes an unlawful application for authorization to intercept private communications that would enable them to put together evidence they could not have obtained otherwise. The class action based on art. 1457 *C.C.Q.* and s. 36 of the *Competition Act* is civil in nature. Its purpose is to obtain reparation for pecuniary damage, not to suppress crime as is the case with Part VI *Cr. C.* Moreover, Imperial Oil argues that s. 193(2)(a) applies only to parties that are lawfully in possession of intercepted private communications, which means that Part VI *Cr. C.* cannot have the purpose or effect of giving a party to civil proceedings a right of access to private communications intercepted by the state. Imperial Oil also argues that it is an “innocent person”, because no criminal charges have been laid against it. It adds that the public interest in protecting the innocent may preclude access to evidence in the context of civil proceedings. Finally, it submits that ss. 36(2) and 29 of the *Competition Act* cannot serve as a

conséquence, l'art. 402 *C.p.c.* ne peut en autoriser la communication.

[17] Les appelants Couche-Tard et autres indiquent en premier lieu que l'écoute électronique constitue l'atteinte la plus grave au droit à la vie privée — atteinte qui est exacerbée lorsque l'enregistrement est par la suite divulgué. En effet, selon eux, l'art. 193 *C. cr.* énonce une règle stricte de confidentialité, assortie de quelques exceptions énumérées de manière exhaustive aux par. 193(2) et (3). Couche-Tard et autres sont d'avis que toutes ces exceptions visent l'objectif de la lutte contre la criminalité, soit l'objectif étatique qui a justifié l'interception à l'origine. En second lieu, soulignent Couche-Tard et autres, une interprétation conforme à la méthode moderne d'interprétation des lois et à l'arrêt *Michaud* de notre Cour force à conclure que la partie VI *C. cr.* n'établit aucun droit d'accès aux fruits de l'écoute électronique en faveur d'un justiciable privé. Finalement, le libellé de l'art. 29 de la *Loi sur la concurrence* confirme la nature confidentielle de l'écoute électronique et n'en permet pas la divulgation.

[18] Pour sa part, l'appelante Pétrolière Impériale soutient que la requête des intimés Jacques et autres constitue une demande illégale d'autorisation d'intercepter des communications privées, mesure qui leur permettrait de se constituer une preuve qu'ils n'auraient pu obtenir autrement. En effet, le recours collectif fondé sur l'art. 1457 *C.c.Q.* et l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* possède un caractère civil. Il vise à réparer un dommage pécuniaire, et non à réprimer le crime comme la partie VI *C. cr.* De plus, selon Pétrolière Impériale, l'al. 193(2)a) ne s'applique qu'aux parties qui sont légalement en possession des communications privées interceptées. En conséquence, la partie VI *C. cr.* ne peut avoir pour objet ou pour effet d'accorder à une partie à un litige civil un droit d'accès aux communications privées interceptées par l'État. Au surplus, Pétrolière Impériale plaide qu'elle est une « personne innocente », puisqu'aucune accusation criminelle n'a été portée contre elle. Elle ajoute que l'intérêt public relatif à la protection des personnes innocentes peut représenter un obstacle à

basis for compelling the Competition Bureau to disclose the wiretap information.

[19] Generally speaking, the respondents counter that no rule of federal law prohibits the disclosure of intercepted communications that are considered relevant under provincial law. In this regard, the Attorney General of Quebec (“AGQ”) and the DPP, who are also respondents, essentially support the position taken by the respondents Jacques et al. However, the intervener Attorney General of Ontario (“AGO”) stresses the importance of regulating and controlling the disclosure process and the scope of any disclosure.

[20] The respondents Jacques et al. note that Part VI *Cr. C.* protects privacy, but also provides that one’s privacy can be invaded if the invasion serves the public interest in ensuring that justice is done. In their view, although communications may be intercepted only in pursuit of the purpose of fighting crime, intercepted communications may be disclosed in a wider range of circumstances that are already specified in the *Criminal Code*. Moreover, they argue that s. 193(2)(a) *Cr. C.* and s. 29 of the *Competition Act* are not the source of a right to disclosure of wiretap information. Rather, the right in the instant case is provided for in art. 402 *C.C.P.* As to the violation relied on by the appellants, the respondents Jacques et al. state that action has been taken to limit disclosure and to preclude premature or unnecessary disclosure. Finally, concerning Imperial Oil’s argument that it is an innocent third party, they submit that the Superior Court did not err in refusing to grant it that status. As Bélanger J. stated, the third party concept must be interpreted in the context of the civil proceedings in which the disclosure of the documents is sought.

[21] The DPP submits that, if interpreted applying the modern approach to statutory construction,

l’accès à des éléments de preuve dans le contexte d’une instance civile. Enfin, elle prétend que le par. 36(2) et l’art. 29 de la *Loi sur la concurrence* ne permettent pas de contraindre le Bureau de la concurrence à communiquer les fruits de l’écoute électronique.

[19] Globalement, les intimés affirment au contraire qu’aucune règle de droit fédérale n’interdit la communication de conversations interceptées lorsque celles-ci sont jugées pertinentes en vertu du droit provincial. À cet égard, le procureur général du Québec (« PGQ ») et le DPP, également intimés, appuient pour l’essentiel la thèse des intimés Jacques et autres. L’intervenant le procureur général de l’Ontario (« PGO ») insiste toutefois sur l’importance d’encadrer et de contrôler le processus de communication et la portée de celle-ci.

[20] Les intimés Jacques et autres rappellent que la partie VI *C. cr.* protège la vie privée tout en permettant à ce qu’il y soit porté atteinte, et ce, dans l’intérêt du public à ce que justice soit rendue. À leur avis, bien qu’une communication ne puisse être interceptée que dans la poursuite de l’objectif de la lutte contre la criminalité, la divulgation de communications interceptées est permise dans un éventail plus large de circonstances déjà prévues au *Code criminel*. Par ailleurs, ils soutiennent que l’al. 193(2)a) *C. cr.* et l’art. 29 de la *Loi sur la concurrence* ne constituent pas la source d’un droit permettant d’obtenir la communication des fruits de l’écoute électronique. En l’espèce, c’est plutôt l’art. 402 *C.p.c.* qui crée un tel droit. En ce qui concerne l’atteinte invoquée par les appelants, les intimés Jacques et autres précisent que des mesures ont été mises en place pour limiter la communication et pour éviter qu’elle soit prématurée ou superflue. Finalement, à propos de l’argument de Pétrolière Impériale selon lequel elle serait un tiers innocent, ils plaident que la Cour supérieure n’a pas commis d’erreur en refusant de lui reconnaître ce statut. Comme l’a indiqué la juge Bélanger, la notion de tiers doit s’interpréter par rapport à l’instance civile au cours de laquelle la communication des documents est demandée.

[21] Pour sa part, le DPP affirme que, suivant la méthode moderne d’interprétation des lois, l’al.

s. 193(2)(a) *Cr. C.* allows for the disclosure of private communications to a litigant for the purpose of giving evidence in civil proceedings. He adds that s. 29 of the *Competition Act* does not preclude the disclosure of such communications either. Moreover, he considers it wrong to liken the disclosure of a private communication to a second interception under Part VI *Cr. C.*: interception and disclosure are distinct concepts. The DPP responds to the arguments of the appellant Imperial Oil by stating that, even if Imperial Oil could be considered an “innocent third party”, which is not the case, that would not make the exemption provided for in s. 193(2)(a) inapplicable, but would merely be one factor to consider in deciding whether to order disclosure. The DPP further notes that s. 193(2)(a) does not differentiate between an intercepted private communication that involves an “innocent” person and one that does not. Nor does the relevance of a private communication depend on the status of any of those involved in the communication.

[22] The AGQ agrees with the DPP and the other respondents that a court hearing a civil case can authorize the disclosure of wiretap evidence. Article 402 *C.C.P.* allows this at the pretrial stage as long as the evidence is relevant and furthers the truth-seeking process. However, the AGQ points out that such a disclosure remains subject to the discretion of the court, which will determine the extent and conditions of the disclosure by considering the various interests at stake. Regarding s. 193(2)(a), the AGQ considers the interpretation proposed by the appellants to be unduly narrow. Although the interception of private communications must serve the purpose of fighting crime, the same is not true of the subsequent disclosure of information resulting from that interception. Furthermore, the AGQ submits that the motion judge’s order struck an appropriate balance between the right to privacy and the parties’ right to a fair trial. It also ensured proportionality between the purposes of the statutory provision and the protection of the values of the *Canadian Charter* and the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12. Finally, the AGQ asserts that Bélanger J. was right to find that Imperial Oil

193(2)a) *C. cr.* autorise la communication de conversations privées à un justiciable aux fins de déposition dans des poursuites civiles. D’après le DPP, l’art. 29 de la *Loi sur la concurrence* n’empêche pas non plus une telle communication. Par ailleurs, il estime qu’il est incorrect d’assimiler la communication d’une conversation privée à une seconde interception fondée sur la partie VI *C. cr.* : l’interception et la communication sont des notions distinctes. En réponse aux arguments de l’appelante Pétrolière Impériale, le DPP ajoute que même si cette dernière pouvait être considérée comme un « tiers innocent », ce qui n’est pas le cas, cette situation ne constituerait pas un obstacle à l’application de l’exemption prévue à l’al. 193(2)a), mais uniquement un facteur à considérer pour décider si la communication doit être ordonnée. Le DPP souligne également que l’al. 193(2)a) ne fait pas de distinctions selon que les communications privées interceptées concernent une personne « innocente » ou non. De même, la notion de pertinence d’une communication privée ne dépend pas du statut de l’un ou de l’autre des interlocuteurs à la conversation.

[22] À l’instar du DPP et des autres intimés, le PGQ exprime l’avis qu’un tribunal siégeant en matière civile peut autoriser la communication d’éléments de preuve découlant d’activités d’écoute électronique. L’article 402 *C.p.c.* le permet à l’étape des procédures préalables à l’instruction, dans la mesure où l’élément de preuve est pertinent et s’inscrit dans le processus de la recherche de la vérité. Le PGQ rappelle toutefois que cette communication demeure assujettie au pouvoir discrétionnaire du tribunal, qui en détermine l’étendue et les modalités, en soupesant les divers intérêts en jeu. Quant à l’al. 193(2)a), l’interprétation que proposent les appelants est trop restrictive selon le PGQ. Bien que l’interception d’une communication privée doive être faite dans la poursuite de l’objectif de lutte contre la criminalité, il n’en est pas ainsi pour la communication ultérieure des fruits de cette interception. Par ailleurs, d’après le PGQ, l’ordonnance rendue par la juge de première instance respecte un juste équilibre entre le droit à la vie privée et le droit des parties à un procès équitable. De même, elle assure la proportionnalité entre les objets de la disposition législative et la protection des valeurs

is not an innocent third party and therefore does not have more rights than its co-defendants.

[23] The AGO proposes a conservative interpretation of s. 193(2)(a) *Cr. C.* that takes into account not only the purpose of Part VI, but also the need for consistency with other important imperatives, including the search for truth. Section 193(2)(a) provides for the possibility of disclosing, at the exploratory stage of civil proceedings, communications intercepted by the state. However, the disclosure must be limited to situations contemplated in applicable legislation and common law rules, interpreted in a manner consistent with Part VI. Where intercepted communications are in the possession of a party to the proceedings — such as the defendants in this case who have also been charged in the criminal proceedings — the request for disclosure should be made directly to that party and should take place within the framework established by the Ontario Court of Appeal in *P. (D.) v. Wagg* (2004), 71 O.R. (3d) 229, in 2004. Where the state is in sole possession of the intercepted communications, on the other hand, the burden of justifying the application for disclosure should be much heavier.

V. Analysis

A. *Disclosure of Evidence at the Exploratory Stage*

[24] Nearly 20 years ago, Cory J. observed that “[t]he ultimate aim of any trial, criminal or civil, must be to seek and to ascertain the truth” (*R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197, at para. 13). Although the parallel objectives of proportionality and efficiency have become increasingly important in the civil procedure context, seeking the truth remains the cardinal principle in civil proceedings (see P. Tessier, “La vérité et la justice” (1988), 19 *R.G.D.* 29, at p. 32; C. Marseille, *La règle de la pertinence en droit de la preuve civile québécois* (2004), at p. 3). Informed by this objective, the rules of the

de la *Charte* canadienne et de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, ch. C-12. Enfin, le PGQ affirme que la juge Bélanger a eu raison de conclure que Pétrolière Impériale n’est pas un tiers innocent et que, pour cette raison, elle ne possède pas plus de droits que ses codéfendeurs.

[23] Pour sa part, le PGO propose une interprétation conservatrice de l’al. 193(2)a) *C. cr.* qui tient compte non seulement de l’objet de la partie VI, mais également du respect d’autres impératifs importants, telle la recherche de la vérité. L’alinéa 193(2)a) ouvre la possibilité que soient communiquées, au cours de la phase exploratoire d’une instance civile, des conversations interceptées par l’État. Toutefois, la communication doit être limitée aux situations envisagées par la loi ou les principes de common law applicables, interprétés en conformité avec la partie VI. Lorsqu’une partie au litige est en possession de communications interceptées — comme c’est le cas des défendeurs en l’espèce qui sont par ailleurs accusés au criminel —, la demande de communication devrait leur être adressée directement et être circonscrite au moyen du cadre établi dans l’arrêt *P. (D.) c. Wagg* (2004), 71 O.R. (3d) 229, par la Cour d’appel de l’Ontario en 2004. Par ailleurs, si l’État est seul à posséder des communications interceptées, le fardeau de justification de la demande de communication devrait être beaucoup plus exigeant.

V. Analyse

A. *La communication de la preuve durant la phase exploratoire*

[24] Il y a de cela près de 20 ans, le juge Cory rappelait que « [l]’objectif ultime d’un procès, criminel ou civil, doit être la recherche et la découverte de la vérité » (*R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197, par. 13). Sous réserve du respect des objectifs parallèles de proportionnalité et d’efficacité, dont l’importance croît dans le cadre de la procédure civile, la recherche de la vérité demeure le principe cardinal de la conduite de l’instance civile (voir P. Tessier, « La vérité et la justice » (1988), 19 *R.G.D.* 29, p. 32; C. Marseille, *La règle de la pertinence en droit de la preuve civile québécois* (2004), p. 3).

law of evidence in civil matters allow judges “to find out the truth, and to do justice according to law” (*Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, at p. 666, quoting *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55 (C.A.), at p. 63).

[25] Although the power of judges to intervene in the conduct of civil proceedings has become increasingly broad, judges generally do not play an active part in the search for truth (L. Ducharme and C.-M. Panaccio, *L’administration de la preuve* (4th ed. 2010), at p. 7; *Technologie Labtronix Inc. v. Technologie Micro Contrôle Inc.*, [1998] R.J.Q. 2312 (C.A.), at p. 2325). In an accusatory and adversarial system, the delicate task of bringing the truth to light falls first and foremost to the parties (see art. 2803 *C.C.Q.*; arts. 76 and 77 *C.C.P.*). In this context in which the objective of seeking the truth remains the priority, the Quebec legislature has established general rules of evidence to govern and facilitate this process, which remains under the control of the parties (see L. Ducharme, “Rapports canadiens — première partie: la vérité et la législation sur la procédure civile en droit québécois”, in *Travaux de l’Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, vol. 38, *La vérité et le droit — Journées canadiennes* (1987), 657).

[26] The pre-trial “exploratory” stage, which is a key time for this search in court for the truth, facilitates the disclosure of evidence that might enable the parties to establish the truth of the facts they allege (J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at pp. 485 and 493; J.-L. Baudouin, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve: Étude de Droit Québécois comparé au Droit Français et à la Common-Law* (1965), at p. 173; see also *Blaikie v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1990] R.D.J. 473, at pp. 476-77). This stage enables each of the parties [TRANSLATION] “to be better informed of the facts of the case and, more specifically, of the opposite party’s evidence” (Ducharme and Panaccio, at p. 365). In the early 2000s, the committee established to reform Quebec civil procedure gave a more precise description of the “communication of exhibits” stage, stating that

Guidé par cet objectif, le régime juridique de la preuve civile permet au juge « de découvrir [cette] vérité et de rendre justice conformément à la loi » (*Frenette c. Métropolitaine (La), cie d’assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, p. 666, citant *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55 (C.A.), p. 63).

[25] Même si les pouvoirs d’intervention du juge dans la conduite de l’instance civile sont devenus de plus en plus importants, en règle générale, ce dernier ne participe pas activement à la recherche de la vérité (L. Ducharme et C.-M. Panaccio, *L’administration de la preuve* (4^e éd. 2010), p. 7; *Technologie Labtronix Inc. c. Technologie Micro Contrôle Inc.*, [1998] R.J.Q. 2312 (C.A.), p. 2325). En effet, dans un système accusatoire et contradictoire, la délicate tâche de faire apparaître la vérité revient d’abord et avant tout aux parties (voir art. 2803 *C.c.Q.*; art. 76 et 77 *C.p.c.*). Dans ce contexte, où l’objectif de recherche de vérité continue de primer, le législateur québécois a instauré un régime général de preuve destiné à encadrer et à faciliter la mise en œuvre de ce processus dont les parties demeurent les maîtres (voir L. Ducharme, « Rapports canadiens — première partie : la vérité et la législation sur la procédure civile en droit québécois », dans *Travaux de l’Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, t. 38, *La vérité et le droit — Journées canadiennes* (1987), 657).

[26] Période névralgique dans cette quête de la vérité au prétoire, la phase « exploratoire » précédant l’audition favorise la communication des éléments de preuve susceptibles de permettre aux parties d’établir la véracité des faits qu’elles allèguent (J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4^e éd. 2008), p. 485 et 493; J.-L. Baudouin, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve : Étude de Droit Québécois comparé au Droit Français et à la Common-Law* (1965), p. 173; voir aussi *Blaikie c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1990] R.D.J. 473, p. 476-477). Cette phase permet à chacune des parties « d’être mieux informé[e]s sur les faits en litige et, plus spécialement, sur les moyens de preuve dont dispose la partie adverse » (Ducharme et Panaccio, p. 365). Décrivant de manière plus précise encore l’étape de la communication des pièces, le comité chargé

it [TRANSLATION] “favours the transparency of proceedings and the accountability of parties and counsel. It also favours admissions, allows the issues to be defined quickly and facilitates transactions” (Civil Procedure Review Committee, D. Ferland (Chair), *Rapport du Comité de révision de la procédure civile: une nouvelle culture judiciaire* (2001), at p. 138; see also *Frenette*, at pp. 679-80; *Glegg*, at para. 22).

[27] The Quebec legislature, aware of the importance of the exploratory stage in the civil process, had already established a framework for it by enacting a series of rules of general application that empower judges to order the disclosure of documents relating to the issues between the parties. It is these rules, and not, as the appellants argue, the various federal statutes on which they rely, that the parties can use to request the disclosure of documents. In this sense, they form the basis for the “right of access” to information. The rules, which are now codified in c. III of Title V of the *Code of Civil Procedure*, include art. 402, the first paragraph of which reads as follows:

402. If, after defence filed, it appears from the record that a document relating to the issues between the parties is in the possession of a third party, he may, upon summons authorized by the court, be ordered to give communication of it to the parties, unless he shows cause why he should not do so.

[28] The courts have given this article a large and liberal interpretation (Royer and Lavallée, at pp. 487-89; *Autorité des marchés financiers v. Panju*, 2008 QCCA 832, [2008] R.J.Q. 1233; *Fédération des infirmières et infirmiers du Québec v. Hôpital Laval*, 2006 QCCA 1345, [2006] R.J.Q. 2384; *Westfalia Surge Canada Co. v. Ferme Hamelon (JFD) et Fils*, 2005 QCCA 514 (CanLII)). As a result, although judges have great discretion in exercising their power to oversee the application of art. 402, they will generally favour disclosure. In this regard, Proulx J.A. noted in a leading Court of Appeal decision that, [TRANSLATION] “at the stage of examination on discovery both before and after defence,

de réformer la procédure civile québécoise affirmait d’ailleurs, au début des années deux mille, que cette étape « favorise la transparence des débats et la responsabilisation des parties et des procureurs. Elle favorise également les admissions, permet de circonscrire rapidement les questions en litige et facilite les transactions » (Comité de révision de la procédure civile, D. Ferland (prés.), *Rapport du Comité de révision de la procédure civile : une nouvelle culture judiciaire* (2001), p. 138; voir aussi *Frenette*, p. 679-680; *Glegg*, par. 22).

[27] Conscient de l’importance de l’étape exploratoire dans le processus civil, le législateur québécois a eu tôt fait de l’encadrer en édictant une série de règles d’application générale, qui habilite le juge à ordonner la communication de documents relatifs au litige. Contrairement aux prétentions des appelants, ce sont ces règles, et non pas les différentes lois fédérales qu’ils invoquent, qui permettent aux parties de requérir la communication des documents. En ce sens, elles constituent le fondement du « droit d’accès » à l’information. Parmi ces règles, aujourd’hui codifiées au ch. III du titre V du *Code de procédure civile*, mentionnons l’art. 402, dont le premier alinéa est rédigé ainsi :

402. Si, après production de la défense, il appert au dossier qu’un document se rapportant au litige est entre les mains d’un tiers, celui-ci sera tenu d’en donner communication aux parties, sur assignation autorisée par le tribunal, à moins de raisons le justifiant de s’y opposer.

[28] Les tribunaux ont donné une interprétation large et libérale à cet article (Royer et Lavallée, p. 487-489; *Autorité des marchés financiers c. Panju*, 2008 QCCA 832, [2008] R.J.Q. 1233; *Fédération des infirmières et infirmiers du Québec c. Hôpital Laval*, 2006 QCCA 1345, [2006] R.J.Q. 2384; *Westfalia Surge Canada Co. c. Ferme Hamelon (JFD) et Fils*, 2005 QCCA 514 (CanLII)). Ainsi, bien que le juge jouisse d’une grande discrétion dans l’exercice de son pouvoir de contrôle de l’application de l’art. 402, il favorisera généralement la communication. À ce propos, dans un arrêt de principe de la Cour d’appel, le juge Proulx soulignait que, « au stade de l’interrogatoire préalable,

the fullest possible disclosure of evidence should be favoured” (*Westinghouse Canada Inc. v. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735 (“*Arkwright*”), at p. 2741; see also *Lac d’Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743, at para. 60; *Frenette*, at p. 680; *Communauté urbaine de Montréal v. Chubb du Canada compagnie d’assurances*, [1998] R.J.Q. 759 (“*Chubb*”), at p. 764). With respect to the exploratory stage, these words still seem relevant.

[29] Although the right to disclosure granted to each of the parties to a civil proceeding must be understood broadly, it is nevertheless not unlimited. First, as we will see below, the scope of disclosure must sometimes be limited to avoid harming the interests of third parties. Second, it should be mentioned that under art. 402, para. 1 *C.C.P.*, the court may refuse to order a third party to disclose documents in his or her possession if that party “shows cause why he should not do so”. In exercising its discretion, the court may consider, *inter alia*, the relevance of the documents to the issues between the parties, the extent to which the privacy of a party or of a third party to the proceedings is invaded and the importance of remaining sensitive to the duty to protect a person’s privacy that flows from the *Charter of human rights and freedoms* (s. 5) and the *Civil Code of Québec* (arts. 35 and 36).

[30] Thus, disclosure can be objected to if the documents sought in the motion are not relevant to the issues between the parties (D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4th ed. 2003), vol. 1, at p. 629). Although the courts seem to be more cautious when assessing the relevance of confidential documents, the concept of relevance is generally interpreted broadly at the exploratory stage of the proceedings (*Glegg*, at para. 23; *Kruger Inc. v. Kruger*, [1987] R.D.J. 11 (C.A.), at p. 17; *Industries GDS inc. v. Carbotech inc.*, 2005 QCCA 655 (CanLII); see also Royer and Lavallée, at pp. 490-91; S. Grammond, “La justice secrète: information confidentielle et procès civil”

tant avant qu’après défense, il y a lieu de favoriser la divulgation la plus complète de la preuve » (*Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735 (« *Arkwright* »), p. 2741; voir aussi *Lac d’Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, par. 60; *Frenette*, p. 680; *Communauté urbaine de Montréal c. Chubb du Canada compagnie d’assurances*, [1998] R.J.Q. 759 (« *Chubb* »), p. 764). Relativement au rôle de la phase exploratoire, ces propos nous semblent toujours pertinents.

[29] Cependant, s’il doit être entendu de manière large, le droit à la communication dont dispose chacune des parties à une instance civile n’est pas pour autant illimité. D’une part, comme nous le verrons plus loin, l’étendue de la communication doit parfois être restreinte pour éviter qu’il soit porté atteinte aux intérêts de tiers. D’autre part, il importe de préciser que, aux termes de l’art. 402, al. 1 *C.p.c.*, le tribunal peut refuser d’ordonner la communication de documents en possession d’un tiers s’il existe des « raisons le justifiant de s’y opposer ». Dans l’exercice de sa discrétion, le tribunal pourra considérer, entre autres, la pertinence des documents à l’égard du litige, le degré d’atteinte à la vie privée d’une partie ou d’un tiers au litige et l’importance de demeurer sensible au devoir de protéger la vie privée prévu par la *Charte des droits et libertés de la personne* (art. 5) et le *Code civil du Québec* (art. 35 et 36).

[30] Ainsi, il est possible de s’opposer à la communication si les documents faisant l’objet de la requête ne sont pas pertinents à l’égard du litige (D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4^e éd. 2003), vol. 1, p. 629). Quoique les tribunaux semblent plus prudents au moment d’évaluer la pertinence de documents de nature confidentielle, le concept de pertinence s’apprécie généralement de manière large au cours de la phase exploratoire de l’instance (*Glegg*, par. 23; *Kruger Inc. c. Kruger*, [1987] R.D.J. 11 (C.A.), p. 17; *Industries GDS inc. c. Carbotech inc.*, 2005 QCCA 655 (CanLII); voir aussi Royer et Lavallée, p. 490-491; S. Grammond, « La justice secrète : information

(1996), 56 *R. du B.* 437, at pp. 457-58). To be relevant, the requested document must relate to the issues between the parties, be useful and be likely to contribute to resolving the issues (*Glegg*, at para. 23; *Arkwright*, at p. 2741; *Chubb*, at p. 762; *Westfalia Surge Canada Co.*; *Autorité des marchés financiers*; *Fédération des infirmières et infirmiers du Québec*).

[31] This relevance requirement ensures that the parties do not conduct “fishing expeditions”. It also ensures that the conduct of the proceedings is not delayed, complicated or even jeopardized by the introduction of evidence that does not assist in establishing the rights being claimed (see *Royer and Lavallée*, at p. 487; *Marseille*, at pp. 1 and 21). In this sense, the relevance rule is a procedural balancing rule that ensures the efficiency of the judicial process while facilitating the search for truth.

[32] In the instant case, Bélanger J. found that the evidence requested by the respondents was relevant. There is nothing in the record to cast doubt on that finding. It is clear that the recordings in question, whether transcribed or not, are indeed “document[s]” within the meaning of art. 402 *C.C.P.* (*Ducharme and Panaccio*, at pp. 428 and 455; see also *Corporation de financement commercial Trans-amérique Canada v. Beaudoin*, [1995] R.D.J. 633 (C.A.)). Moreover, and particularly to the extent that the plaintiffs in the action in the instant case are trying to show that there was collusion among the defendants, there is every reason to believe that the recordings sought in the motion will be useful for the conduct of the proceedings.

[33] Under art. 402 *C.C.P.*, an objection to disclosure can also be based on an immunity from disclosure that is either provided for in legislation or established by the courts (see *Ducharme and Panaccio*, at pp. 426-27; *Union Canadienne, compagnie d’assurance v. St-Pierre*, 2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340, at para. 21; *Goulet v. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085 (C.A.); see also *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R.

confidentielle et procès civil » (1996), 56 *R. du B.* 437, p. 457-458). Pour être pertinent, le document demandé doit se rapporter au litige, être utile et être susceptible de faire avancer le débat (*Glegg*, par. 23; *Arkwright*, p. 2741; *Chubb*, p. 762; *Westfalia Surge Canada Co.*; *Autorité des marchés financiers*; *Fédération des infirmières et infirmiers du Québec*).

[31] Cette obligation de pertinence empêche les parties de se livrer à une « recherche à l’aveuglette ». Elle permet d’éviter que le bon déroulement de l’instance soit ralenti, compliqué ou même compromis par l’introduction d’éléments inutiles pour établir l’existence des droits invoqués (voir *Royer et Lavallée*, p. 487; *Marseille*, p. 1 et 21). En ce sens, la règle de la pertinence représente une règle d’équilibre procédural qui tend à assurer l’efficacité du processus judiciaire, tout en facilitant la quête de la vérité.

[32] En l’espèce, la juge Bélanger a conclu que les éléments de preuve sollicités par les intimés sont pertinents. Rien dans le dossier ne permet de remettre en cause cette conclusion. D’une part, qu’ils aient été transcrits ou non, il est clair que les enregistrements en question constituent bel et bien des « document[s] » au sens de l’art. 402 *C.p.c.* (*Ducharme et Panaccio*, p. 428 et 455; voir aussi *Corporation de financement commercial Trans-amérique Canada c. Beaudoin*, [1995] R.D.J. 633 (C.A.)). D’autre part, particulièrement dans la mesure où les demandeurs dans le recours entrepris en l’espèce cherchent à démontrer qu’il y a eu collusion entre les défendeurs, il y a tout lieu de croire que les enregistrements visés par la requête seront utiles pour la conduite de l’instance.

[33] Pour l’application de l’art. 402 *C.p.c.*, l’opposition à la communication peut également reposer sur une immunité de divulgation de source légale ou prétorienne (voir *Ducharme et Panaccio*, p. 426-427; *Union Canadienne, compagnie d’assurance c. St-Pierre*, 2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340, par. 21; *Goulet c. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085 (C.A.); voir aussi *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Seaboyer*, [1991]

670; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577). The appellants argue that such exceptions exist under the *Competition Act* and the *Criminal Code*. For the reasons that follow, we are not persuaded by this argument.

B. *The Provisions and Principles Relied On by the Appellants Are Not Valid Grounds for Objecting to Disclosure of the Recordings*

[34] The appellants submit that disclosure is precluded by ss. 29 and 36 of the *Competition Act*, and by s. 193 *Cr. C.* The appellant Imperial Oil adds that its “innocent third party” status prohibits any disclosure of recordings about it. We will now consider these various grounds for objecting to disclosure of the requested information.

(1) *Competition Act*

[35] The appellants argue that s. 29 of the *Competition Act* confirms that the recordings of intercepted private communications are confidential, and that this section cannot be applied to require the Competition Bureau to disclose the results of its electronic surveillance. They add that s. 36 creates no right to disclosure. Finally, according to the appellant Imperial Oil, although s. 36(2) provides that evidence given in criminal proceedings that resulted in conviction can be evidence in an action under s. 36, Bélanger J.’s order should have drawn a distinction between the defendants in the civil action that had been convicted in the criminal proceedings and those that had not been.

[36] These arguments must fail. As we explained above, disclosure of the intercepted private communications was ordered not under s. 36 of the *Competition Act* but under art. 402 *C.C.P.* As for s. 29, it provides for confidentiality of the Competition Bureau’s record of investigation, and in particular

2 R.C.S. 577). Les appelants plaident que la *Loi sur la concurrence* et le *Code criminel* créent de telles exceptions. Pour les raisons qui suivent, cet argument ne nous convainc pas.

B. *Les textes et principes invoqués par les appelants ne constituent pas une source valide d’opposition à la communication des enregistrements*

[34] Pour s’opposer à la communication, les appelants invoquent les art. 29 et 36 de la *Loi sur la concurrence*, ainsi que l’art. 193 *C. Cr.* L’appelante Pétrolière Impériale ajoute pour sa part que son statut de « tiers innocent » interdit toute communication des enregistrements la concernant. Nous examinerons maintenant ces différentes sources d’opposition à la communication des renseignements demandés.

(1) *La Loi sur la concurrence*

[35] Les appelants prétendent que l’art. 29 de la *Loi sur la concurrence* confirme la nature confidentielle des enregistrements de communications privées interceptées et que cette disposition ne peut être invoquée pour exiger du Bureau de la concurrence la communication du produit de ses activités d’écoute électronique. Par ailleurs, ils ajoutent que l’art. 36 n’établit aucun droit à la communication. Enfin, l’appelante Pétrolière Impériale souligne que le par. 36(2) précise que la preuve fournie lors de procédures pénales ayant mené à une déclaration de culpabilité peut constituer une preuve dans le cadre d’un recours fondé sur l’art. 36, mais avance que l’ordonnance de la juge Bélanger aurait dû faire une distinction entre les défendeurs au recours civil qui ont été reconnus coupables au pénal et ceux qui ne l’ont pas été.

[36] Ces moyens doivent être rejetés. Comme nous l’avons expliqué précédemment, ce n’est pas en vertu de l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* que la communication des conversations privées interceptées a été ordonnée, mais bien sur le fondement de l’art. 402 *C.p.c.* L’article 29, quant à lui, énonce

of the types of information referred to in s. 29(1)(a) to (e):

29. (1) No person who performs or has performed duties or functions in the administration or enforcement of this Act shall communicate or allow to be communicated to any other person except to a Canadian law enforcement agency or for the purposes of the administration or enforcement of this Act

(a) the identity of any person from whom information was obtained pursuant to this Act;

(b) any information obtained pursuant to section 11, 15, 16 or 114;

(c) whether notice has been given or information supplied in respect of a particular proposed transaction under section 114;

(d) any information obtained from a person requesting a certificate under section 102; or

(e) any information provided voluntarily pursuant to this Act.

[37] Private communications intercepted under Part VI *Cr. C.* are not among the types of information referred to in s. 29(1)(a) to (e), so s. 29 does not prohibit their disclosure. In our opinion, the same is true of s. 193 *Cr. C.*

(2) Criminal Code — Section 193(2)(a)

[38] Section 193 *Cr. C.* is found in Part VI, which is entitled “Invasion of Privacy”. This Court has already discussed Part VI in *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, *Michaud, R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at para. 24, and, more recently, *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3 (particularly at paras. 22-31 and 73).

[39] Part VI, which is a result of legislative amendments made to the *Criminal Code* in 1974 to fill a legal vacuum in privacy protection (*Tse*, at para. 24),

la confidentialité du dossier d’enquête constitué par le Bureau de la concurrence, particulièrement des catégories de renseignements mentionnées aux al. (1)a) à e) :

29. (1) Il est interdit à quiconque exerce ou a exercé des fonctions dans le cadre de l’application ou du contrôle d’application de la présente loi de communiquer ou de permettre que soient communiqués à une autre personne, sauf à un organisme canadien chargé du contrôle d’application de la loi ou dans le cadre de l’application ou du contrôle d’application de la présente loi :

a) l’identité d’une personne de qui des renseignements ont été obtenus en application de la présente loi;

b) l’un quelconque des renseignements obtenus en application de l’article 11, 15, 16 ou 114;

c) quoi que ce soit concernant la question de savoir si un avis a été donné ou si des renseignements ont été fournis conformément à l’article 114 à l’égard d’une transaction proposée;

d) tout renseignement obtenu d’une personne qui demande un certificat conformément à l’article 102;

e) des renseignements fournis volontairement dans le cadre de la présente loi.

[37] Les conversations privées interceptées en vertu de la partie VI *C. cr.* ne font pas partie des éléments mentionnés aux al. 29(1)a) à e). L’article 29 n’en interdit donc pas la communication. Il en va de même, à notre avis, de l’art. 193 *C. cr.*

(2) Le Code criminel — l’al. 193(2)a)

[38] L’article 193 *C. cr.* se trouve à la partie VI intitulée « Atteintes à la vie privée ». Notre Cour s’est déjà penchée sur cette partie du *Code criminel* dans les arrêts *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, *Michaud, R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 24, et plus récemment dans l’arrêt *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3, (particulièrement aux par. 22-31 et 73).

[39] Résultat de modifications législatives apportées au *Code criminel* en 1974 pour combler un vide juridique en matière de protection de la vie privée

“provides a scheme to protect private communications” (*TELUS*, at para. 3). Its purpose is “to offer broad protection for private communications from unauthorized interference by the state” (*ibid.*, at para. 35). Beyond this protection, the function of Part VI is to strike a balance between the protection of privacy and the suppression of crime: it “is directed both to protecting, and to invading, the privacy of the individual” (*Lyons*, at p. 652; *R. v. Welsh* (1977), 15 O.R. (2d) 1 (C.A.), at pp. 7-8). Understood in this way, Part VI is therefore intended to strike “a reasonable balance between the right of individuals to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its responsibilities for law enforcement” (*Duarte*, at p. 45).

[40] The objective here is not to upset the balance made possible by Part VI by placing strict controls on the interception of private communications. Rather, it is to decide whether communications *already intercepted* by the state can be disclosed to individuals who are parties in civil trials in order to serve other legitimate purposes, such as truth-finding, procedural fairness and ensuring the efficiency of the judicial process.

(a) *Section 193: An Offence, Not a Disclosure Mechanism*

[41] Section 184(1) *Cr. C.*, which is found in Part VI, provides that every one who wilfully intercepts a private communication by means of any electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device commits an offence. And s. 193(1) *Cr. C.* lays down the principle that it is unlawful to disclose or use an intercepted private communication without the consent of the originator or the intended recipient of the communication:

193. (1) Where a private communication has been intercepted by means of an electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device without the consent, express or implied, of the originator thereof or of the person intended by the originator thereof to receive it, every one who, without the express consent of the originator thereof or of the person intended by the originator thereof to receive it, wilfully

(*Tse*, par. 24), « [l]a partie VI du *Code* établit un régime de protection des communications privées » (*TELUS*, par. 3). Son objet « consiste à accorder une protection étendue aux communications privées contre les ingérences non autorisées de l’État » (*ibid.*, par. 35). Au-delà de cette protection, la partie VI a pour fonction d’établir un équilibre entre la protection de la vie privée et la répression du crime : elle « vise à la fois à protéger la vie privée des personnes et à permettre d’y porter atteinte » (*Lyons*, p. 652; *R. c. Welsh* (1977), 15 O.R. (2d) 1 (C.A.), p. 7-8). Considérée ainsi, la partie VI vise donc à établir « un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers d’être laissés tranquilles et le droit de l’État de porter atteinte à la vie privée pour s’acquitter de ses responsabilités en matière d’application des lois » (*Duarte*, p. 45).

[40] Il n’est pas question ici de perturber l’équilibre que permet d’établir la partie VI en encadrant de manière stricte l’interception de communications privées. Il s’agit plutôt de décider si des conversations *déjà interceptées* par l’État peuvent être communiquées à des particuliers parties à des procès civils, et ce, pour réaliser d’autres objectifs légitimes, comme la découverte de la vérité, l’équité procédurale et l’efficacité du processus judiciaire.

a) *Article 193 : une infraction, et non un mécanisme de divulgation*

[41] Aux termes du par. 184(1) *C. cr.*, qui figure à la partie VI, commet une infraction quiconque intercepte volontairement une communication privée, au moyen d’un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre. De surcroît, le par. 193(1) *C. cr.* établit le principe selon lequel il est illégal de divulguer ou d’utiliser une communication privée interceptée sans le consentement de son auteur ou du destinataire :

193. (1) Lorsqu’une communication privée a été interceptée au moyen d’un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre sans le consentement, exprès ou tacite, de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, quiconque, selon le cas :

(a) uses or discloses the private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof, or

(b) discloses the existence thereof,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

The common purpose of these provisions is to protect the privacy of Canadians. As this Court stated in *Duarte*, it is hard to imagine a state activity that is more dangerous to privacy than electronic surveillance (p. 43).

[42] At first glance, s. 193(1) *Cr. C.* therefore seems to preclude the disclosure of documents resulting from electronic surveillance. However, since the right to privacy is not absolute, the general prohibition provided for in s. 193(1) is tempered by a series of exemptions set out in s. 193(2) and (3). In particular, s. 193(2)(a) deals with the giving of evidence in civil and criminal proceedings:

(2) [Exemptions] Subsection (1) does not apply to a person who discloses a private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof or who discloses the existence of a private communication

(a) in the course of or for the purpose of giving evidence in any civil or criminal proceedings or in any other proceedings in which the person may be required to give evidence on oath;

[43] By excluding certain well-defined situations from the scope of the prohibition provided for in s. 193(1), these exemptions give a person the right to disclose recordings that otherwise could not be disclosed. But even though s. 193(2) and s. 193(3) allow for such a disclosure, they do not create an actual disclosure mechanism, let alone a right of access. The procedure for seeking *access* to the recordings must therefore derive from another source. Since this case involves civil proceedings brought under s. 36 of the *Competition Act* and art. 1457

a) utilise ou divulgue volontairement tout ou partie de cette communication privée, ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci;

b) en divulgue volontairement l'existence,

sans le consentement exprès de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans.

Ces dispositions ont pour objectif commun de protéger la vie privée des Canadiens. Comme l'a indiqué notre Cour dans *Duarte*, il est difficile de concevoir une activité de l'État qui soit plus dangereuse pour la vie privée que l'écoute électronique (p. 43).

[42] De prime abord, le par. 193(1) *C. cr.* semble donc faire obstacle à la communication de documents résultant de l'écoute électronique. Le droit à la protection de la vie privée n'étant toutefois pas absolu, une série d'exemptions, codifiées aux par. 193(2) et (3), tempèrent l'interdiction générale édictée au par. 193(1). L'alinéa 2a) vise notamment les dépositions au cours de poursuites civiles et pénales :

(2) [Exemptions] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une personne qui divulgue soit tout ou partie d'une communication privée, ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci, soit l'existence d'une communication privée :

a) au cours ou aux fins d'une déposition lors de poursuites civiles ou pénales ou de toutes autres procédures dans lesquelles elle peut être requise de déposer sous serment;

[43] En soustrayant certaines situations bien définies de la portée de l'interdiction créée par le par. 193(1), ces exemptions autorisent une personne à communiquer des enregistrements qui, autrement, ne pourraient l'être. S'ils permettent une telle communication, les par. 193(2) et (3) ne créent toutefois ni un mécanisme de divulgation en soi ni, surtout, un droit d'accès. La procédure permettant *d'accéder* aux enregistrements provient donc nécessairement d'une autre source. Comme nous sommes en présence d'une poursuite civile intentée

C.C.Q., that procedure is the one provided for in art. 402 *C.C.P.*

[44] For this reason, *Michaud*, on which the appellants base their argument, can be distinguished from the case at bar. In that case, the Sûreté du Québec had placed Mr. Michaud under electronic surveillance because it suspected that he had disclosed to the media certain confidential documents concerning the constitutional negotiations leading up to the Charlottetown Accord. In the end, however, no criminal charges had been laid against him. Hoping to pursue an action in damages for an unlawful search, Mr. Michaud applied under s. 187(1)(a)(ii) (now s. 187(1.3)) *Cr. C.* for disclosure of the sealed packet containing the documents that had been filed in support of the application for judicial authorization. He also applied for disclosure of the recordings themselves. Section 187(1)(a)(ii) gave *accused persons* automatic access to the sealed packet in criminal proceedings, and the Court had to decide whether a target of electronic surveillance against whom criminal charges had not been laid was entitled to that same automatic access.

[45] A majority of the Court held that a non-accused target could not claim automatic access to the sealed packet, but would have to make a preliminary showing that indicated that the initial authorization had been obtained in an unlawful manner. The Court added that, “outside a criminal proceeding, the *Code* does not provide a former surveillance target with any avenue for disclosure of the recording materials” (para. 62). The appellants rely heavily on this passage. However, unlike in the instant case, Mr. Michaud had not yet instituted a civil action when he filed his motion under s. 187(1)(a)(ii) *Cr. C.* Because his request was therefore based solely on the *Criminal Code*, which grants a right of access to wiretap information only in a criminal proceeding, there was no mechanism available to a court to order the requested disclosure. Far from absolutely ruling out the possibility of disclosure, however, the Court continued its analysis, stating that the recordings could be disclosed in an action

en vertu de l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* et de l’art. 1457 *C.c.Q.*, c’est l’art. 402 *C.p.c.* qui établit cette procédure.

[44] Pour cette raison, l’arrêt *Michaud* — sur lequel les appelants appuient leur thèse — se distingue du présent appel. Dans cette affaire, la Sûreté du Québec avait mis M^e Michaud sur table d’écoute, parce qu’elle le soupçonnait d’avoir divulgué aux médias des documents confidentiels relatifs aux négociations constitutionnelles de l’Accord de Charlottetown. Toutefois, aucune accusation criminelle n’avait en définitive été portée contre M^e Michaud. Souhaitant intenter une action en dommages-intérêts pour perquisition illégale, ce dernier avait demandé, en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) (maintenant le par. 187(1.3)) *C. cr.*, la communication du paquet scellé contenant les documents appuyant la demande d’autorisation judiciaire. Il avait également demandé la communication des enregistrements eux-mêmes. Comme le sous-al. 187(1)(a)(ii) donnait aux *accusés* un accès automatique au paquet scellé en cas de procédures criminelles, la Cour devait décider si une cible d’écoute électronique ne faisant pas l’objet d’accusations criminelles bénéficiait de ce même accès automatique.

[45] À la majorité, notre Cour a décidé que les cibles non accusées ne pouvaient réclamer l’accès automatique au paquet scellé. Elles devaient plutôt présenter une preuve préliminaire indiquant que l’autorisation initiale avait été obtenue illégalement. La Cour a ajouté que, « en dehors d’une procédure criminelle, le *Code* ne prévoit pour la personne qui a été la cible d’une surveillance aucun moyen d’obtenir la divulgation des enregistrements » (par. 62). Les appelants s’appuient fortement sur ce passage. Or, à la différence de la présente situation, M^e Michaud n’avait toujours pas entrepris de recours civil lorsqu’il a déposé sa requête en vertu du sous-al. 187(1)(a)(ii) *C. cr.* Puisque sa demande reposait donc uniquement sur le *Code criminel*, lequel n’accorde pas de droit d’accès aux fruits de l’écoute électronique en dehors d’une procédure criminelle, aucun mécanisme ne permettait au tribunal d’ordonner la communication demandée. Toutefois, loin de fermer entièrement la porte à une

for damages based on the *Charter* if they were *relevant* to determining the extent of the damage suffered by the target (*Michaud*, at paras. 63-65). In light of the context of that decision, it is of limited relevance to the case at bar.

[46] As we explained above, art. 402 *C.C.P.* allows *prima facie* for access to wiretap information. Given the general prohibition laid down in s. 193(1), however, the question becomes whether one of the exemptions provided for in s. 193(2) applies in the instant case. More specifically, the respondents submit that s. 193(2)(a) allows for the disclosure of recordings of intercepted private communications without the consent of the originator of the communications or the person intended by the originator to receive them. They are right. The exemption set out in s. 193(2)(a) empowers a person who is in possession of such recordings to disclose them. However, the disclosure is made in the manner and to the extent provided for in the court order authorizing the disclosure.

(b) *The Exemption Provided for in Section 193(2)(a) Applies in This Case*

[47] The modern approach to statutory interpretation requires that the words of an Act be interpreted “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, reproduced in R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1). As we will see below, the ordinary sense of the words of s. 193(2)(a), the context of that provision and its object lead to the conclusion that the exemption applies in this case.

possible divulgation, la Cour a poursuivi son analyse et indiqué que les enregistrements pourraient être communiqués dans une action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, dans la mesure où ils seraient *pertinents* pour démontrer l’étendue du préjudice subi (*Michaud*, par. 63-65). Vu le contexte de cet arrêt, il revêt une pertinence limitée pour l’affaire qui nous occupe.

[46] Comme nous l’avons expliqué plus haut, l’art. 402 *C.p.c.* permet *a priori* l’accès aux fruits de l’écoute électronique. Face à l’interdiction générale édictée par le par. 193(1) *C. cr.*, cependant, la question consiste à se demander si l’une des exemptions prévues au par. 193(2) s’applique en l’espèce. Plus particulièrement, les intimés prétendent que l’al. 193(2)a) permet la communication d’enregistrements de conversations privées interceptées sans le consentement de leur auteur ou de la personne à laquelle leur auteur les destinait. Leur prétention est bien fondée. L’exemption énoncée à l’al. 193(2)a) habilite la personne qui a en sa possession de tels enregistrements à les communiquer. Toutefois, la communication s’effectue de la manière et dans la mesure prévues par l’ordonnance judiciaire qui l’autorise en vertu de l’art. 402 *C.p.c.*

b) *L’exemption prévue à l’al. 193(2)a) s’applique à l’espèce*

[47] Suivant la méthode moderne d’interprétation des lois, les termes d’une loi doivent être interprétés [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, repris dans R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 1). Comme nous le verrons ci-dessous, le sens ordinaire du texte de l’al. 193(2)a), le contexte dans lequel il se trouve et son objet imposent la conclusion selon laquelle l’exemption s’applique en l’espèce.

(i) Sense of the Words “For the Purpose of Giving Evidence in Any Civil . . . Proceedings”

[48] Section 193(2)(a) provides that a disclosure is not an offence under s. 193(1) if it is made “in the course of or for the purpose of giving evidence in any civil or criminal proceedings or in any other proceedings in which the person [who makes the disclosure] may be required to give evidence on oath”. “Civil proceedings”, whether in a traditional form or not, always include an exploratory stage. The word “purpose” means “something to be attained; a thing intended” (*The Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 1256), or “[a]n objective, goal, or end” (*Black’s Law Dictionary* (9th ed. 2009), at p. 1356). The word “*fin*” used in the French version is to the same effect. In this context, if Parliament had intended that the exemption would apply only at the time evidence is given, as the appellants argue, then it would not have included the words “or for the purpose”. Since it did include those words, we must assume that they are not redundant, must avoid depriving them of meaningful effect, or “effectivity”, and must recognize that they reflect an intention to give the exemption a generous scope that encompasses the exploratory stage of civil proceedings (on the rule of effectivity, see P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 295; *Subilomar Properties (Dundas) Ltd. v. Cloverdale Shopping Centre Ltd.*, [1973] S.C.R. 596, at p. 603; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581, at para. 53).

[49] In the alternative, the appellants argue that the words “for the purpose of giving evidence” refer only to incidental disclosure, that is, disclosure that takes place during the proceedings in order, for example, to have a witness identify recorded voices. This interpretation overlooks the fact that the incidental disclosure referred to by the appellants is, as we will see below, already covered by s. 193(3). Construing s. 193(2)(a) in this manner would therefore deprive s. 193(3) of meaningful

(i) Les termes « aux fins d’une déposition lors de poursuites civiles »

[48] L’alinéa 193(2)a) dispose que l’infraction établie au par. 193(1) ne s’applique pas lorsque la divulgation est faite « au cours ou aux fins d’une déposition lors de poursuites civiles ou pénales ou de toutes autres procédures dans lesquelles [la personne qui divulgue] peut être requise de déposer sous serment ». Une « poursuite civile », qu’elle prenne ou non une forme traditionnelle, comporte toujours une phase exploratoire. De plus, le mot « fins » se rapporte à une « [c]hose qu’on veut réaliser, à laquelle on tend volontairement » (*Le Petit Robert* (nouv. éd. 2012), p. 1047), ou encore au « [b]ut poursuivi » (H. Reid, avec la collaboration de S. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (4^e éd. 2010), p. 270). La version anglaise, « *purpose* » est au même effet. Dans ce contexte, si le législateur avait eu l’intention de limiter l’application de l’exemption au seul moment de la déposition, comme le prétendent les appelants, il n’aurait pas inclus les mots « ou aux fins ». Étant donné qu’il l’a fait, il faut présumer que ces termes ne sont pas redondants, éviter de les priver d’effet utile et reconnaître qu’ils indiquent l’intention de conférer à cette exemption une portée généreuse, qui englobe la phase exploratoire d’une instance civile (sur le principe de l’effet utile, voir P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), par. 1047-1048; *Subilomar Properties (Dundas) Ltd. c. Cloverdale Shopping Centre Ltd.*, [1973] R.C.S. 596, p. 603; *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581, par. 53).

[49] Subsidiairement, les appelants arguent que les mots « aux fins d’une déposition » ne visent que les divulgations incidentes, c’est-à-dire celles qui surviennent en cours d’audience, dans le but, par exemple, de permettre à un témoin d’identifier les différentes voix enregistrées. Cette interprétation néglige le fait que la situation de divulgation incidente dont font mention les appelants est, comme nous le verrons plus loin, déjà visée par le par. 193(3). Interpréter ainsi l’al. (2)a) priverait

effect, contrary to principles of interpretation that have long been recognized by this Court (see *Côté*, at p. 295).

[50] This analysis of the language of s. 193(2)(a) *Cr. C.* satisfies us that wiretap information may be disclosed at the exploratory stage of any civil proceeding. As we have seen, the purpose of this stage is essentially to prepare for the hearing of the case. The documents requested at this stage may very well be requested for the purpose of testifying at the hearing. In the instant case, for example, it is easy to imagine counsel for the respondents wanting to examine a representative of the state, a third party in possession of recordings of intercepted communications, in order to meet the conditions for admission of such physical evidence.

[51] We accordingly conclude that s. 193(2)(a) *Cr. C.* applies in this case. Nothing in its words justifies limiting its application to the time when evidence is being given. An analysis of the provision's object and context admits of no other conclusion.

(ii) Object and Context

[52] In keeping with the general purpose of Part VI, the specific objective of s. 193 is to prevent the unauthorized disclosure of private communications. Despite its importance, this objective is not absolute. It must sometimes yield to other purposes to which Parliament has chosen to give priority (see *Lyons*, at p. 652). The exemption provided for in s. 193(2)(a) is the best example of this. According to the AGQ, the object of s. 193(2)(a) is [TRANSLATION] “to ensure that courts of competent jurisdiction will have access to all information relevant to the proceedings before them, in a manner consistent with established rules of procedure” (R.F. AGQ, at para. 108). In our opinion, this view is consistent with the context of this provision.

donc d'effet utile le troisième paragraphe de l'art. 193, contrairement aux principes d'interprétation reconnus depuis longtemps par notre Cour (voir *Côté*, par. 1047-1050).

[50] L'analyse du texte de l'al. 193(2)a) *C. cr.* nous convainc que la communication des fruits de l'écoute électronique peut être effectuée durant la phase exploratoire de tout recours civil. Cette étape, nous l'avons vu, sert essentiellement à la préparation de l'audition de la cause. Or, les documents qui y sont alors demandés peuvent très bien l'être aux fins de témoigner à l'audience. À titre d'exemple, dans le cas qui nous occupe, on conçoit facilement que les procureurs des intimés souhaiteront interroger un représentant de l'État, tiers en possession des enregistrements des communications interceptées, afin de satisfaire aux conditions d'admissibilité d'une telle preuve matérielle.

[51] Par conséquent, nous concluons que l'al. 193(2)a) *C. cr.* s'applique en l'espèce. Rien dans le texte de cette disposition ne justifie de restreindre l'application de celle-ci au seul moment de la déposition. L'analyse de l'objet et du contexte de cette disposition n'admet aucune autre conclusion.

(ii) Objet et contexte

[52] Conformément à l'objectif général de la partie VI, l'objectif particulier de l'art. 193 consiste à prévenir la divulgation non autorisée de communications privées. Malgré son importance, cet objectif n'a pas un caractère absolu. Il doit parfois céder devant d'autres objectifs auxquels le législateur a choisi de donner priorité (voir *Lyons*, p. 652). L'exemption prévue à l'al. 193(2)a) représente le meilleur exemple d'une telle situation. Selon le PGQ, cet alinéa a pour objet « d'assurer aux tribunaux compétents qu'ils auront accès à toute information pertinente aux procédures dont ils sont saisis, dans le respect des règles de procédure établies » (m.i. PGQ, par. 108). Cette perspective nous semble fidèle au contexte dans lequel s'inscrit cette disposition.

a. *Other Exemptions Set Out in Section 193(2)*

[53] Where context is concerned, an analysis of all the exemptions set out in s. 193(2) is relevant insofar as it helps determine the overall objective of the provision in a coherent manner. The appellants argue that all these exemptions have to do with fighting crime and that s. 193(2)(a) should therefore be interpreted in light of that objective. With respect, we disagree.

[54] It is true that most of the exemptions set out in s. 193(2) relate to the fight against crime. This is the case for para. (2)(b) (disclosure in the course of or for the purpose of any criminal investigation), para. (2)(c) (disclosure in giving notice or furnishing further particulars under s. 189 or 190 *Cr. C.* in order to have intercepted communications admitted into evidence in criminal proceedings), and para. (2)(e) (disclosure to a peace officer or prosecutor in Canada or to a person or authority with responsibility in a foreign state for the investigation or prosecution of offences). Paragraph (2)(f) (disclosure to the Canadian Security Intelligence Service so it can perform its duties and functions under s. 12 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23) may also, generally speaking, be directed at fighting crime. However, not all the exemptions provided for in s. 193(2) have this as their purpose. For example, s. 193(2)(d) “exempts from criminal liability disclosures in the course of the operation of a communications or computer system, provided that the disclosure is necessarily incidental to the purposes which provide such operators with an exemption from the interception offence [provided for in s. 184(2)(c), (d) or (e)]” (*TELUS*, at para. 147, *per* Cromwell J., dissenting on another point). On its face, this paragraph does not have crime fighting as its objective.

[55] Moreover, we consider it particularly important to point out that, unlike with paras. (b), (c),

a. *Les autres exemptions énoncées au par. 193(2)*

[53] Relativement au contexte, l’analyse de l’ensemble des exemptions figurant au par. 193(2) est pertinente, dans la mesure où elle permet de définir de manière cohérente l’objectif global de la disposition. Les appelants prétendent que toutes ces exemptions se rattachent à la lutte contre le crime et que, en conséquence, l’al. 193(2)a doit être interprété en fonction de cet objectif. Avec égards, nous ne sommes pas de cet avis.

[54] Il est vrai que la plupart des exemptions prévues au par. 193(2) visent à faciliter la lutte contre le crime. C’est le cas des dispositions suivantes : al. (2)b) (divulgarion au cours ou aux fins d’une enquête en matière pénale); al. (2)c) (divulgarion lors de la remise d’un préavis ou de détails complémentaires requis en application des art. 189 et 190 *C. cr.* pour faire admettre des communications interceptées en preuve dans le cadre de procédures criminelles); al. (2)e) (divulgarion à un agent de la paix ou à un poursuivant au Canada, ou à une personne ou un organisme étranger chargé de la recherche ou de la poursuite des infractions). L’alinéa (2)f) (divulgarion au Service canadien du renseignement de sécurité pour qu’il exerce les fonctions que lui confie l’art. 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23) peut aussi, de façon générale, viser la lutte contre la criminalité. Cependant, les exemptions énoncées au par. 193(2) ne sont pas toutes conçues de cette manière. Ainsi, l’al. 193(2)d) « écarte la responsabilité criminelle à l’égard de la divulgation intervenant dans le cadre de l’exploitation d’un système de communications ou d’un service de gestion ou de protection d’un ordinateur, si [cette] divulgation est nécessairement accessoire aux fins pour lesquelles les exploitants peuvent être exonérés de l’infraction d’interception [aux al. 184(2)c), d) ou e)] » (*TELUS*, par. 147, le juge Cromwell, dissident sur un autre point). À la lecture même de cet alinéa, on constate qu’il n’a pas pour objectif de lutter contre la criminalité.

[55] Par ailleurs, il nous semble particulièrement important de souligner qu’à l’inverse des al. b), c),

(*e*) and (*f*), a plain reading of which suffices to identify their objective, a more thorough analysis is required to identify the purpose of para. (*a*). Although the objective of fighting crime is apparent where recordings are requested “in the course of or for the purpose of giving evidence in any . . . criminal proceedings”, it seems difficult to arrive at the same interpretation if they are requested “in any civil . . . proceedings or in any other proceedings”. The fight against crime (in the strict sense of the term) primarily involves criminal investigations and proceedings. But if that had been the only function of para. (*a*), Parliament would have limited the codification to that possibility (as it did in the case of paras. (*b*) and (*e*)). Furthermore, Parliament adopted a much broader drafting style in it than in the other paragraphs. We therefore find it difficult to conclude that para. (*a*) has facilitating the fight against crime as its sole purpose.

[56] In *TELUS*, this Court discussed the interpretation of the exemptions set out in s. 193. Comparing them to the exemptions relating to interception provided for in s. 184 *Cr. C.*, Cromwell J. (dissenting on another point) wrote the following:

The exemptions in s. 193 are far more permissive than those in s. 184, especially with respect to criminal investigations. Under s. 184, police can only intercept communications if they are authorized to do so (s. 184(2)(*b*)) or in certain exceptional circumstances (s. 184.4). By contrast, s. 193 includes broad exemptions that permit disclosure of intercepted communications in a range of circumstances including in the course of civil or criminal proceedings (s. 193(2)(*a*)), and “in the course of or for the purpose of any criminal investigation” (s. 193(2)(*b*)). [Emphasis added; para. 146.]

[57] Thus, the language of s. 193(2)(*a*) requires that its objectives be defined broadly. It is clear that this provision does not apply solely to proceedings related to the fight against crime.

e) et *f*), dont une simple lecture permet de dégager l’objectif, la détermination du but visé par l’al. *a*) requiert une analyse plus poussée. Bien qu’il soit évident que, dans le scénario où les enregistrements sont demandés « au cours ou aux fins d’une déposition lors de poursuites [. . .] pénales », l’objectif est de lutter contre la criminalité, il paraît difficile de tirer la même interprétation du scénario où ils le sont « lors de poursuites civiles [. . .] ou de toutes autres procédures ». En effet, la lutte contre la criminalité (au sens strict du terme) prend d’abord et avant tout la forme d’enquêtes et de poursuites pénales. Or, si telle avait été la seule et unique fonction de cet al. *a*), le Parlement n’y aurait codifié que ce scénario (comme aux al. *b*) et *e*)). De plus, le législateur a adopté un style de rédaction beaucoup plus large que celui utilisé aux autres alinéas. Il nous semble en conséquence difficile de conclure que l’al. *a*) n’est destiné qu’à faciliter la lutte contre la criminalité.

[56] Dans l’arrêt *TELUS*, notre Cour s’est penchée sur l’interprétation des exemptions prévues à l’art. 193. Comparant ces exemptions à celles relatives à l’interception que l’on trouve à l’art. 184 *C. cr.*, le juge Cromwell (dissident sur un autre point), a écrit ceci :

L’article 193 prévoit des exemptions beaucoup plus permissives que celles prévues à l’art. 184, en particulier en ce qui a trait aux enquêtes en matière pénale. Aux termes de l’art. 184, la police ne peut intercepter des communications que si elle est autorisée à le faire (al. 184(2)(*b*)) ou dans certaines circonstances exceptionnelles (art. 184.4). L’article 193, par contre, comprend de larges exemptions, qui permettent la divulgation de communications interceptées dans diverses circonstances, notamment lors de poursuites civiles ou pénales (al. 193(2)(*a*)) et « au cours ou aux fins d’une enquête en matière pénale » (al. 193(2)(*b*)). [Nous soulignons; par. 146.]

[57] Ainsi, la rédaction de l’al. 193(2)(*a*) impose une définition large de ses objectifs. Il est clair que cette disposition ne s’applique pas seulement aux procédures de lutte contre la criminalité.

b. *Section 193(3)*

[58] The appellants Couche-Tard et al. also argue that the interpretation given to s. 193(2)(a) *Cr. C.* by the courts below cannot be reconciled with s. 193(3), which reads as follows:

(3) Subsection (1) does not apply to a person who discloses a private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof or who discloses the existence of a private communication where that which is disclosed by him was, prior to the disclosure, lawfully disclosed in the course of or for the purpose of giving evidence in proceedings referred to in paragraph (2)(a).

[59] In the appellants' opinion, this subsection cannot be reconciled with the rest of the section unless the disclosure to which it refers occurs at the production of evidence stage. Since the evidence becomes public at that time as a result of the open court principle, there would, they submit, no longer be any reason to prohibit anyone from disclosing the content of evidence that is already known. On the contrary, they argue, it would [TRANSLATION] "make no sense for Parliament to allow private litigants to publicly disclose wiretap information that has been disclosed to them solely in the context of the civil discovery process" (A.F. Couche-Tard et al., at para. 66).

[60] This interpretation is wrong. First, it overlooks the possibility that Parliament in fact wished to avoid interfering with the open court principle by allowing, for that purpose, the disclosure of "the substance, meaning or purport" of a private communication that was, "prior to the disclosure, lawfully disclosed in the course of . . . giving evidence". When interpreted in this way, the exemption would, for example, allow a journalist to disclose the substance of communications heard at a trial. Second, the appellants' interpretation is unduly restrictive. It leaves out a series of specific possibilities. For example, an expert who is authorized during "civil proceedings" to listen to recordings of private communications disclosed "for the purpose of giving evidence" might have to "disclose" the content of the communications

b. *Le paragraphe 193(3)*

[58] Les appelants Couche-Tard et autres plaident également que l'interprétation donnée à l'al. 193(2)a) *C. cr.* par les juridictions inférieures ne peut être réconciliée avec le texte du par. 193(3), lequel dispose :

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux personnes qui rapportent une communication privée, en tout ou en partie, ou qui en divulguent la substance, le sens ou l'objet, ou encore, qui en révèlent l'existence lorsque ce qu'elles révèlent avait déjà été légalement divulgué auparavant au cours d'un témoignage ou dans le but de témoigner dans les procédures visées à l'alinéa (2)a).

[59] De l'avis des appelants, ce paragraphe ne peut être concilié avec le reste de l'article que si la divulgation mentionnée survient à l'étape de la production de la preuve. Comme la preuve devient alors publique par l'effet du principe de la publicité des débats, il n'existerait plus, selon eux, de raison d'interdire à quiconque de rapporter le contenu d'une preuve déjà connue. Au contraire, prétendent-ils, il serait « illogique pour le Parlement de permettre à un justiciable privé de rapporter publiquement le contenu de l'écoute électronique qui ne lui a été divulguée que dans le cadre d'une procédure civile de communication préalable » (m.a. Couche-Tard et autres, par. 66).

[60] Cette interprétation est mal fondée. D'une part, elle passe sous silence la possibilité que le Parlement ait pu, justement, souhaiter ne pas entraver la publicité des débats en permettant, à cette fin, que soient rapportés « la substance, le sens ou l'objet » d'une communication privée « légalement divulgué[e] auparavant au cours d'un témoignage ». Interprétée ainsi, cette exemption permettrait par exemple à un journaliste de rapporter la substance de la communication entendue au procès. D'autre part, l'interprétation des appelants s'avère trop restrictive. Elle omet une série de scénarios précis. À titre d'exemple, un expert qui serait autorisé, dans le cadre d'une « poursuite civile », à écouter des enregistrements de conversations privées communiquées « aux fins d'une déposition » pourrait devoir

when giving evidence in court. Moreover, in the case at bar, counsel for the respondents will probably want to use the content of the recordings to cross-examine the appellants when they testify in court. In testifying, the appellants will be protected by the exemption set out in s. 193(3), since they will be disclosing that which “was, prior to the disclosure, lawfully disclosed . . . for the purpose of giving evidence”, as provided for in s. 193(2)(a).

c. History

[61] The appellants also argue, on the basis of the previous versions of s. 193(2)(a), that this provision has never had the function of allowing litigants to obtain disclosure of wiretap information for the purpose of a civil proceeding. We see no merit in this argument either.

[62] Section 178.2(2)(a) — the predecessor of s. 193(2)(a) — which was proclaimed in force in 1974, read as follows:

178.2 . . .

(2) Subsection (1) does not apply to a person who discloses a private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof or who discloses the existence of a private communication

(a) in the course of or for the purpose of giving evidence in any civil or criminal proceedings or in any other proceedings in which he may be required to give evidence on oath where the private communication is admissible as evidence under section 178.16 or would be admissible under that section if it applied in respect of the proceedings;

[63] Section 178.16 — to which s. 178.2(2)(a) referred — was enacted before the Canadian *Charter* came into force. This section established a rule that a communication intercepted by the state was, in principle, inadmissible as evidence against its originator or against the person intended to receive it unless it had been obtained lawfully or unless the persons in question consented to its being admitted:

en « rapporter » le contenu lors de son témoignage en cour. Par ailleurs, dans le cas qui nous occupe, les procureurs des intimés voudront probablement utiliser le contenu des enregistrements afin de contre-interroger les appelants lors de leurs témoignages en cour. Ces témoins seront alors protégés par l'exemption énoncée au par. (3), car ils révéleront ce qui a « déjà été légalement divulgué auparavant [. . .] dans le but de témoigner », comme le prévoit l'al. (2)a).

c. Historique

[61] Sur la base des versions précédentes de l'al. 193(2)a), les appelants prétendent également que celui-ci n'a jamais eu pour fonction de permettre à un justiciable d'obtenir communication de fruits de mesures d'écoute électronique aux fins d'exercer un recours civil. Cet argument nous semble lui aussi mal fondé.

[62] Proclamé en vigueur en 1974, l'ancêtre de l'al. 193(2)a), l'al. 178.2(2)a), était libellé ainsi :

178.2 . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une personne qui divulgue soit tout ou partie d'une communication privée ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci, soit l'existence d'une communication privée

a) au cours ou aux fins d'une déposition lors de poursuites civiles ou pénales ou de toutes autres procédures dans lesquelles elle peut être requise de déposer sous serment lorsque la communication privée est admissible en preuve en vertu de l'article 178.16 ou le serait en vertu de cet article s'il s'appliquait aux poursuites ou procédures;

[63] L'article 178.16 — auquel fait référence l'al. 178.2(2)a) — a été adopté avant l'entrée en vigueur de la *Charte* canadienne. Il établissait un régime selon lequel les communications interceptées par l'État étaient en principe inadmissibles en preuve contre leurs auteurs ou contre les personnes à qui les communications étaient destinées, sauf si elles avaient été obtenues légalement, ou si les personnes en question y consentaient :

178.16 (1) A private communication that has been intercepted and evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication are both inadmissible as evidence against the originator thereof or the person intended by the originator thereof to receive it unless

(a) the interception was lawfully made; or

(b) the originator of the private communication or the person intended by the originator thereof to receive it has expressly consented to the admission thereof.

[64] The appellants, considering s. 178.2(2)(a) jointly with s. 178.16, submit that these provisions always governed the *production* of evidence, not its *disclosure*. According to this argument, since s. 178.16 required the state to prove that an interception was lawful at the admissibility stage, it should be concluded that Parliament's intention was never that the exemption be used by litigants in private actions. It would have made no sense, in the appellants' view, to impose a burden on the state to show that an interception of communications was lawful each time a litigant sought the disclosure of information resulting from such interceptions in a private action.

[65] In our view, this interpretation is unduly narrow. First, concerning the possible burden imposed on the state, the appellants are overlooking the fact that, by allowing for the admission in evidence of an intercepted communication if one of the persons involved in the communication “expressly consented” to its being admitted (s. 178.16(1)(b)), Parliament had provided for a solution that relieved the state of any such burden. Second, although it is true that s. 178.16 had the function of determining whether evidence was admissible and could therefore be produced, it is wrong to argue that s. 178.2(2)(a) played the same role. The purpose of s. 178.2(2)(a) was [TRANSLATION] “to grant immunity for disclosures made in the course of or for the purpose of any civil or criminal proceedings or any other proceedings” (D. A. Bellemare, *L'écoute électronique au Canada* (1981), at p. 153). Thus, the only difference between the former scheme and the current scheme is that disclosure could not be authorized without first either determining that the recording was lawful or obtaining the consent of one of the persons

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée sont toutes deux inadmissibles en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

a) que l'interception n'ait été faite légalement; ou

b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve.

[64] Analysant conjointement l'al. 178.2(2)a) et l'art. 178.16, les appelants avancent que ces dispositions ont toujours régi la *production* des éléments en preuve, et non leur *communication*. Suivant cet argument, du fait qu'à l'étape de l'admissibilité, l'art. 178.16 assujettissait l'État à l'obligation de prouver la légalité de l'interception, il faut conclure que le législateur n'a jamais souhaité que l'exemption profite aux justiciables dans des recours privés. En effet, soulignent-ils, il aurait été illogique d'imposer à l'État le fardeau de démontrer la légalité de l'interception de communications chaque fois qu'un justiciable souhaitait obtenir la communication des fruits de ces interceptions dans une action privée.

[65] Cette interprétation nous paraît trop restrictive. D'une part, en ce qui concerne le fardeau potentiel imposé à l'État, les appelants omettent de considérer qu'en permettant l'admission en preuve d'une communication interceptée si une des personnes parties à la communication y a « expressément consenti » (al. 178.16(1)b)), le législateur avait ainsi prévu une solution qui le dégageait de ce fardeau éventuel. D'autre part, s'il est vrai que l'art. 178.16 avait pour fonction de régir l'admissibilité de la preuve, et donc sa production, il est inexact de prétendre que tel était également le rôle de l'al. 178.2(2)a). En effet, cette disposition visait « à accorder une immunité aux divulgations effectuées au cours ou aux fins d'une poursuite civile ou pénale ou au cours ou aux fins de toute autre procédure » (D. A. Bellemare, *L'écoute électronique au Canada* (1981), p. 153). Dans ce contexte, la seule différence entre ce régime et le régime actuel se trouve dans l'assujettissement de l'autorisation de divulgation à un examen préalable de la légalité de l'enregistrement ou, le cas échéant, à l'obtention du

involved in the communication. It was therefore s. 178.16 that governed the production of evidence, not s. 178.2(2).

[66] However, many subsections of s. 178.16 (which by then had become s. 189) were repealed in 1993 following the enactment of the Canadian *Charter*. As a result of that repeal, the admissibility in evidence of recordings of private communications would be governed by s. 24(2) of the *Charter* and the various applicable provincial statutes (see R. W. Hubbard, P. M. Brauti and S. K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure* (loose-leaf), vol. 1, at pp. 1-20 and 1-21; *An Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act*, S.C. 1993, c. 40, s. 10(1)). These legislative amendments thus removed from the *Criminal Code* the bulk of the process for determining whether the production of wiretap information in evidence is lawful.

d. *Case Law*

[67] The case law and the academic literature support a broad interpretation of s. 193(2)(a) *Cr. C.* We will now discuss a few of the decisions on this subject.

[68] One of these decisions is *Tide Shore Logging Ltd. v. Commonwealth Insurance Co.* (1979), 13 B.C.L.R. 316, which concerned an application for discovery of recordings under Rule 26(11) of the rules of procedure of the British Columbia Supreme Court (B.C. Reg. 310/76). The Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”) had intercepted private communications of the principal shareholder of Tide Shore Logging in the course of a criminal investigation into a fire that was at the centre of civil proceedings between that company and its insurer. The insurer refused to compensate Tide Shore Logging, as it considered that the fire had been set deliberately. Counsel for the Attorney General of British Columbia, on behalf of the RCMP, did not object to disclosure of the recordings provided that the disclosure did not entail the commission of a crime. The court considered the offence now provided for in

consentement d’une des personnes impliquées dans la conversation. C’est donc l’art. 178.16 qui avait pour fonction de régir la production des éléments en preuve, non pas le par. 178.2(2).

[66] Cela dit, en 1993, après l’adoption de la *Charte* canadienne, de larges pans de l’art. 178.16 (alors devenu l’art. 189) ont été abrogés. Par suite de cette abrogation, l’admissibilité en preuve des enregistrements de communications privées est désormais régie par le par. 24(2) de la *Charte* et les différentes lois provinciales applicables (voir R. W. Hubbard, P. M. Brauti et S. K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 1-20 et 1-21; *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1993, ch. 40, par. 10(1)). Ces modifications législatives ont donc supprimé du *Code criminel* l’essentiel du processus de contrôle de la légalité de la production en preuve des fruits de l’écoute électronique.

d. *Jurisprudence*

[67] La jurisprudence et la doctrine appuient une interprétation large de l’al. 193(2)a) *C. cr.* Nous allons maintenant examiner quelques décisions rendues à ce sujet.

[68] À titre d’exemple, l’affaire *Tide Shore Logging Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.* (1979), 13 B.C.L.R. 316, portait sur une demande de communication préalable d’enregistrements présentée en vertu du par. 26(11) des règles de procédure de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (B.C. Reg. 310/76). La Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») avait intercepté des communications privées de l’actionnaire principal de Tide Shore Logging à l’occasion d’une enquête criminelle sur l’incendie qui était au cœur du litige civil entre Tide Shore Logging et son assureur. Ce dernier refusait d’indemniser Tide Shore Logging, car il considérait que l’incendie avait été causé délibérément. Les avocats du procureur général de la Colombie-Britannique, au nom de la GRC, n’avaient pas d’objection à ce que les enregistrements soient communiqués, à la condition que leur communication

s. 193(1) and the exemption now set out in s. 193(2)(a). Although satisfied that such pre-trial disclosure did not fall within the words “in the course of giving evidence”, the court considered that it did fall within the phrase “for the purpose of giving evidence”. The court ordered the disclosure of the recordings, concluding that Parliament had clearly contemplated the use of intercepted communications in civil proceedings under provincial jurisdiction, and not only in civil proceedings over which Parliament itself had jurisdiction.

[69] To the same effect, in a civil proceeding involving the state (*Ault v. Canada (Attorney General)* (2007), 88 O.R. (3d) 541), the Ontario Superior Court of Justice dismissed a motion to exclude recordings obtained by means of a wiretap warrant that the federal government wished to produce in evidence (paras. 31-32). The court also stated that the plaintiffs and the targets of the warrant — who objected to the evidence in part because it was being produced late — could have requested its disclosure on discovery under the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 (para. 11). The court held that s. 193(2)(a) provided for the introduction in evidence, in civil proceedings, of wiretap information obtained previously in the course of a criminal investigation (para. 31).

[70] More recently, in *Canada (Procureur général) v. Charbonneau*, 2012 QCCS 1701 (CanLII), the Quebec Superior Court considered a motion by the RCMP to quash a subpoena ordering it to disclose, among other things, private communications it had intercepted in the course of an investigation. The court found that there was no privilege or restriction that would preclude the RCMP from disclosing evidence from its investigation, including the intercepted communications, to the Commission of Inquiry on the Awarding and Management of Public Contracts in the Construction Industry. In response to the RCMP’s argument that none of the exemptions

n’entraîne pas la perpétration d’une infraction criminelle. La cour s’est penchée sur l’infraction figurant aujourd’hui au par. 193(1), ainsi que sur l’exemption maintenant prévue à l’al. 193(2)(a). Convaincue qu’une telle communication préalable n’était pas visée par l’expression « au cours d’une déposition », la cour estimait toutefois que la communication était visée par les termes « aux fins d’une déposition ». Elle a ordonné la communication des enregistrements, concluant que le Parlement avait clairement envisagé l’utilisation des communications interceptées dans des procédures civiles relevant des provinces, et non seulement dans des procédures civiles sur lesquelles le Parlement a compétence.

[69] Au même effet, dans une procédure civile impliquant l’État (*Ault c. Canada (Attorney General)* (2007), 88 O.R. (3d) 541), la Cour supérieure de justice de l’Ontario a refusé une requête visant à faire exclure les enregistrements obtenus au moyen d’un mandat d’écoute électronique que le gouvernement fédéral souhaitait produire en preuve (par. 31-32). La cour a également précisé que les demandeurs et les personnes ciblées par le mandat — qui s’opposaient à cette preuve en partie parce qu’elle était produite tardivement — auraient pu en demander la communication durant l’enquête préalable en vertu des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194 (par. 11). Selon la cour, l’al. 193(2)(a) autorisait la production en preuve, dans une procédure civile, des fruits d’activités d’écoute électronique recueillis antérieurement dans le cadre d’une enquête criminelle (par. 31).

[70] Plus récemment, dans *Canada (Procureur général) c. Charbonneau*, 2012 QCCS 1701 (CanLII), la Cour supérieure du Québec a examiné une requête de la GRC visant à faire annuler un subpoena lui enjoignant de communiquer, entre autres choses, des communications privées qu’elle avait interceptées au cours d’une enquête. Le tribunal a conclu qu’aucun privilège ni aucune restriction n’empêchaient la GRC de communiquer à la Commission d’enquête sur l’octroi et la gestion des contrats publics dans l’industrie de la construction divers éléments d’enquête, y compris les communications interceptées. En réponse à l’argument

set out in s. 193 *Cr. C.* applied in that case, the Superior Court reached the following conclusion:

[TRANSLATION] The Court is well aware of the Supreme Court's ruling in *Michaud*, to the effect that the regime set out at section 193 of the *Criminal Code* was enacted in an effort to "balance society's interest in the detection of crime, particularly organized crime, with an individual's right to personal privacy." Nevertheless, the Court must conclude that, in the present case, section 193 allows the RCMP to provide the information requested to the Commission.

The RCMP alleges that the Commission's work does not constitute an inquiry in a civil or criminal proceeding, seemingly wanting to limit the exemption to court proceedings. It fails to mention, however, that the exemption set out at section 193(2)(a) of the *Criminal Code* also applies to any other proceedings in which a person may be required to give evidence under oath. A commission of inquiry constitutes another proceeding for the purposes of this exception. [Emphasis deleted; paras. 34 and 36.]

[71] In short, the courts have applied the exemption provided for in s. 193(2)(a) in contexts other than that of giving evidence at a trial, and in cases in which the state is not directly a party. Section 193(2)(a) has also been applied in the context of disciplinary hearings (for example, *Law Society of Upper Canada v. Canada (Attorney General)* (2008), 89 O.R. (3d) 209 (S.C.J.); *Re Board of Commissioners of Police for City of Thunder Bay and Sundell* (1984), 15 C.C.C. (3d) 574 (Ont. Div. Ct.)) and in youth protection cases (for example, *Children's Aid Society of Thunder Bay (District) v. D. (S.)*, 2011 ONCJ 100, 2 R.F.L. (7th) 202).

[72] The commentators agree that the exemption provided for in s. 193(2)(a) permits the disclosure in civil proceedings of private communications intercepted in the course of criminal investigations. For example, Hubbard, Brauti and Fenton state the following:

de la GRC selon lequel aucune des exemptions énumérées à l'art. 193 *C. cr.* ne s'appliquait dans cette affaire, la Cour supérieure a tiré la conclusion suivante :

Le Tribunal n'ignore pas l'énoncé de la Cour suprême, dans l'arrêt *Michaud*, voulant que le régime édicté à l'article 193 *C.c.r.* vise « l'équilibre entre l'intérêt de la société à la détection du crime, notamment le crime organisé, et le droit de l'individu au respect de sa vie privée ». Néanmoins, il faut conclure que l'article 193 permet, en l'instance, la communication à la Commission par la GRC des renseignements demandés.

La GRC avance que les travaux de la Commission ne constituent pas une enquête en matière civile ou pénale, semblant vouloir limiter l'exemption aux procédures judiciaires. Toutefois, elle passe sous silence que l'exemption édictée à l'article 193(2)(a) *C.c.r.* concerne également toute autre procédure dans laquelle une personne peut être requise de déposer sous serment. Or, une commission d'enquête constitue une autre procédure aux fins de cette exception. [Soulignement omis; par. 34 et 36.]

[71] En somme, la jurisprudence a appliqué l'exemption énoncée à l'al. 193(2)(a) dans des contextes autres qu'au cours de dépositions dans un procès, et dans des cas où l'État n'est pas directement partie prenante. De plus, on constate que l'al. 193(2)(a) a été appliqué à l'occasion d'audiences disciplinaires (par exemple, *Law Society of Upper Canada c. Canada (Attorney General)* (2008), 89 O.R. (3d) 209 (C.S.J.); *Re Board of Commissioners of Police for City of Thunder Bay and Sundell* (1984), 15 C.C.C. (3d) 574 (C. div. Ont.)), et en matière de protection de la jeunesse (par exemple, *Children's Aid Society of Thunder Bay (District) c. D. (S.)*, 2011 ONCJ 100, 2 R.F.L. (7th) 202).

[72] La doctrine considère elle aussi que l'exemption prévue à l'al. 193(2)(a) permet la divulgation, dans le cadre de procédures civiles, de communications privées interceptées dans le cadre d'enquêtes criminelles. Par exemple, les auteurs Hubbard, Brauti et Fenton écrivent ce qui suit :

While wiretaps can only be authorized for criminal investigations, any evidence obtained pursuant to an authorization can be used in civil proceedings. There is nothing express in Part VI of the *Code* authorizing the use of wiretap evidence in civil proceedings because the *Code* focuses on criminal offences and procedure. However, s. 193, which creates an offence for disclosure of information intercepted by electronic devices, specifically exempts disclosing wiretap evidence “in the course of or for the purpose of giving evidence in any *civil* or criminal proceedings”. [Emphasis added; p. 6-40.6a.]

[73] To the same effect, Bellemare, after reviewing the case law on this question, concludes that

[TRANSLATION] disclosure can lawfully be made in the course of or for the purpose of any civil proceedings under provincial jurisdiction, just as in the course of or for the purpose of any proceedings under Parliament’s jurisdiction, as long as it meets the requirements of s. 178.20(2)(a) of the Criminal Code. [p. 156]

(iii) Conclusion

[74] We conclude from our analysis of the language, context and purpose and of the case law that s. 193(2)(a), which sets out an exception to the criminal offence provided for in s. 193(1), applies in the instant case. Bélanger J.’s decision was therefore correct in this regard.

(3) “Innocent Third Party” Status

[75] In addition to supporting the position taken by its co-defendants, one of the appellants, Imperial Oil, argues that it has special status as an “innocent third party”, because it was not charged in the parallel criminal proceedings or “targeted” by the wiretap operation. It submits that this status precluded the motion judge from ordering the disclosure of recordings that involved it in any way. This argument is without merit.

[TRADUCTION] Bien que des mesures d’écoute électronique ne puissent être autorisées que pour les besoins d’enquêtes criminelles, toute preuve recueillie conformément à une telle autorisation peut être utilisée dans une instance civile. La raison pour laquelle la partie VI du *Code* ne renferme aucune disposition autorisant expressément l’utilisation dans des procédures civiles de preuve obtenue par écoute électronique est que le *Code* s’attache d’abord et avant tout à la procédure et aux infractions criminelles. Toutefois, l’art. 193 — qui crée l’infraction consistant à divulguer des renseignements interceptés au moyen de dispositifs électroniques — écarte cette infraction lorsque la preuve recueillie par écoute électronique est divulguée « au cours ou aux fins d’une déposition lors de poursuites *civiles* ou pénales ». [Nous soulignons; p. 6-40.6a.]

[73] Dans le même sens, après avoir passé en revue la jurisprudence sur la question, Bellemare conclut ainsi :

. . . la divulgation faite au cours ou aux fins d’une poursuite ou d’une procédure de nature civile relevant d’une province pourra au même titre que celle faite au cours ou aux fins d’une procédure relevant de la juridiction du Parlement, être faite légalement dans la mesure où cette divulgation rencontre les conditions d’application de l’article 178.20(2)(a) du Code criminel. [p. 156]

(iii) Conclusion

[74] L’analyse du texte, du contexte, de l’objectif et de la jurisprudence nous amène à conclure que l’al. 193(2)a — qui constitue une exception à l’infraction criminelle créée par le par. 193(1) — s’applique en l’espèce. La décision de la juge Bélanger était donc, à cet égard, bien fondée.

(3) Le statut de « tiers innocent »

[75] En plus d’appuyer la thèse de ses codéfendeurs, une des appelantes, Pétrolière Impériale, soutient que l’absence d’accusation contre elle dans les procédures pénales parallèles et le fait qu’elle n’était pas « ciblée » par l’opération d’écoute électronique lui confèrent le statut particulier de « tiers innocent ». Ce statut empêcherait la juge de première instance d’ordonner la communication des enregistrements la concernant, de près ou de loin. Cette prétention s’avère sans fondement.

[76] In our opinion, it must be borne in mind that, although Imperial Oil is a third party in the parallel criminal proceedings, it has become a party to the civil proceedings. It therefore has the same rights and is subject to the same procedural rules as all the parties. As we mentioned above, the court must encourage the fullest possible disclosure of evidence at the exploratory stage unless a specific exception applies. It is only if there are reasons why he or she should not do so that the judge may refuse to order the disclosure.

[77] From this perspective, Imperial Oil asserts that the public interest in protecting the privacy of innocent persons is sufficiently important to constitute a cause why it should not disclose the evidence contained in the recordings even though that evidence has been found to be relevant. In support of this assertion, it cites, *inter alia*, *Michaud, Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, and *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469. According to the appellant, those cases show that the protection of the innocent must take precedence over the search for truth. It adds that the disclosure of recordings involving an innocent third party must therefore be denied.

[78] We agree with the appellant that the impact of disclosure on the rights of innocent persons requires that care be taken in considering motions for disclosure. However, this rule of caution cannot constitute a cause why evidence should not be disclosed in all circumstances.

[79] First, although we will not discuss the cases relied on by Imperial Oil, we must point out that, in the circumstances of the case at bar, the harm allegedly faced by Imperial Oil differs from the harm faced by the persons concerned in the cases it cites. In most of those cases, the contents of the communications could have been made public, but that is not a factor here. Bélanger J.'s order limits

[76] Il nous apparaît nécessaire de rappeler que, bien qu'elle reste un tiers par rapport aux procédures pénales parallèles, Pétrolière Impériale est devenue une partie à l'instance civile. À ce titre, elle bénéficie des mêmes droits et est soumise aux mêmes règles procédurales que l'ensemble des parties en cause. Or, comme nous l'avons exposé plus haut, durant la phase exploratoire d'une instance, à défaut d'une exception précise, le tribunal doit favoriser la communication la plus complète de la preuve. Ce n'est qu'en présence de raisons le justifiant de s'y opposer que le juge pourra refuser d'ordonner la communication.

[77] Dans cette optique, Pétrolière Impériale affirme que l'intérêt du public dans la protection de la vie privée des personnes innocentes revêt une importance telle qu'il justifie l'opposition à la communication, et ce, même si la preuve contenue dans les enregistrements a été jugée pertinente. Pour appuyer cette affirmation, elle cite entre autres les décisions *Michaud, Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, et *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469. De prétendre l'appelante, il ressort de ces arrêts qu'entre le principe de recherche de la vérité et celui de la protection des personnes innocentes, c'est le dernier qui doit prévaloir. En conséquence, ajoute-t-elle, la communication des enregistrements concernant le tiers innocent doit être refusée.

[78] Nous sommes d'accord avec l'appelante pour dire que l'impact de la communication sur les droits des personnes innocentes exige un examen attentif d'une requête en communication. Cependant, cette règle de prudence ne saurait justifier pour autant l'opposition à la communication en toutes circonstances.

[79] D'une part, sans revenir sur la jurisprudence invoquée par Pétrolière Impériale, il importe de souligner que, dans les circonstances du présent pourvoi, le préjudice dont celle-ci serait menacée diffère des préjudices auxquels étaient exposées les personnes concernées dans les jugements qu'elle cite. En effet, dans la majorité de ces affaires, le contenu des conversations était susceptible d'être rendu public.

disclosure to the professionals participating in the proceedings. Second, it should not be forgotten that the protection of the innocent, and more specifically of their right to privacy, is not absolute. The scope of this protection depends on the specific circumstances of each case and must always be assessed in light of the various interests at stake (*MacIntyre*, at pp. 186-87; *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; *Durette*, at p. 495; *Phillips v. Vancouver Sun*, 2004 BCCA 14, 27 B.C.L.R. (4th) 27). In the instant case, since, as we will see, the potential harm has been considerably reduced by the measures taken by the judge to control the disclosure process and the scope of the disclosure, the search for truth must prevail.

(4) Conclusion

[80] When all is said and done, therefore, there is no factual or legal impediment to disclosure of the documents requested by the respondents under art. 402 *C.C.P.* In our opinion, this suffices to dispose of the constitutional arguments. There is no basis for concluding that this provision of the *Code of Civil Procedure* is inconsistent with the provisions and principles relied on by the appellants. Moreover, it seems to us that such a conflict is implausible, if not impossible, given the scheme of art. 402, para. 1 *C.C.P.* itself. By giving judges the power to refuse to order disclosure where a barrier to disclosure is provided for in legislation or has been established by the courts, this paragraph already provides that, where necessary, the principle of disclosure it codifies will yield to any applicable federal provision that prohibits disclosure.

[81] The fact that there is no impediment to disclosure does not dispose of the case, however. The interests at stake in a case such as this require us to consider the controls imposed on the disclosure process and the scope of the disclosure.

En l'espèce, ce facteur n'est pas présent. En effet, l'ordonnance de la juge Bélanger limite la communication aux seuls professionnels participant à l'instance. D'autre part, il ne faut pas oublier que la protection des personnes innocentes — plus particulièrement la protection de leur droit à la vie privée — n'est pas absolue. L'étendue de cette protection reste tributaire des circonstances particulières de chaque affaire, et doit toujours être mesurée en fonction des divers intérêts en jeu (*MacIntyre*, p. 186-187; *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; *Durette*, p. 495; *Phillips c. Vancouver Sun*, 2004 BCCA 14, 27 B.C.L.R. (4th) 27). En l'occurrence, dans la mesure où, comme nous le verrons, le préjudice potentiel se trouve considérablement réduit par les mesures prises par la juge pour encadrer la procédure de communication et l'étendue de celle-ci, le principe de la recherche de la vérité doit prévaloir.

(4) Conclusion

[80] En définitive, il n'existe donc pas d'obstacle factuel ou légal à la communication des documents que sollicitent les intimés en vertu de l'art. 402 *C.p.c.* À notre avis, cette constatation suffit pour décider des arguments de nature constitutionnelle. Rien ne permet de conclure que cette disposition du *Code de procédure civile* est incompatible avec les textes et les principes soulevés par les appelants. D'ailleurs, il nous semble que l'économie même de l'art. 402, al. 1 *C.p.c.* rend peu plausible, sinon impossible, un tel conflit. En effet, en octroyant au juge le pouvoir de refuser d'accorder la communication s'il existe une barrière légale ou prétorienne à une telle communication, cet alinéa prévoit déjà que, au besoin, le principe de communication qu'il codifie cèderait devant un texte fédéral prohibitif applicable.

[81] Toutefois, l'absence d'obstacle à la communication ne règle pas tout. Les intérêts en cause dans une affaire comme celle qui nous occupe commandent un examen du cadre régissant le processus de communication et l'étendue de celle-ci.

C. Controls on Disclosure

[82] The courts have always had a right to oversee and control the evidentiary process. They therefore have all the powers necessary for the exercise of such control (arts. 2, 20 and 46 *C.C.P.*; *Lac d'Amiante*, at paras. 36-37). These include the power to control the process of disclosing evidence and to set conditions for and limits on disclosure (art. 395 *C.C.P.*; *Glegg*, at paras. 29-30). Judges have great discretion in exercising this power at the exploratory stage (*Frenette*, at p. 685; *Ferland and Emery*, at p. 627; *Ducharme and Panaccio*, at p. 437). The appropriateness and the extent of such control therefore vary with the interests to be protected and the circumstances of each case.

[83] A judge laying down conditions for the disclosure of private documents must consider and weigh the various interests involved. On the one hand, the judge must limit the potential for invasion of privacy and, on the other, he or she must avoid unduly limiting access to relevant documents so as to ensure that the proceedings remain fair, the search for truth is not obstructed and the proceedings are not unjustifiably delayed (see *Frenette*, at pp. 685-86). Where, as in the case at bar, the documents requested by a party result from a criminal investigation, the judge must also consider — in addition to the factors just mentioned — the impact of disclosure of the documents in question on the efficient conduct of the criminal proceedings and, if applicable, on the right of the accused to a fair trial. In light of the interest of society at large in these two principles, particular attention should be paid to them. In this regard, we wish to point out that these principles are sufficiently important that they could, although this is not a case in which they would, warrant the Crown's intervening in a situation involving the disclosure of documents *in the possession of one of the parties* to a civil proceeding. They could be relied on by the Crown itself to object to the disclosure to other parties of documents it has already disclosed to an accused who is also a party to a civil proceeding, or to ask that specific conditions be imposed for disclosure. The courts, which have control over the entire proceeding, should then

C. L'encadrement de la communication

[82] Les tribunaux ont, de tout temps, exercé un droit de regard et de contrôle sur le processus d'administration de la preuve. À cette fin, ils détiennent tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de ce contrôle (art. 2, 20 et 46 *C.p.c.*; *Lac d'Amiante*, par. 36-37). Ces pouvoirs incluent celui de contrôler le processus de communication de la preuve, d'en établir les modalités et d'en fixer les limites (art. 395 *C.p.c.*; *Glegg*, par. 29-30). Le juge qui exerce ce pouvoir durant la phase exploratoire de l'instance jouit d'une grande discrétion (*Frenette*, p. 685; *Ferland et Emery*, p. 627; *Ducharme et Panaccio*, p. 437). L'opportunité et l'intensité d'un tel contrôle varient donc en fonction des intérêts à protéger et des circonstances propres à chaque affaire.

[83] Le juge qui établit les modalités de la communication de documents à caractère privé doit considérer et sopeser les différents intérêts en présence. Il doit, d'une part, limiter les risques d'atteinte à la vie privée et, d'autre part, éviter de restreindre indûment l'accès aux documents pertinents, pour que les procédures demeurent équitables, que la recherche de la vérité ne soit pas entravée et que le déroulement de l'instance ne soit pas retardé de manière injustifiée (voir *Frenette*, p. 685-686). Dans les cas où, comme en l'espèce, les documents demandés par une partie sont le produit d'une enquête pénale, le juge devra considérer — en plus des facteurs que nous venons de mentionner — l'impact de la communication de ces documents sur le bon déroulement des procédures pénales et, s'il y a lieu, sur le droit des accusés concernés à un procès juste et équitable. L'intérêt de la société en général dans le respect de ces deux principes justifie qu'on leur accorde une attention particulière. À ce sujet, bien que nous ne soyons pas en présence d'un cas de la sorte, nous tenons à souligner que l'importance de ces principes est telle qu'ils pourraient justifier l'intervention de la Couronne dans une situation de communication de documents *en la possession d'une des parties* au litige civil. Sur la base de ces principes, la Couronne elle-même pourrait s'opposer à ce que des documents qu'elle a déjà communiqués à un accusé, qui participe également à l'instance civile, soient communiqués à d'autres parties, ou encore

weigh the various interests at stake to decide whether to grant the disclosure being sought and, if so, what the extent of the disclosure should be.

[84] At the exploratory stage of a proceeding, the right to privacy, the efficient conduct of criminal proceedings and the right to make full answer and defence are, to some degree, protected by the duty of confidentiality imposed on the parties, their counsel and their experts (see *Lac d'Amiante; Autorité des marchés financiers*, at para. 57; *Marché Lionel Coudry inc. v. Métro inc.*, 2004 CanLII 73143 (Que. C.A.), at para. 7; *Southam Inc. v. Landry*, 2003 CanLII 71970 (Que. C.A.), at para. 6). Despite its importance, however, this preventive measure will not always be enough. If necessary, judges have the powers they need to impose other conditions (*Glegg*, at para. 30). For example, a judge can limit the number of persons authorized to consult the requested documents and specify in what capacity and for how long they may do so. The judge can also establish the circumstances of this access by, for example, ordering that disclosure be made in a specific manner and, if necessary, at a specific time and place. And where appropriate, the judge can order that the information in a requested document be “screened” (Ducharme and Panaccio, at pp. 437-38).

[85] In every case, the judge must, bearing in mind the proportionality principle that is inherent in art. 402 *C.C.P.* and is also spelled out in art. 4.2 *C.C.P.*, consider the financial and administrative impact of the conditions being imposed and how they will affect the general conduct of the proceedings. The judge must also consider the scope of the disclosure being ordered, although the number of documents sought in a motion is not in itself a ground for dismissing the motion (*Daishowa inc. v. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1993] R.J.Q. 175 (Sup. Ct.), aff'd [1993] AZ-50072356; *S.M. v. S.G.*, [1986] R.D.J. 617 (C.A.)).

demander que la communication soit assujettie à certaines modalités particulières. Les tribunaux qui détiennent un pouvoir de contrôle sur l'ensemble de l'instance devraient alors soulever les différents intérêts en jeu pour décider si la communication demandée doit avoir lieu et, si oui, quelle doit être l'étendue de celle-ci.

[84] Cependant, au cours de la phase exploratoire de l'instance, le droit au respect de la vie privée, le bon déroulement des procédures pénales et le droit à une défense pleine et entière sont, dans une certaine mesure, protégés par le devoir de confidentialité qui s'impose aux parties, à leurs avocats et à leurs experts (voir *Lac d'Amiante; Autorité des marchés financiers*, par. 57; *Marché Lionel Coudry inc. c. Métro inc.*, 2004 CanLII 73143 (C.A. Qué.), par. 7; *Southam Inc. c. Landry*, 2003 CanLII 71970 (C.A. Qué.), par. 6). Malgré son importance, cette mesure de protection préventive ne suffira pas toujours. Si besoin est, le juge dispose des pouvoirs nécessaires pour fixer d'autres modalités (*Glegg*, par. 30). À titre d'exemple, il peut limiter le nombre de personnes autorisées à consulter les différents documents demandés, et préciser à quel titre et pour combien de temps elles peuvent le faire. Il lui est également possible d'établir les conditions dans lesquelles cet accès doit se dérouler, par exemple en ordonnant que la communication s'effectue d'une manière précise et, au besoin, à un moment et à un endroit déterminés. De même, si le type de document demandé s'y prête, il peut ordonner le « filtrage » de l'information (Ducharme et Panaccio, p. 437-438).

[85] Dans tous les cas, tout en respectant le principe de proportionnalité qui fait intrinsèquement partie de l'art. 402 *C.p.c.*, en plus d'être consacré à l'art. 4.2 *C.p.c.*, le juge doit considérer l'impact financier et administratif des modalités qu'il impose, de même que leur influence sur le déroulement général de l'instance. Cette remarque vaut également pour l'étendue de la communication ordonnée, bien que la quantité de documents visés par la requête ne constitue pas, à elle seule, un motif d'irrecevabilité (*Daishowa inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1993] R.J.Q. 175 (C.S.), conf. par [1993] AZ-50072356; *S.M. c. S.G.*, [1986]

Likewise, where a judge orders the person in possession of the documents to sort the information before disclosing it, the judge must also take the financial and administrative burden thus imposed on that third party into account. Combined with the relevance test, this factor will enable the judge to limit the scope of disclosure to that which is strictly necessary. A court hearing an application for disclosure can also consider the related costs and order that the applicant pay a reasonable amount in compensation to the person who is thus required to disclose documents in his or her possession.

[86] Where the requested documents result from a criminal investigation, the judge can refuse to order disclosure if he or she is satisfied that even the strictest disclosure conditions would not be sufficient to ensure, *inter alia*, the efficient conduct of criminal proceedings, the protection of third-party rights or the right to a fair trial. In such exceptional situations, the judge will therefore have the power to deny an application for disclosure under art. 402 *C.C.P.* if, from a societal perspective, the prejudicial effect of the disclosure outweighs its potential benefits. In this context, a judge may not refuse to order disclosure solely because it is argued that fundamental rights were violated in obtaining the requested evidence. In such a case, it is not the disclosure but the admissibility of the evidence that can be contested under art. 2858 *C.C.Q.*, which provides that a court “shall, even of its own motion, reject any evidence obtained under such circumstances that fundamental rights and freedoms are violated and whose use would tend to bring the administration of justice into disrepute”.

[87] In the instant case, Bélanger J.’s order is perfectly consistent with these principles. Its scope is limited so as to protect the right to privacy of all those whose communications were intercepted. The limits also ensure that disclosure of the information will not hinder the efficient conduct of the criminal proceedings or violate the right of the defendants still facing criminal charges to a fair trial. Finally,

R.D.J. 617 (C.A.)). Pareillement, dans la mesure où le juge ordonne que la personne en possession des documents trie l’information avant de la communiquer, il doit également tenir compte du fardeau financier et administratif ainsi imposé à ce tiers. Conjugué au critère de la pertinence, ce facteur lui permettra de limiter au strict nécessaire l’étendue de la communication. La cour saisie de la demande de communication pourra aussi examiner la question des coûts qui lui sont afférents et imposer à la partie requérante l’obligation de payer une indemnité raisonnable à la personne qui se voit ainsi contrainte de communiquer des documents en sa possession.

[86] Lorsque les documents demandés sont les fruits d’une enquête pénale, le juge peut refuser d’en ordonner la communication s’il est convaincu que même des modalités très strictes de communication ne seraient pas suffisantes pour assurer notamment le bon déroulement des procédures pénales, la protection des droits des tiers ou, encore, le droit à un procès juste et équitable. Dans ces situations exceptionnelles, le juge aura donc le pouvoir de refuser une demande de communication en vertu de l’art. 402 *C.p.c.* si, pour la société, l’effet préjudiciable de cette communication est plus grand que ses avantages potentiels. Dans ce contexte, le seul fait qu’on plaide qu’il y a eu violation des droits fondamentaux dans l’obtention de la preuve demandée ne permet pas au juge de refuser d’en ordonner la communication. Dans un tel cas, ce n’est pas la communication mais bien l’admissibilité de la preuve qui pourra être contestée en vertu de l’art. 2858 *C.c.Q.*, lequel précise qu’un tribunal « doit, même d’office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l’utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ».

[87] En l’espèce, l’ordonnance de la juge Bélanger respecte complètement ces principes. Sa portée est limitée de manière à protéger le droit à la vie privée de l’ensemble des personnes dont les conversations ont été interceptées. Ces limites assurent également que la communication ne constitue pas une entrave au bon déroulement des procédures pénales et une atteinte au droit qu’ont les défendeurs

there is no indication that the order imposes an undue financial and administrative burden on the third party in question in this case.

VI. Conclusion

[88] For all these reasons, we are of the opinion that both appeals must be dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

[89] THE CHIEF JUSTICE — I have read the reasons of my colleagues LeBel and Wagner JJ., and am in agreement with the conclusion that they reach in these appeals. However, assuming that my colleagues' reasons can be read as characterizing s. 193(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, as empowering Canadian authorities to disclose intercepted private communications for use in civil proceedings (an assumption that I do not share), I must respectfully disagree.

[90] In my view, the power to obtain disclosure of the intercepted private communications in the circumstances of this case arises solely from art. 402 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, not s. 193(2)(a). Section 193(2)(a) provides an exemption from the application of s. 193(1), the offence provision. Where the state is otherwise empowered or required to disclose intercepted private communications in civil proceedings — as in the case where a court orders disclosure pursuant to art. 402 — s. 193(2)(a) protects the authorities from criminal sanction.

[91] I am otherwise in agreement with the reasons provided by LeBel and Wagner JJ. I would therefore dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

[92] ABELLA J. (dissenting) — “[O]ne can scarcely imagine a state activity more dangerous to individual privacy than electronic surveillance”.

toujours accusés au pénal de subir un procès juste et équitable. Finalement, rien n'indique que l'ordonnance crée un fardeau financier et administratif excessif pour le tiers visé en l'espèce.

VI. Conclusion

[88] Pour l'ensemble de ces motifs, nous sommes d'avis que les deux pourvois doivent être rejetés, avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[89] LA JUGE EN CHEF — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges LeBel et Wagner et je souscris à leur conclusion dans les présents pourvois. Toutefois, dans la mesure où l'on déduirait de leurs motifs que l'al. 193(2)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, habilite les autorités canadiennes à remettre, aux fins d'utilisation dans une instance civile, des communications privées interceptées (conclusion que je ne partage pas), je dois avec égards exprimer mon désaccord.

[90] Je suis d'avis que, dans les circonstances de l'espèce, le pouvoir d'obtenir les communications privées interceptées découle uniquement de l'art. 402 du *Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25, et non de l'al. 193(2)a) du *Code criminel*. L'exemption prévue par cet alinéa écarte l'application du par. 193(1), la disposition qui crée l'infraction. Lorsque l'État a par ailleurs le pouvoir ou l'obligation de divulguer dans une instance civile des communications privées interceptées — par exemple si un tribunal lui ordonne de le faire en vertu de l'art. 402 — l'al. 193(2)a) protège les autorités contre toute sanction criminelle.

[91] Je souscris pour le reste aux motifs des juges LeBel et Wagner. Par conséquent, je rejetterais les pourvois.

Version française des motifs rendus par

[92] LA JUGE ABELLA (dissidente) — « [O]n peut difficilement concevoir une activité de l'État qui soit plus dangereuse pour la vie privée des

Those words were written by La Forest J. in *Duarte* in 1990.¹ In reflecting on the threat to privacy from this extraordinary investigative technique, he said:

The very efficacy of electronic surveillance is such that it has the potential, if left unregulated, to annihilate any expectation that our communications will remain private. A society which exposed us, at the whim of the state, to the risk of having a permanent electronic recording made of our words every time we opened our mouths might be superbly equipped to fight crime, but would be one in which privacy no longer had any meaning. [p. 44]

[93] And in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, this Court held that “[p]rivacy interests in modern society include the reasonable expectation that private information will remain confidential to the persons to whom and restricted to the purposes for which it was divulged” (para. 108). See also *R. v. Comisso*, [1983] 2 S.C.R. 121, at pp. 134-35, *per* Dickson J., dissenting).

[94] Our legal system has taken those admonitions to heart. Electronic surveillance can only be authorized in the limited circumstances set out in Part VI of the *Criminal Code*² for the investigation of serious crimes, or under the *Canadian Security Intelligence Service Act*³ for the investigation of threats to national security.

[95] Notably, it is not legally permissible in Canada to authorize electronic surveillance for the purpose of gathering evidence in civil proceedings.

[96] The question in these appeals is whether intercepted private communications authorized as part of a criminal investigation can nevertheless be

particuliers que la surveillance électronique ». Ainsi s’exprimait le juge La Forest, en 1990, dans l’arrêt *Duarte*¹. Dans le cours de ses réflexions au sujet de la menace que fait planer sur la vie privée des gens cette extraordinaire technique d’enquête, il a écrit ce qui suit :

La surveillance électronique est à ce point efficace qu’elle rend possible, en l’absence de réglementation, l’anéantissement de tout espoir que nos communications restent privées. Une société nous exposant, au gré de l’État, au risque qu’un enregistrement électronique permanent soit fait de nos propos chaque fois que nous ouvrons la bouche, disposerait peut-être d’excellents moyens de combattre le crime, mais serait une société où la notion de vie privée serait vide de sens. [p. 44]

[93] Puis, dans l’arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, notre Cour a conclu que « [d]ans une société moderne, le droit à la protection de la vie privée comporte l’attente raisonnable que les renseignements privés ne resteront connus que des personnes à qui ils ont été divulgués et qu’ils ne seront utilisés que dans le but pour lequel ils ont été divulgués » (par. 108). Voir également *R. c. Comisso*, [1983] 2 R.C.S. 121, p. 134-135, le juge Dickson, dissident).

[94] Notre système de justice a pris à cœur ces mises en garde. En effet, la surveillance électronique ne peut être autorisée que dans les circonstances limitées énoncées à la partie VI du *Code criminel*², dans le cadre d’enquêtes relatives à des crimes graves, ou encore en vertu de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*³, en matière d’enquêtes sur des menaces envers la sécurité du Canada.

[95] Il convient de souligner qu’en droit canadien aucune activité de surveillance électronique ne peut être autorisée à l’occasion d’une instance civile en vue de recueillir des éléments de preuve.

[96] La question qui se pose dans les présents pourvois consiste à décider si des communications privées interceptées en vertu d’une autorisation accordée

1 *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 43.

2 R.S.C. 1985, c. C-46, s. 183, para. (a) of the definition of “offence”.

3 R.S.C. 1985, c. C-23, s. 21.

1 *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 43.

2 L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 183, al. a) de la définition d’« infraction ».

3 L.R.C. 1985, ch. C-23, art. 21.

disclosed in the discovery process of a civil case. In my respectful view, such communications can only be disclosed in a civil case where they have already been made public in a criminal trial, or where the targets of the interception have either consented to the disclosure or otherwise waived their privacy interests. None of those exceptions makes an appearance in the scenario before us.

[97] The trial judge ordered the disclosure of intercepted private communications to the plaintiffs' lawyers and experts based on its relevance. She did so before any ruling had been made in the related criminal proceedings about the legality of the electronic surveillance or the admissibility of the intercepted communications. The order was made pursuant to art. 402 of the *Code of Civil Procedure*,⁴ which states:

402. If, after [a] defence [is] filed, it appears from the record that a document relating to the issues between the parties is in the possession of a third party, he may, upon summons authorized by the court, be ordered to give communication of it to the parties, unless he shows cause why he should not do so.

[98] This provision gives significant discretion to a trial judge, but it does not give him or her *carte blanche* to order disclosure of communications protected by an almost impermeable legal coating like a privileged communication. In my view, evidence gathered through electronic surveillance is entitled to the same protection and, as a result, is not amenable to a balancing contest.

[99] Cases dealing with solicitor-client privilege offer helpful guidance. In *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, for example, the relevance of the communications did

⁴ CQLR, c. C-25.

dans le cadre d'une enquête criminelle peuvent néanmoins être divulguées à l'étape de la communication préalable dans une instance civile. Avec égards pour l'opinion contraire, je suis d'avis que de telles communications ne peuvent être divulguées dans une instance civile que lorsqu'elles ont déjà été rendues publiques dans un procès criminel, ou lorsque les personnes visées par l'interception ont consenti à la divulgation ou ont autrement renoncé à leurs droits en matière de respect de la vie privée. Nous ne sommes en présence d'aucune de ces exceptions dans l'affaire dont nous sommes saisis.

[97] La juge de première instance a ordonné que soient divulguées aux avocats et aux experts des demandeurs, sur la base de leur pertinence, des communications privées qui ont été interceptées. Elle l'a fait avant que quelque décision que ce soit ait été prononcée dans les procédures criminelles connexes concernant la validité de la surveillance électronique ou l'admissibilité des communications interceptées. L'ordonnance a été rendue en vertu de l'art. 402 du *Code de procédure civile*⁴, qui énonce ce qui suit :

402. Si, après production de la défense, il appert au dossier qu'un document se rapportant au litige est entre les mains d'un tiers, celui-ci sera tenu d'en donner communication aux parties, sur assignation autorisée par le tribunal, à moins de raisons le justifiant de s'y opposer.

[98] Cette disposition confère un vaste pouvoir discrétionnaire au juge de première instance, mais ne lui donne toutefois pas carte blanche pour ordonner la divulgation de communications jouissant d'une protection légale pratiquement impénétrable, comme c'est le cas pour les communications privilégiées. À mon avis, les éléments de preuve recueillis au moyen de mesures de surveillance électronique ont droit à la même protection et, par conséquent, ne se prêtent pas à une mise en balance des intérêts opposés.

[99] Les décisions relatives au secret professionnel de l'avocat peuvent apporter des indications utiles. Par exemple, dans l'arrêt *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2

⁴ RLRQ, ch. C-25.

not justify the disclosure of potentially privileged documents to opposing counsel. In other words, when communications are protected by privilege, they are not subject to a balancing exercise weighing their relevance against their immunity. They are protected *regardless* of relevance.

[100] Such an approach to intercepted communications seems to me to have the added endorsement of the statutory fact that both the general right to privacy and the specific right not to have confidential information disclosed are expressly protected in Quebec's *Charter of human rights and freedoms*.⁵ The discretion in art. 402 of the *Code of Civil Procedure* should therefore not be so interpreted as to extinguish the scrupulous protection for the non-disclosure of intercepted communications found in other parts of the law.

[101] This brings us to the heightened protection for intercepted communications in Part VI of the *Criminal Code*. Section 193(1), found in Part VI, makes it an offence to disclose intercepted communications. The only exceptions are set out in ss. 193(2) and 193(3). Section 193(2)(a) is the relevant provision for our purposes:

193. . . .

(2) Subsection (1) does not apply to a person who discloses a private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof or who discloses the existence of a private communication

(a) in the course of or for the purpose of giving evidence in any civil or criminal proceedings or in any other proceedings in which the person may be required to give evidence on oath;

R.C.S. 32, la pertinence des communications ne justifiait pas la divulgation, à l'avocate de la partie adverse, de documents possiblement privilégiés. En d'autres mots, lorsque des communications sont protégées par un privilège, elles ne peuvent être soumises à une opération de mise en balance où le tribunal soupèse leur pertinence et leur immunité de divulgation. Elles sont protégées *indépendamment* de leur pertinence.

[100] Il me semble que cette façon de considérer les communications interceptées trouve un appui supplémentaire dans le fait législatif suivant : tant le droit général au respect de la vie privée que le droit particulier au respect du secret professionnel sont expressément protégés dans la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵ du Québec. Il ne faudrait donc pas interpréter le pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 402 du *Code de procédure civile* d'une manière qui supprimerait la protection scrupuleuse contre la divulgation des communications interceptées prévue par d'autres règles de droit.

[101] Cela nous amène à la protection plus grande que prévoit la partie VI du *Code criminel* à l'égard des communications interceptées. Aux termes du par. 193(1), qui figure dans la partie VI, divulguer des communications interceptées constitue une infraction. Les seules exceptions sont énoncées aux par. 193(2) et (3). L'alinéa 193(2)a) est la disposition pertinente pour les besoins du présent pourvoi :

193. . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une personne qui divulgue soit tout ou partie d'une communication privée, ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci, soit l'existence d'une communication privée :

a) au cours ou aux fins d'une déposition lors de poursuites civiles ou pénales ou de toutes autres procédures dans lesquelles elle peut être requise de déposer sous serment;

⁵ CQLR, c. C-12, ss. 5 and 9.

⁵ RLRQ, ch. C-12, art. 5 et 9.

[102] Part VI recognizes the uniquely intrusive character of electronic surveillance by permitting state interception of private communications *only* if express safeguards are followed. Those safeguards include restrictions in the types of criminal offences for which authorization can be granted;⁶ the requirement that there be no other reasonable alternative method of investigating the crime in question;⁷ and the requirement that targets of an interception be notified of the interception within a defined period of time, enabling them to challenge the legality of the interception.⁸ Until a determination has been made as to the legality of a challenged interception, the communication is not admissible in a criminal proceeding.

[103] This means that s. 193(2)(a) should not be interpreted in a way that overrides the privacy protections in Part VI. Section 193(2)(a) does not create a right to access intercepted communications. At the very least, it should not be available to preempt a judicial determination about the validity of an interception. Until those interceptions have been found, or are conceded to be lawful and admitted into evidence in a criminal proceeding, they retain their private character for all purposes and are not available to the public. If, on the other hand, they are found to be lawful and admissible and are in fact made public in those proceedings, they are rendered public for all purposes, including civil proceedings.

[104] Using s. 193(2)(a) to permit litigants in a civil case to get disclosure of communications intercepted in the course of a criminal investigation before a challenged interception is found to be lawful, allows those litigants to benefit indirectly from an extraordinary investigative technique they are otherwise not legally entitled to. It seems to me to be ironic to say that communications sedulously

[102] La partie VI reconnaît le caractère exceptionnellement attentatoire de la surveillance électronique, en ce qu'elle permet l'interception de communications privées par l'État *uniquement* si certaines garanties expresses sont respectées. Parmi ces garanties, mentionnons les suivantes : des restrictions quant aux types d'infractions criminelles à l'égard desquelles une autorisation peut être accordée⁶; la condition exigeant qu'il n'existe aucune autre méthode raisonnable permettant d'enquêter sur le crime en question⁷; l'obligation d'aviser dans un délai déterminé les personnes qui ont fait l'objet de l'interception⁸, mesure qui leur permet d'attaquer la légalité de l'interception. Tant qu'il n'a pas été statué sur la légalité d'une interception contestée, les communications interceptées ne sont pas admissibles dans une instance pénale.

[103] Cela signifie que l'al. 193(2)a) ne devrait pas être interprété d'une manière qui écarte les mesures de protection de la vie privée que prévoit la partie VI. L'alinéa 193(2)a) ne crée pas un droit d'accès aux communications interceptées. À tout le moins, il ne devrait pas pouvoir être invoqué pour prévenir une décision judiciaire relative à la validité d'interceptions. Tant que la validité de ces interceptions n'a pas été constatée ou concédée et que les communications interceptées n'ont pas été admises en preuve dans une instance criminelle, elles conservent à toutes fins utiles leur caractère privé et le public ne peut y avoir accès. Si, par contre, les communications interceptées sont jugées légales et admissibles et sont rendues publiques dans l'instance en question, elles deviennent alors publiques à toutes fins utiles, y compris dans le cadre de procédures civiles.

[104] Le fait de se fonder sur l'al. 193(2)a) afin de permettre à des plaideurs dans une instance civile d'obtenir la divulgation de communications interceptées dans une enquête criminelle — avant qu'une interception contestée ait été jugée légale — permet à ces mêmes plaideurs de bénéficier indirectement d'une technique d'enquête extraordinaire à laquelle ils n'ont autrement pas droit en vertu de la loi. Il

⁶ s. 183, para. (a) of the definition of "offence".

⁷ s. 186(1)(b); *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992.

⁸ s. 196.

⁶ art. 183, al. a) de la définition d'« infraction ».

⁷ al. 186(1)b); *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992.

⁸ art. 196.

protected from disclosure in the criminal justice system can somehow shed those protections by crossing over to the civil justice side of the street.

[105] It is noteworthy too that in other jurisdictions, intercepted private communications can never be disclosed as part of civil litigation between private parties: *National Broadcasting Co. v. United States Department of Justice*, 735 F.2d 51 (2nd Cir. 1984); *In re Motion to Unseal Electronic Surveillance Evidence*, 990 F.2d 1015 (8th Cir. 1993); C. S. Fishman and A. T. McKenna, *Wiretapping & Eavesdropping: Surveillance in the Internet Age* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 4, at § 41:69; *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (U.K.), 2000, c. 23, ss. 17 and 18.

[106] The trial judge in this case ordered the disclosure of confidential intercepted private communications in a civil proceeding about the price of gasoline, undoubtedly an important issue, but hardly of sufficient public urgency to warrant the premature disclosure of private communications before their legality — and the public's entitlement to their contents — has been judicially determined in the criminal proceedings.

[107] I would allow the appeals.

Appeals dismissed with costs, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant Imperial Oil: Gowling Lafleur Henderson, Montréal and Ottawa.

Solicitors for the appellants Couche-Tard Inc. et al.: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal; Louis Belleau, Montréal; Chenette, Boutique de litige, Montréal; Osler Hoskin & Harcourt, Montréal; McMillan, Montréal; Langlois Kronström Desjardins, Montréal; Miller Thomson, Toronto; Miller Thomson Pouliot, Montréal.

me paraît paradoxal d'affirmer que des communications assidûment protégées contre la divulgation dans le système de justice criminelle puissent d'une certaine manière perdre ces protections simplement en traversant la rue et en entrant dans le système de justice civile.

[105] Il convient également de souligner que, dans d'autres pays, des communications privées interceptées ne peuvent jamais être divulguées dans un litige civil entre des parties privées : *National Broadcasting Co. c. United States Department of Justice*, 735 F.2d 51 (2nd Cir. 1984); *In re Motion to Unseal Electronic Surveillance Evidence*, 990 F.2d 1015 (8th Cir. 1993); C. S. Fishman et A. T. McKenna, *Wiretapping & Eavesdropping : Surveillance in the Internet Age* (3^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 4, § 41:69; *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (R.-U.), 2000, ch. 23, art. 17 et 18.

[106] En l'espèce, la juge de première instance a ordonné, dans le cadre d'une instance civile portant sur le prix de l'essence, la divulgation de communications privées confidentielles interceptées. Le prix de l'essence constitue indubitablement une question importante, mais cette question est loin d'être suffisamment urgente pour le public pour justifier la divulgation prématurée de communications privées avant que la légalité de leur interception — et le droit du public d'en prendre connaissance — ait été judiciairement décidée dans le procès criminel.

[107] J'accueillerais les pourvois.

Pourvois rejetés avec dépens, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l'appelante Pétrolière Impériale : Gowling Lafleur Henderson, Montréal et Ottawa.

Procureurs des appelants Couche-Tard inc. et autres : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal; Louis Belleau, Montréal; Chenette, Boutique de litige, Montréal; Osler Hoskin & Harcourt, Montréal; McMillan, Montréal; Langlois Kronström Desjardins, Montréal; Miller Thomson, Toronto; Miller Thomson Pouliot, Montréal.

Solicitors for the appellant Ultramar Ltd.: Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the respondents Simon Jacques et al.: Bernier Beaudry, Québec; Paquette Gadler, Montréal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec; Chamberland Gagnon, Québec.

Solicitor for the respondent the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Ottawa.

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

Procureurs de l'appelante Ultramar ltée : Stikeman Elliott, Montréal.

Procureurs des intimés Simon Jacques et autres : Bernier Beaudry, Québec; Paquette Gadler, Montréal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec; Chamberland Gagnon, Québec.

Procureur de l'intimé le directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Ottawa.

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

**Michel Thibodeau and
Lynda Thibodeau** *Appellants*

v.

Air Canada *Respondent*

- and -

**Commissioner of Official Languages
of Canada** *Appellant*

v.

Air Canada *Respondent*

INDEXED AS: THIBODEAU v. AIR CANADA

2014 SCC 67

File No.: 35100.

2014: March 26; 2014: October 28.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Official languages — Breach of language rights during international carriage by air — Airline failing to provide services in French on international flights — Passengers applying to Federal Court for damages and a structural order under Official Languages Act — Whether award of damages barred by limitation of damages liability set out in the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (“Montreal Convention”) — Whether structural order appropriate — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), s. 77(4) — Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, 2242 U.N.T.S. 309, Article 29.

Legislation — Interpretation — Conflicting legislation — Airline breaching passengers’ right to services in French under Official Languages Act by failing to provide services in French on international flights — Passengers

**Michel Thibodeau et
Lynda Thibodeau** *Appelants*

c.

Air Canada *Intimée*

- et -

**Commissaire aux langues officielles
du Canada** *Appelant*

c.

Air Canada *Intimée*

RÉPERTORIÉ : THIBODEAU c. AIR CANADA

2014 CSC 67

N° du greffe : 35100.

2014 : 26 mars; 2014 : 28 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Langues officielles — Atteinte à des droits linguistiques au cours d’un transport aérien international — Omission du transporteur aérien de fournir des services en français sur des vols internationaux — Demande de dommages-intérêts et d’ordonnance structurelle présentée par des passagers à la Cour fédérale en vertu de la Loi sur les langues officielles — La limite de la responsabilité à l’égard des dommages prescrite par la Convention pour l’unification de certaines règles relatives au transport aérien international (« Convention de Montréal ») fait-elle obstacle à l’octroi de dommages-intérêts? — L’ordonnance structurelle était-elle convenable? — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 77(4) — Convention pour l’unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 2242 R.T.N.U. 309, Article 29.

Législation — Interprétation — Conflit de loi — Transporteur aérien portant atteinte au droit que confère la Loi sur les langues officielles aux passagers de recevoir des services en français en omettant de les servir dans cette

applying to Federal Court for damages under Official Languages Act — Whether award of damages barred by limitation of damages liability set out in Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (“Montreal Convention”) — Whether Official Languages Act and Montreal Convention conflict or overlap — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), s. 77(4) — Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, 2242 U.N.T.S. 309, Article 29.

In 2009, on three international flights operated by the airline and in an airport, the passengers did not receive services in the French language. They filed several complaints with the Office of the Commissioner of Official Languages against the airline, four of which were upheld. There is no dispute that the airline breached its obligations to supply services in French under s. 22 of the *Official Languages Act* (the “OLA”) on the occasions giving rise to those four complaints. The passengers applied to the Federal Court under s. 77 of the OLA for damages and for structural orders in relation to the airline’s breaches of their right to services in French. The airline defended against the claims for damages by relying on the limitation on damages liability set out in the *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air* (the “Montreal Convention”), which restricts the types and the amount of claims for damages that may be made against international air carriers. The Federal Court found that the passengers were entitled to both damages and a structural order, holding that although there was a conflict between the limitation on damages in the *Montreal Convention* and the power under the OLA to award damages, the latter prevailed. The Federal Court of Appeal set aside the award of damages for the three complaints about events that took place on board the flights as well as the structural order. It held that the *Montreal Convention* precluded the damages remedy and that a structural order was not appropriate.

Held (Abella and Wagner JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

langue sur des vols internationaux — Demande de dommages-intérêts présentée par des passagers à la Cour fédérale en vertu de la Loi sur les langues officielles — La limite de la responsabilité à l’égard des dommages prescrite par la Convention pour l’unification de certaines règles relatives au transport aérien international (« Convention de Montréal ») fait-elle obstacle à l’octroi de dommages-intérêts? — Y a-t-il conflit ou chevauchement entre la Loi sur les langues officielles et la Convention de Montréal? — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 77(4) — Convention pour l’unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 2242 R.T.N.U. 309, Article 29.

En 2009, lors de trois vols internationaux du transporteur aérien et dans un aéroport, les passagers n’ont pas reçu de services en français. Ils ont déposé plusieurs plaintes contre le transporteur aérien auprès du Commissariat aux langues officielles, et quatre de ces plaintes ont été accueillies. Il est acquis aux débats que le transporteur aérien a, à l’occasion des faits à l’origine de ces quatre plaintes, manqué aux obligations de fournir des services en français que lui impose l’art. 22 de la *Loi sur les langues officielles* (la « LLO »). Les passagers se sont adressés à la Cour fédérale en vertu de l’art. 77 de la LLO en vue d’obtenir des dommages-intérêts et des ordonnances structurelles par suite des atteintes par le transporteur aérien à leur droit d’être servis en français. Le transporteur aérien a contesté les demandes de dommages-intérêts en invoquant la limite de la responsabilité à l’égard des dommages prescrite par la *Convention pour l’unification de certaines règles relatives au transport aérien international* (la « *Convention de Montréal* »), qui limite les types de recours en dommages-intérêts qui peuvent être intentés contre les transporteurs aériens internationaux et les montants qui peuvent être réclamés. La Cour fédérale a conclu que les passagers avaient droit à des dommages-intérêts ainsi qu’à une ordonnance structurelle, et précisé que, malgré l’existence d’un conflit entre la limite imposée en matière de dommages-intérêts par la *Convention de Montréal* et le pouvoir conféré par la LLO d’accorder des dommages-intérêts, ce pouvoir l’emportait. La Cour d’appel fédérale a annulé les dommages-intérêts octroyés pour les trois plaintes visant les faits survenus à bord des vols, ainsi que l’ordonnance structurelle. Elle a jugé que la *Convention de Montréal* empêchait le recours en dommages-intérêts et qu’une ordonnance structurelle ne constituait pas une réparation convenable.

Arrêt (les juges Abella et Wagner sont dissidents) : Les pourvois sont rejetés.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.: The *Montreal Convention's* uniform and exclusive scheme of damages liability for international air carriers does not permit an award of damages for breach of language rights during international carriage by air. To hold otherwise would do violence to the text and purpose of the *Montreal Convention*, depart from Canada's international obligations under it and put Canada off-side a strong international consensus concerning its scope and effect. The general remedial power under the *OLA* to award appropriate and just remedies cannot — and should not — be read as authorizing Canadian courts to depart from Canada's international obligations under the *Montreal Convention*.

The claims before this Court fall squarely within the exclusion established by the *Montreal Convention*. The key provision at the core of the *Montreal Convention's* exclusive set of rules for liability is Article 29. This provision makes clear that the *Montreal Convention* provides the exclusive recourse against airlines for various types of claims arising in the course of international carriage by air. Article 29 establishes that in relation to claims falling within the scope of the *Montreal Convention*, “any action for damages, however founded” may only be brought “subject to the conditions and such limits of liability as are set out in this Convention”. Articles 17 to 19 of the *Montreal Convention* establish that the carrier is liable for damage sustained: in case of an accident causing the death or bodily injury of a passenger on board the aircraft or in the course of embarking or disembarking (Article 17); in case of destruction or loss of, or of damage to, baggage while in the charge of the carrier (Article 17); in the event of the destruction or loss of, or damage to, cargo during carriage (Article 18); and for damage occasioned by delay (Article 19).

Two of the main purposes of the *Montreal Convention* are to achieve a uniform set of rules governing damages liability of international air carriers and to provide limitation of carrier liability. These purposes can only be achieved by the *Montreal Convention* if it provides the exclusive set of rules in relation to the matters that it covers. The *Montreal Convention* does not deal with all aspects of international carriage by air, but within the scope of the matters which it does address, it is exclusive in that

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis : Le régime de responsabilité uniforme et exclusif pour les dommages établi par la *Convention de Montréal* à l'égard des transporteurs aériens internationaux ne permet pas d'accorder des dommages-intérêts en cas de violation de droits linguistiques lors d'un transport aérien international. Tirer la conclusion contraire dénaturerait le libellé et l'objet de la *Convention de Montréal*, irait à l'encontre des obligations internationales que celle-ci impose au Canada et exclurait le Canada du solide consensus international qui existe sur sa portée et ses effets. Le pouvoir général que confère la *LLO* d'accorder une réparation juste et convenable ne peut — et ne doit pas — être interprété comme autorisant les tribunaux canadiens à déroger aux obligations internationales qui incombent au Canada en application de la *Convention de Montréal*.

Les demandes soumises à notre Cour tombent nettement sous le coup de l'exclusion établie par la *Convention de Montréal*. La disposition qui se trouve au cœur de l'ensemble de règles de responsabilité exclusives établi par la *Convention de Montréal* est l'article 29. Il ressort clairement de cette disposition que la *Convention de Montréal* offre le seul recours pouvant être intenté contre les transporteurs aériens pour différents types de dommages subis lors d'un transport aérien international. L'article 29 dispose que, pour ce qui est des recours relevant de la *Convention de Montréal*, « toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit », ne peut être exercée « que dans les conditions et limites de responsabilité prévues par la présente convention ». Les articles 17 à 19 de la *Convention de Montréal* précisent que le transporteur est responsable du préjudice survenu : en cas de mort ou de lésion corporelle subie par un passager lors d'un accident qui s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de l'embarquement ou du débarquement (article 17); en cas de destruction, de perte ou d'avarie des bagages alors que le transporteur en avait la garde (article 17); en cas de destruction, de perte ou d'avarie de la marchandise pendant le transport (article 18); et en cas de dommage résultant d'un retard (article 19).

Établir un ensemble de règles uniformes encadrant la responsabilité pour dommages des transporteurs aériens internationaux et limiter cette responsabilité sont deux des principaux objectifs de la *Convention de Montréal*, qui ne peut les réaliser que si elle constitue un ensemble exclusif de règles applicables aux matières auxquelles elle s'applique. La *Convention de Montréal* ne touche pas tous les aspects du transport aérien international. Mais, dans les limites des matières qu'elle aborde, elle est exclusive

it bars resort to other bases for liability in those areas. The *Montreal Convention's* text and purpose as well as a strong current of jurisprudence make it clear that the exclusivity of the liability scheme established under the *Montreal Convention* extends at least to excluding actions arising from injuries suffered by passengers during flight or embarkation and debarkation when those actions do not otherwise fall within the scheme of permitted claims.

The passengers' argument that the *Montreal Convention* does not limit claims for damages sought in relation to public law claims or breaches of quasi-constitutional statutes has no support in the text or purpose of the *Montreal Convention* or in the international jurisprudence. The limitation in Article 29 of the *Montreal Convention* applies to "any action" in the carriage of passengers, baggage or cargo, "for damages, however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise". There is no hint in this language that there is any intention to exempt any "action for damages" in the carriage of passengers, baggage or cargo depending on its legal foundation, such as when a plaintiff brings forward a statutory monetary claim of a public law nature based on the breach of quasi-constitutional rights. The passengers' claims are an "action for damages" within the meaning of Article 29, as they claim damages for injuries, namely moral prejudice, pain and suffering and loss of enjoyment of their vacation, suffered in the course of an international flight. Permitting an action in damages to compensate for moral prejudice, pain and suffering and loss of enjoyment of a passenger's vacation that does not otherwise fulfill the conditions of Article 17 of the *Montreal Convention* (because the action does not relate to death or bodily injury) would fly in the face of Article 29. It would also undermine one of the main purposes of the *Montreal Convention*, which is to bring uniformity across jurisdictions to the types and upper limits of claims for damages that may be made against international carriers for damages sustained in the course of carriage of passengers, baggage and cargo. The application of the *Montreal Convention* focuses on the factual circumstances surrounding the monetary claim, not the legal foundation of it.

en ce qu'elle interdit tout autre recours en responsabilité. Le texte et l'objet de la *Convention de Montréal*, ainsi qu'un fort courant jurisprudentiel, démontrent clairement que l'exclusivité du régime de responsabilité établi par la *Convention de Montréal* permet à tout le moins d'exclure les actions découlant du préjudice subi par les passagers en cours de vol ou lors de l'embarquement et du débarquement, si ces actions ne sont pas par ailleurs visées par le régime des recours autorisés.

L'argument des passagers selon lequel la *Convention de Montréal* ne limite pas les actions en dommages-intérêts exercées au titre d'un recours de droit public pour violation d'une loi quasi constitutionnelle n'est aucunement étayé par le texte ou l'objet de la *Convention de Montréal*, ni par la jurisprudence internationale. Les limites prévues à l'article 29 de la *Convention de Montréal* s'appliquent, dans le transport de passagers, de bagages ou de marchandises, à « toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit, en vertu de la présente convention, en raison d'un contrat ou d'un acte illicite ou pour toute autre cause ». Il ne se dégage de ces termes aucune intention de soustraire quelque « action en dommages-intérêts » que ce soit dans le transport de passagers, de bagages ou de marchandises selon son fondement légal, par exemple lorsque le demandeur présente, en vertu de la loi, une demande pécuniaire de droit public fondée sur la violation de droits quasi constitutionnels. Les demandes des passagers constituent une « action en dommages-intérêts » au sens de l'article 29, puisque ces derniers réclament des dommages-intérêts pour les préjudices subis — à savoir préjudice moral, troubles et inconvénients, et perte de jouissance de leurs vacances — au cours d'un vol international. Permettre l'exercice d'une action en dommages-intérêts visant l'indemnisation du préjudice moral, des troubles et inconvénients et de la perte de jouissance des vacances du passager, action qui ne respecte pas par ailleurs les conditions de l'article 17 de la *Convention de Montréal* (parce qu'elle ne découle pas de la mort ou d'une lésion corporelle), serait contraire à l'article 29. Autoriser une action de ce genre compromettrait aussi l'un des principaux objectifs de la *Convention de Montréal*, qui est d'assurer l'uniformité entre les pays quant aux types de recours en dommages-intérêts pouvant être exercés contre les transporteurs internationaux pour les dommages subis au cours du transport de passagers, de bagages et de marchandises, et aux plafonds applicables à ces recours. L'application de la *Convention de Montréal* s'attache aux faits qui entourent la réclamation pécuniaire, non au fondement juridique de cette réclamation.

The passengers' argument that the substantive scope of the *Montreal Convention* does not extend to barring claims for "standardized damages" and that their claims are of that nature must also be rejected. Even if this Court were to adopt the distinction between "individual damages" and "standardized damages" relied on in jurisprudence from the European Court of Justice, the damages sought by the passengers in this case were for damages on an individual basis, as they were geared to and depended upon the impact on the passengers of the particular breaches.

The passengers' submission that, even if their claims fall within the substantive scope of the *Montreal Convention*, they fall outside its temporal scope for cases involving personal injuries since the assignments of non-bilingual flight attendants on the relevant flights were decisions made long before the embarkation process is not well founded. The passengers were clearly within the temporal limits of the *Montreal Convention* when they suffered the breach of their language rights. Courts must focus their application of the exclusivity principle on the location or activity of the passenger when the accident or occurrence directly causing the particular injury giving rise to the claim occurred, not on some antecedent fault.

When the *OLA* and the *Montreal Convention* are properly interpreted, there is no conflict between the general remedial powers under the *OLA* and the exclusion of damages under the *Montreal Convention* and, therefore, there is no need to consider which would prevail if there were. Courts presume that legislation passed by Parliament does not contain contradictions or inconsistencies and only find that they exist when provisions are so inconsistent that they are incapable of standing together. Even when provisions overlap in the sense that they address aspects of the same subject, they are interpreted so as to avoid conflict wherever this is possible. The provisions in issue here overlap but do not conflict. They have markedly different purposes and touch on distinct subject matters. The remedial provisions of the *OLA* are part of a larger scheme of obligations and mechanisms the object of which is to preserve and strengthen the vitality of Canada's official languages in our federal institutions. The *Montreal Convention*, in contrast, is part of an internationally agreed upon uniform and exclusive scheme addressing the damages claims in the field of international carriage by air. The remedial provisions in the

Il faut aussi rejeter l'argument des passagers selon lequel le champ d'application substantiel de la *Convention de Montréal* ne fait pas obstacle aux recours en dommages-intérêts pour « préjudices appelant des réparations standardisées », et leurs demandes sont de cette nature. Même si notre Cour adoptait la distinction établie par la Cour européenne de justice dans sa jurisprudence entre les « préjudices individuels » et les « préjudices appelant des réparations standardisées », les dommages-intérêts réclamés par les passagers en l'espèce l'étaient à titre individuel, car ils étaient fonction du préjudice causé aux passagers par les manquements particuliers en cause.

N'est pas fondé l'argument des passagers voulant que, même si leurs demandes relèvent du champ d'application substantiel de la *Convention de Montréal*, elles dépassent son champ d'application temporel pour ce qui est des cas de préjudice personnel, parce que l'affectation d'agents de bord non bilingues à bord des vols en cause était une décision prise bien avant la procédure d'embarquement. La situation des passagers relevait clairement du champ d'application temporel de la *Convention de Montréal* lorsqu'on a porté atteinte à leurs droits linguistiques. Les tribunaux doivent appliquer le principe de l'exclusivité en fonction de l'endroit où se trouvait le passager, ou de ce qu'il faisait, au moment de l'accident ou de l'événement ayant causé directement le préjudice ouvrant droit au recours, et non en fonction d'une quelconque faute antérieure.

Suivant une interprétation correcte de la *LLO* et de la *Convention de Montréal*, aucun conflit n'oppose les pouvoirs de réparation généraux conférés par la *LLO* et l'exclusion du recours en dommages-intérêts par la *Convention de Montréal*, et il n'est donc pas nécessaire de déterminer lequel de ces textes prévaudrait dans le cas contraire. Les tribunaux présument que les lois adoptées par le législateur ne contiennent ni contradiction ni incohérence, et ils ne concluent à l'existence de l'une ou l'autre que si les dispositions sont à ce point incompatibles qu'elles ne peuvent coexister. Même lorsque les dispositions se chevauchent, en ce sens où elles traitent des aspects d'une même matière, elles sont interprétées de façon à éviter les conflits chaque fois que cela est possible. Les dispositions en cause ici se chevauchent, mais ne sont pas en conflit. Elles ont des objets sensiblement différents et traitent de matières distinctes. Les dispositions réparatrices de la *LLO* s'inscrivent dans un régime général d'obligations et de mécanismes visant à préserver et à renforcer l'épanouissement des langues officielles au sein de nos institutions fédérales. La *Convention de Montréal*, en revanche, fait partie d'un régime uniforme

OLA cannot be understood to be an exhaustive code that requires damages to be available in all settings and without regard to all other relevant laws. The *OLA* does not provide that damages should be granted in every case, but authorizes courts to grant “appropriate and just” remedies. The power to grant an “appropriate and just” remedy may easily be reconciled with the specific and limited exclusion of damages in the context of international air travel. A remedy is not “appropriate and just” if awarding it would constitute a breach of Canada’s international obligations under the *Montreal Convention*. Accordingly, in fashioning an appropriate and just remedy under the *OLA* in a case of international carriage by air, the Federal Court must apply the limitation on damages set out in Article 29 of the *Montreal Convention*.

The passengers’ submission that the quasi-constitutional status of the *OLA* prevents a harmonious interpretation of s. 77(4) of the *OLA* and of Article 29 of the *Montreal Convention* must be rejected. Section 77(4) of the *OLA*, which confers a wide remedial authority, is certainly part of a quasi-constitutional statutory scheme designed to both reflect and actualize the equality of status of English and French as the official languages of Canada and the equal rights and privileges as to their use in the institutions of Parliament and government of Canada as declared in s. 16(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and it should be interpreted generously to achieve its purpose. These factors, however, do not alter the correct approach to statutory interpretation which requires that the words of a statute be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and object of the statute and the intention of Parliament. The *OLA*, read in its full context, demonstrates that Parliament did not intend to prevent s. 77(4) from being read harmoniously with Canada’s international obligations given effect by another federal statute. The proposition that Parliament, through s. 77(4), intended that courts should be able to grant damages even though doing so would be in violation of Canada’s international undertakings as incorporated into federal statute law runs afoul of the principle of interpretation that Parliament is presumed not to intend to legislate in breach of Canada’s international law obligations. Section 77(4) should be understood as having been enacted into an existing legal framework which

et exclusif, reconnu internationalement, qui vise à encadrer les recours en dommages-intérêts dans le domaine du transport aérien international. Les dispositions réparatrices de la *LLO* ne peuvent être considérées comme un code exhaustif qui impose l’octroi de dommages-intérêts dans toutes les circonstances et sans égard aux autres lois applicables. La *LLO* ne dispose pas que des dommages-intérêts doivent être octroyés dans tous les cas; elle ne fait qu’autoriser les tribunaux à accorder une réparation « convenable et juste ». Il est facile de concilier le pouvoir d’accorder une réparation « convenable et juste » avec l’exclusion expresse et limitée des dommages-intérêts dans le contexte du transport aérien international. Une réparation n’est pas « convenable et juste » si son octroi contrevient aux obligations internationales qu’impose au Canada la *Convention de Montréal*. Par conséquent, au moment de concevoir une réparation convenable et juste au sens de la *LLO* dans une affaire de transport aérien international, la Cour fédérale doit appliquer la limite relative aux dommages-intérêts prévue à l’article 29 de la *Convention de Montréal*.

Il faut rejeter l’argument des passagers selon lequel le statut quasi constitutionnel de la *LLO* empêche d’interpréter harmonieusement son par. 77(4) et l’article 29 de la *Convention de Montréal*. Le paragraphe 77(4) de la *LLO*, qui confère un vaste pouvoir de réparation, s’inscrit assurément dans un régime législatif quasi constitutionnel visant à refléter et à actualiser l’égalité de statut du français et de l’anglais en tant que langues officielles du Canada, de même que les droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada, ainsi qu’il est déclaré au par. 16(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le paragraphe 77(4) de la *LLO* devrait donc recevoir une interprétation généreuse afin que se réalise son objet. Cependant, ces facteurs ne modifient en rien la bonne méthode d’interprétation des lois, selon laquelle il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur. Il ressort de la *LLO*, lue dans son contexte global, que le législateur ne voulait pas empêcher que le par. 77(4) soit interprété harmonieusement avec les obligations internationales du Canada mises en œuvre par une autre loi fédérale. La proposition que le législateur voulait, au moyen du par. 77(4), permettre aux tribunaux d’accorder des dommages-intérêts même si l’octroi d’une telle réparation contrevient aux engagements internationaux du Canada incorporés dans une loi fédérale va à l’encontre du principe d’interprétation selon lequel le législateur est réputé ne pas vouloir légiférer

includes statutory limits, procedural requirements and a background of general legal principles — including Canada’s international undertakings incorporated into Canadian statute law — which guide the court in deciding what remedy is “appropriate and just”.

The Federal Court of Appeal was correct to set aside the structural order. Structural orders are treated with special care because of two potential and related problems: first, insufficient clarity, which in turn may result in the second, namely the need for ongoing judicial supervision. Orders must be sufficiently clear so that they give the parties bound by them fair guidance on what must be done to comply and to prevent a potentially endless round of further applications to determine whether the parties have complied. Ongoing judicial supervision will be appropriate in some cases, but absent compelling circumstances, the courts generally should not make orders that have the almost inevitable effect of creating ongoing litigation about whether the order is being complied with. In this case, the order is too imprecise, risks ongoing litigation and court supervision in relation to whether it is being complied with, and is inappropriate particularly in light of the Commissioner’s statutory powers and expertise in relation to monitoring compliance with the *OLA*.

Per Abella and Wagner JJ. (dissenting): The Montreal Convention does not bar a damage award for breach of language rights during international carriage by air.

The T’s seek damages for violations of a statute that reifies constitutionally protected rights. The *Montreal Convention* should be interpreted in a way that is respectful of the protections given to fundamental rights, including language rights, in domestic legislation. There is no evidence in the Parliamentary record or the legislative history of the *Convention* to suggest that Canada, as a state party, intended to extinguish domestic language rights protection by ratifying or implementing the *Montreal Convention*. Given the significance of the rights protected by the *Official Languages Act* and their constitutional and historic antecedents, the *Montreal Convention* ought to be interpreted in a way that respects Canada’s express commitment to these fundamental rights, rather

en contravention des obligations du Canada ressortissant au droit international. Le paragraphe 77(4) devrait plutôt être vu comme ayant été incorporé dans un cadre juridique déjà établi, composé de limites législatives, d’exigences procédurales et de principes juridiques généraux — y compris les engagements internationaux du Canada incorporés dans un texte législatif canadien — qui aident le tribunal à décider quelle réparation est « convenable et juste ».

La Cour d’appel fédérale a eu raison d’annuler l’ordonnance structurelle. Les ordonnances structurelles doivent faire l’objet d’une attention particulière en raison de deux problèmes potentiels connexes : le premier étant un manque de clarté, lequel, à son tour, peut en occasionner un deuxième, soit la nécessité d’une supervision judiciaire continue. L’ordonnance doit être suffisamment claire pour donner aux parties tenues de la respecter des indications convenables sur ce qu’il leur faut accomplir pour s’y conformer, et pour éviter une ronde potentiellement interminable de nouvelles demandes visant à déterminer si elles s’y sont conformées. La supervision judiciaire continue sera parfois de mise, mais, en l’absence de circonstances impérieuses, les tribunaux devraient en général s’abstenir de prononcer des ordonnances qui susciteront presque inévitablement de perpétuelles procédures sur la question de savoir si elles sont respectées. En l’espèce, l’ordonnance est trop imprécise, elle risque de donner lieu à d’incessantes procédures et mesures de supervision judiciaire visant à déterminer si elle est respectée, et, enfin, elle est inappropriée, surtout au vu des pouvoirs conférés par la loi au commissaire et de son expertise en matière de surveillance du respect de la *LLO*.

Les juges Abella et Wagner (dissidents) : La Convention de Montréal ne fait pas obstacle à l’octroi de dommages-intérêts pour violation des droits linguistiques pendant le transport aérien international.

Les T réclament des dommages-intérêts pour les violations d’une loi qui concrétise des droits protégés par la Constitution. La *Convention de Montréal* doit être interprétée dans le respect des protections accordées aux droits fondamentaux, y compris les droits linguistiques, dans la législation nationale. On ne trouve dans les procès-verbaux des débats parlementaires ou dans l’historique législatif de la *Convention* aucun élément de preuve qui laisse entendre que le Canada, en tant qu’État partie, entendait mettre fin à la protection des droits linguistiques au pays en ratifiant ou en mettant en œuvre la *Convention de Montréal*. Compte tenu de l’importance des droits protégés par la *Loi sur les langues officielles* et de leurs antécédents constitutionnels et historiques,

than as reflecting an intention to subvert them. This Court has often said that domestic law should be generously interpreted in alignment with international law and its human rights values. It has never said that international law should be interpreted in a way that diminishes human rights protected by domestic law.

The process of treaty interpretation is a process of discernment. The literal meaning of the words is rarely reliably able to yield a clear and unequivocal answer. The intention of state parties must therefore be discerned by using a good faith approach not only to the words at issue, but also to the context, history, object and purpose of the treaty as a whole. In this case, this exercise leads to the conclusion that Article 29 of the *Montreal Convention* does not exclusively govern the universe of damages for which carriers are liable during international carriage by air. The first words of Article 29 are words that restrict its scope by declaring that any action for damages “[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo” must be brought subject to the conditions set out in the *Montreal Convention*. The phrase that immediately follows — “however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise” — is a clause dependant for its meaning on the preceding opening words; thus, “action” refers only to an action for damages “[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo”. It is, therefore, only an action for damages incurred “[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo” that must be brought “subject to the conditions and such limits of liability as are set out” in the *Montreal Convention*.

Other provisions of the *Montreal Convention*, and, in particular, of Chapter III in which Article 29 is found, provide interpretive assistance to assess the meaning of an action for damages “[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo”. Chapter III sets out the limited liability of carriers in the carriage of passengers, baggage and cargo. Articles 17, 18 and 19 refer to death or bodily injury of a passenger, destruction or loss of, or damage to, baggage, destruction or loss of, or damage to, cargo, and delay in the carriage of persons, baggage or cargo. Together with Article 29, these provisions confirm that the *Montreal Convention* exclusively governs only actions for damages in respect of these subjects.

il convient de donner à la *Convention de Montréal* une interprétation qui respecte l’engagement explicite du Canada à l’égard de ces droits fondamentaux, plutôt qu’une interprétation qui témoignerait de l’intention d’y porter atteinte. Notre Cour a souvent affirmé que le droit national devait être interprété généreusement, en accord avec le droit international et ses valeurs en matière de droits de la personne. Elle n’a jamais dit que le droit international devait être interprété de façon à affaiblir les droits de la personne protégés par le droit national.

L’interprétation d’un traité est un exercice de discernement. Une réponse claire et sans équivoque se dégage rarement avec certitude du sens littéral des mots. Il faut donc saisir l’intention des États parties en examinant de bonne foi non seulement les mots en cause, mais aussi le contexte, l’historique, l’objet et le but du traité dans son ensemble. En l’espèce, cet exercice mène à la conclusion que l’article 29 de la *Convention de Montréal* ne régit pas à titre exclusif tous les dommages dont les transporteurs peuvent être tenus responsables pendant le transport aérien international. Les premiers mots de l’article 29 limitent son champ d’application en déclarant que toute action en dommages-intérêts « [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises » doit être exercée dans les conditions prévues par la *Convention de Montréal*. Les mots qui suivent immédiatement — « à quelque titre que ce soit, en vertu de la présente convention, en raison d’un contrat ou d’un acte illicite ou pour toute autre cause » — constituent une disposition dont le sens dépend des mots introductifs qui la précèdent. Ainsi, le mot « action » renvoie uniquement à une action en dommages-intérêts « [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises ». Par conséquent, seule l’action pour un préjudice subi « [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises » doit être exercée « dans les conditions et limites de responsabilité prévues » par la *Convention de Montréal*.

D’autres dispositions de la *Convention de Montréal*, et plus particulièrement du chapitre III où figure l’article 29, aident à déterminer en quoi consiste une action en dommages-intérêts « [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises ». Le chapitre III énonce la responsabilité limitée des transporteurs dans le transport des passagers, des bagages et des marchandises. Les articles 17, 18 et 19 portent sur la mort ou une lésion corporelle subie par un passager, la destruction, la perte ou l’avarie de bagages, la destruction, la perte ou l’avarie de la marchandise, et le retard dans le transport de personnes, de bagages ou de marchandises. Conjuguées à l’article 29, ces dispositions confirment que la *Convention de Montréal* régit à titre exclusif uniquement les actions en dommages-intérêts exercées à l’égard de ces objets.

The predecessor *Warsaw Convention* came into being in 1929 to assist the fledgling airline industry take flight. At that time, aviation technology was in its initial stages. Accidents were common, and many pilots and passengers were injured or died as a result. The relative frequency of accidents exposed carriers to unpredictable and significant losses. This made it difficult to secure investment capital or insurance protection. Airlines responded by requiring passengers to sign waivers relieving carriers of any and all liability in the event of an injury. When accidents happened, those passengers were left with no remedy for their injuries or losses. As safety in the industry improved, governments turned their attention from protecting the financial viability of airlines to introducing a more passenger-friendly legal regime. The focus tilted towards increasing the exceptionally low limits on carrier liability established in the *Warsaw Convention* and states subsequently signed on to different international efforts to expand carrier liability.

Notwithstanding the increasing recognition that compensation for passengers was too low, a single international instrument increasing ceilings on carrier liability proved elusive. Out of concern that this fractured response could lead to the demise of a unified system of international air law, the industry took action. The *Montreal Agreement* of 1966, a private arrangement between airlines, increased carrier liability under the *Warsaw Convention* for personal injury.

Having been “upstaged” by industry initiatives to address the low ceilings on carrier liability, states began to work towards updating the *Warsaw Convention*. The *Montreal Convention* came into being in 1999, adopting a two-tier liability scheme for passenger injury or death. The *Montreal Convention* sought to replace the patchwork system that had attempted to expand the limits on liability set by the *Warsaw Convention* in 1929. The drafters of the *Montreal Convention* continued to maintain a uniform liability scheme, as had the *Warsaw Convention*, but while the primary goal of the *Warsaw Convention* had been to limit the liability of carriers in order to foster the growth of the nascent commercial aviation industry, the state parties to the *Montreal Convention* were more focused on the importance of ensuring protection of the interests of consumers in international

La *Convention de Varsovie* qui l’a précédée a vu le jour en 1929 pour aider l’industrie naissante du transport aérien à prendre son envol. À l’époque, la technologie de l’aviation en était à ses débuts. Les accidents étaient monnaie courante, et de nombreux pilotes et passagers y ont été blessés ou y ont trouvé la mort. La fréquence relative des accidents exposait les transporteurs à des pertes imprévisibles et coûteuses, si bien qu’il était difficile d’obtenir des capitaux d’investissement ou une couverture d’assurance. Les transporteurs aériens ont réagi en obligeant les passagers à signer des renonciations déchargeant les transporteurs de toute responsabilité en cas de préjudice. Lorsqu’un accident se produisait, les passagers en question ne pouvaient obtenir réparation pour les blessures ou les pertes qu’ils subissaient. À mesure que s’améliorait la sécurité dans l’aviation civile, les gouvernements ont délaissé la protection de la viabilité financière des transporteurs aériens pour se pencher sur l’instauration d’un régime juridique plus favorable aux passagers. L’accent était désormais mis sur l’augmentation des limites exceptionnellement faibles de la responsabilité des transporteurs aériens établies dans la *Convention de Varsovie* et les États ont subséquemment adhéré à diverses initiatives internationales visant à accroître la responsabilité des transporteurs.

Même si l’on reconnaissait de plus en plus que les indemnités versées aux passagers étaient trop faibles, la conclusion d’un instrument international unique accroissant les plafonds de responsabilité des transporteurs se révélait hors d’atteinte. Craignant que cette réponse hétéroclite entraîne la disparition d’un système unifié de droit aérien international, l’industrie a agi. L’*Accord de Montréal* de 1966, un accord privé entre transporteurs aériens, a augmenté la responsabilité des transporteurs prévue dans la *Convention de Varsovie* au titre des lésions corporelles.

Ayant été « pris de court » par les initiatives de l’industrie en vue de s’attaquer aux plafonds peu élevés de responsabilité des transporteurs, les États ont entrepris de mettre à jour la *Convention de Varsovie*. La *Convention de Montréal* a vu le jour en 1999, adoptant le régime de responsabilité à deux volets en cas de lésion ou de décès d’un passager. La *Convention de Montréal* se voulait ainsi une solution de rechange au régime à la pièce qui visait à augmenter les limites de responsabilité établies par la *Convention de Varsovie* de 1929. Les rédacteurs de la *Convention de Montréal* ont maintenu un régime de responsabilité uniforme, semblable à celui de la *Convention de Varsovie*, mais alors que la *Convention de Varsovie* avait pour principal objectif de limiter la responsabilité des transporteurs afin de favoriser la croissance de l’industrie naissante de l’aviation civile, les

carriage by air and the need for equitable compensation based on the principle of restitution.

Interpreting Article 29 of the *Montreal Convention* in a way that narrows protection for consumers and expands it for carriers, is therefore both counter-intuitive and historically anomalous. At no time was there ever any suggestion that the new *Convention* was designed to reduce the ability of passengers to sue carriers.

The absence of any reference in the Parliamentary record to the changes in language between the *Warsaw Convention* and the *Montreal Convention* is also revealing. Dramatic changes in law tend to attract dramatic reactions. This purported change attracted none. The most logical explanation for the silence, therefore, is that there was no change in law. In fact, it is hard to imagine such a drastic domestic intrusion without either express language or Parliamentary disclosure. The silence about such consequences suggests that no such consequence was either contemplated or intended.

The meaning of Article 29, considered in context and in light of the object and purpose of the *Montreal Convention*, therefore, points to a limited scope of exclusivity, and should be interpreted as directing that the *Montreal Convention* governs only those actions brought for damages incurred “[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo”, namely, actions covered by Articles 17, 18 and 19.

The T’s action for damages does not fall within the actions covered by Articles 17, 18 and 19 of the *Montreal Convention*. The language of Article 17(1) makes it clear that the provision does not apply to all events that take place on board an aircraft or in the course of the operations of embarking or disembarking. Rather, Article 17(1) imposes the requirements that: (1) there must have been an accident, (2) which caused, (3) death or bodily injury, (4) while the passenger was on board the aircraft or was in the course of embarking or disembarking. In this case, there is no complaint of an accident. That is dispositive since Article 17(1) talks of “death or bodily injury” caused by an accident. The T’s have not

États parties à la *Convention de Montréal* se souciaient davantage de l’importance d’assurer la protection des intérêts des consommateurs dans le transport aérien international et de la nécessité d’une indemnisation équitable fondée sur le principe de réparation.

Il est donc à la fois paradoxal et anormal d’un point de vue historique de donner à l’article 29 de la *Convention de Montréal* une interprétation qui a pour effet de réduire la protection accordée aux consommateurs et d’accroître celle accordée aux transporteurs. Personne n’a prétendu à quelque moment que ce soit que la nouvelle *Convention* visait à réduire la faculté des passagers de poursuivre les transporteurs.

Qui plus est, l’absence, dans les procès-verbaux des travaux parlementaires, de toute mention des changements de formulation entre la *Convention de Varsovie* et la *Convention de Montréal* est révélatrice. Les changements radicaux du droit tendent à susciter des réactions radicales. Or, ce changement, si changement il y a, n’en a suscité aucune. Par conséquent, l’explication la plus plausible du silence est qu’il n’y a eu aucun changement du droit. En fait, il est difficile d’imaginer qu’une intrusion aussi draconienne dans le droit national puisse se faire sans texte explicite ou communication du Parlement. Le silence à l’égard de telles conséquences tend à indiquer que celles-ci n’étaient ni envisagées ni souhaitées.

Compte tenu du sens de l’article 29, considéré dans son contexte et à la lumière de l’objet et du but de la *Convention de Montréal*, cette disposition ne s’applique de manière exclusive qu’à certains recours et doit être interprétée comme prescrivant que la *Convention de Montréal* ne régit que les actions intentées pour un dommage subi « [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises », à savoir les actions visées par les articles 17, 18 et 19.

L’action en dommages-intérêts intentée par les T ne fait pas partie de celles visées par les articles 17, 18 et 19 de la *Convention de Montréal*. Il ressort clairement du texte du paragraphe 17(1) que la disposition ne s’applique pas à tous les faits qui se produisent à bord d’un aéronef ou pendant les opérations d’embarquement ou de débarquement. Le paragraphe 17(1) établit plutôt les conditions suivantes : (1) il doit y avoir eu un accident (2) qui a causé (3) la mort ou une lésion corporelle (4) alors que le passager était à bord de l’aéronef, ou en train d’embarquer à bord de celui-ci ou d’en débarquer. En l’espèce, personne n’a signalé d’accident. Ce fait est déterminant puisqu’il est question, au paragraphe 17(1),

suffered any bodily injury. The fact that the breaches of their language rights occurred on board the aircraft is irrelevant since those circumstances are only pertinent if there was an accident.

The appeals should be allowed with respect to the claims for damages and the damages awarded by the application judge should be restored.

Cases Cited

By Cromwell J.

Referred to: *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373; *Stott v. Thomas Cook Tour Operators Ltd.*, [2014] UKSC 15, [2014] 2 W.L.R. 521; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tsui Yuan Tseng*, 525 U.S. 155 (1999); *Morris v. KLM Royal Dutch Airlines*, [2002] UKHL 7, [2002] 2 A.C. 628; *Plourde v. Service aérien FBO inc. (Skyservice)*, 2007 QCCA 739 (CanLII), leave to appeal refused, [2007] 3 S.C.R. xiii; *Sakka (Litigation Guardian of) v. Air France*, 2011 ONSC 1995, 18 C.P.C. (7th) 150; *Sidhu v. British Airways Plc.*, [1997] A.C. 430; *In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation*, [2005] UKHL 72, [2006] 1 A.C. 495; Civ. 1^{re}, June 14, 2007, *Bull. civ.* 6, No. 230; *Ong v. Malaysian Airline System Bhd*, [2008] 3 H.K.L.R.D. 153; *Hennessey v. Aer Lingus Ltd.*, [2012] IEHC 124 (BAILII); *Emery Air Freight Corp. v. Nerine Nurseries Ltd.*, [1997] 3 N.Z.L.R. 723; *Seagate Technology International v. Changi International Airport Services Pte. Ltd.*, [1997] SGCA 22, [1997] 2 S.L.R.(R.) 57; *Potgieter v. British Airways Plc*, [2005] ZAWCHC 5 (SAFLII); *Gal v. Northern Mountain Helicopters Inc.*, 1999 BCCA 486, 128 B.C.A.C. 290; *Az. X ZR 99/10* (2011) (online: <http://openjur.de/u/163948.html>); *McAuley v. Aer Lingus Ltd.*, [2011] IEHC 89 (online: <http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/5DDF253DE6C0E09F8025787E0053C421>); *O'Mara v. Air Canada*, 2013 ONSC 2931, 115 O.R. (3d) 673; *Walton v. MyTravel Canada Holdings Inc.*, 2006 SKQB 231, 280 Sask. R. 1; *King v. American Airlines, Inc.*, 284 F.3d 352 (2002); *Gibbs v. American Airlines, Inc.*, 191 F.Supp.2d 144 (2002); *Turturro v. Continental Airlines*, 128 F.Supp.2d 170 (2001); *Brandt v. American Airlines*, 2000 WL 288393; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *International Air Transport Association v. Department for Transport*, C-344/04,

de « mort ou de lésion corporelle » causée par un accident. Les T n'ont pas subi de lésion corporelle. Le fait que la violation de leurs droits linguistiques soit survenue à bord de l'aéronef est sans importance parce que ces circonstances ne sont pertinentes que s'il y a eu accident.

Nous sommes d'avis d'accueillir les pourvois relativement aux demandes de dommages-intérêts et de rétablir les dommages-intérêts accordés par la juge saisie de la demande.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Arrêts mentionnés : *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373; *Stott c. Thomas Cook Tour Operators Ltd.*, [2014] UKSC 15, [2014] 2 W.L.R. 521; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *El Al Israel Airlines, Ltd. c. Tsui Yuan Tseng*, 525 U.S. 155 (1999); *Morris c. KLM Royal Dutch Airlines*, [2002] UKHL 7, [2002] 2 A.C. 628; *Plourde c. Service aérien FBO inc. (Skyservice)*, 2007 QCCA 739 (CanLII), autorisation d'appel refusée, [2007] 3 R.C.S. xiii; *Sakka (Litigation Guardian of) c. Air France*, 2011 ONSC 1995, 18 C.P.C. (7th) 150; *Sidhu c. British Airways Plc.*, [1997] A.C. 430; *In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation*, [2005] UKHL 72, [2006] 1 A.C. 495; Civ. 1^{re}, 14 juin 2007, *Bull. civ.* 6, n° 230; *Ong c. Malaysian Airline System Bhd*, [2008] 3 H.K.L.R.D. 153; *Hennessey c. Aer Lingus Ltd.*, [2012] IEHC 124 (BAILII); *Emery Air Freight Corp. c. Nerine Nurseries Ltd.*, [1997] 3 N.Z.L.R. 723; *Seagate Technology International c. Changi International Airport Services Pte. Ltd.*, [1997] SGCA 22, [1997] 2 S.L.R.(R.) 57; *Potgieter c. British Airways Plc*, [2005] ZAWCHC 5 (SAFLII); *Gal c. Northern Mountain Helicopters Inc.*, 1999 BCCA 486, 128 B.C.A.C. 290; *Az. X ZR 99/10* (2011) (en ligne : <http://openjur.de/u/163948.html>); *McAuley c. Aer Lingus Ltd.*, [2011] IEHC 89 (en ligne : <http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/5DDF253DE6C0E09F8025787E0053C421>); *O'Mara c. Air Canada*, 2013 ONSC 2931, 115 O.R. (3d) 673; *Walton c. MyTravel Canada Holdings Inc.*, 2006 SKQB 231, 280 Sask. R. 1; *King c. American Airlines, Inc.*, 284 F.3d 352 (2002); *Gibbs c. American Airlines, Inc.*, 191 F.Supp.2d 144 (2002); *Turturro c. Continental Airlines*, 128 F.Supp.2d 170 (2001); *Brandt c. American Airlines*, 2000 WL 288393; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *International Air Transport Association c. Department for Transport*, C-344/04,

[2006] E.C.R. I-403; *Wallentin-Hermann v. Alitalia*, C-549/07, [2008] E.C.R. I-11061; *Sturgeon v. Condor Flugdienst GmbH*, C-402/07 and C-432/07, [2009] E.C.R. I-10923; *Nelson v. Deutsche Lufthansa AG*, C-581/10 and C-629/10, [2013] 1 C.M.L.R. 42 (p. 1191); *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517; *Toronto Railway Co. v. Paget* (1909), 42 S.C.R. 488; *Canadian Westinghouse Co. v. Grant*, [1927] S.C.R. 625; *International Brotherhood of Electrical Workers v. Town of Summerside*, [1960] S.C.R. 591; *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591; *Massicotte v. Boutin*, [1969] S.C.R. 818; *The King v. Williams*, [1944] S.C.R. 226; *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137; *Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)*, [1999] 3 S.C.R. 375; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612.

By Abella J. (dissenting)

El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tsui Yuan Tseng, 525 U.S. 155 (1999); *Ehrlich v. American Airlines, Inc.*, 360 F.3d 366 (2004); *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373; *Walker v. Eastern Air Lines, Inc.*, 785 F.Supp. 1168 (1992); *Beaudet v. British Airways, PLC*, 853 F.Supp. 1062 (1994); *Sidhu v. British Airways Plc.*, [1997] A.C. 430; *King v. American Airlines, Inc.*, 284 F.3d 352 (2002); *In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation*, [2005] UKHL 72, [2006] 1 A.C. 495; *Stott v. Thomas Cook Tour Operators Ltd.*, [2014] UKSC 15, [2014] 2 W.L.R. 521; *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*, 499 U.S. 530 (1991).

Statutes and Regulations Cited

Air Canada Public Participation Act, R.S.C. 1985, c. 35 (4th Supp.), s. 10.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 16, 24(1).
Carriage by Air Act, R.S.C. 1985, c. C-26, s. 2, Schs. I, III, IV, V, VI.

[2006] E.C.R. I-403; *Wallentin-Hermann c. Alitalia*, C-549/07, [2008] E.C.R. I-11061; *Sturgeon c. Condor Flugdienst GmbH*, C-402/07 et C-432/07, [2009] E.C.R. I-10923; *Nelson c. Deutsche Lufthansa AG*, C-581/10 et C-629/10, [2013] 1 C.M.L.R. 42 (p. 1191); *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517; *Toronto Railway Co. c. Paget* (1909), 42 R.C.S. 488; *Canadian Westinghouse Co. c. Grant*, [1927] R.C.S. 625; *International Brotherhood of Electrical Workers c. Town of Summerside*, [1960] R.C.S. 591; *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; *Massicotte c. Boutin*, [1969] R.C.S. 818; *The King c. Williams*, [1944] R.C.S. 226; *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)*, [1999] 3 R.C.S. 375; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612.

Citée par la juge Abella (dissidente)

El Al Israel Airlines, Ltd. c. Tsui Yuan Tseng, 525 U.S. 155 (1999); *Ehrlich c. American Airlines, Inc.*, 360 F.3d 366 (2004); *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373; *Walker c. Eastern Air Lines, Inc.*, 785 F.Supp. 1168 (1992); *Beaudet c. British Airways, PLC*, 853 F.Supp. 1062 (1994); *Sidhu c. British Airways Plc.*, [1997] A.C. 430; *King c. American Airlines, Inc.*, 284 F.3d 352 (2002); *In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation*, [2005] UKHL 72, [2006] 1 A.C. 495; *Stott c. Thomas Cook Tour Operators Ltd.*, [2014] UKSC 15, [2014] 2 W.L.R. 521; *Eastern Airlines, Inc. c. Floyd*, 499 U.S. 530 (1991).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 16, 24(1).
Loi sur la participation publique au capital d'Air Canada, L.R.C. 1985, ch. 35 (4^e suppl.), art. 10.
Loi sur le transport aérien, L.R.C. 1985, ch. C-26, art. 2, ann. I, III, IV, V, VI.

Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 2, 22, 49 to 75, 76, 77, 78.

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, 2242 U.N.T.S. 309 [*Montreal Convention*], preamble, arts. 3(4), 17, 18, 19, 21, 22, 26, 29, 49.

Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, 137 L.N.T.S. 11 [*Warsaw Convention*], arts. 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25.

Convention, Supplementary to the Warsaw Convention, for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air Performed by a Person Other than the Contracting Carrier, 500 U.N.T.S. 31 [*Guadalajara Convention*].

Montreal Protocol No. 4 to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929 as amended by the Protocol done at The Hague on 28 September 1955, 2145 U.N.T.S. 31.

Protocol to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, 478 U.N.T.S. 371 [*Hague Protocol*].

Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air Signed at Warsaw on 12 October 1929 as Amended by the Protocol Done at The Hague on 28 September 1955, signed at Guatemala City on 8 March 1971 (not in force).

Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 31.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. X, 2nd Sess., 33rd Parl., February 8, 1988, pp. 12706, 12712, 12715 and 12737.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XIV, 2nd Sess., 33rd Parl., July 7, 1988, p. 17224.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., November 20, 2001, p. 7346.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Transport and Government Operations. Meeting No. 40 — Evidence, November 29, 2001 (online: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1041230&Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1>).

Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 2, 22, 49 à 75, 76, 77, 78.

Traité et autres instruments internationaux

Convention, complémentaire à la Convention de Varsovie, pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international effectué par une personne autre que le transporteur contractuel, 500 R.T.N.U. 31 [*Convention de Guadalajara*].

Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31.

Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 137 R.T.S.N. 11 [*Convention de Varsovie*], art. 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25.

Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 2242 R.T.N.U. 309 [*Convention de Montréal*], préambule, art. 3(4), 17, 18, 19, 21, 22, 26, 29, 49.

Protocole de Montréal N° 4 portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international signée à Varsovie le 12 octobre 1929 amendée par le Protocole fait à La Haye le 28 septembre 1955, 2145 R.T.N.U. 31.

Protocole portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 478 R.T.N.U. 371 [*Protocole de La Haye*].

Protocole portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international signée à Varsovie le 12 octobre 1929 amendée par le Protocole fait à La Haye le 28 septembre 1955, signé à Guatemala le 8 mars 1971 (non en vigueur).

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent des Transports et des opérations gouvernementales. Réunion n° 40 — Témoignages, 29 novembre 2001 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1041230&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F>).

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. X, 2^e sess., 33^e lég., 8 février 1988, p. 12706, 12712, 12715 et 12737.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIV, 2^e sess., 33^e lég., 7 juillet 1988, p. 17224.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 20 novembre 2001, p. 7346.

- Canada. Office of the Commissioner of Official Languages. *Audit of Service Delivery in English and French to Air Canada Passengers: Final Report*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 2011.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. IV, 2nd Sess., 33rd Parl., July 27, 1988, pp. 4135-36.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 139, 1st Sess., 37th Parl., October 2, 2001, p. 1346.
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on Transport and Communications. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Transport and Communications*, Issue No. 15 — Evidence, October 31, 2001 (online: http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/371/tran/15ev-e.htm?Language=E&Parl=37&Ses=1&comm_id=19).
- Chassot, Laurent. *Les sources de la responsabilité du transporteur aérien international: entre conflit et complémentarité*. Genève: Schulthess Éditions Romandes, 2012.
- Clare, John E. J. “Evaluation of Proposals to Increase the ‘Warsaw Convention’ Limit of Passenger Liability” (1949), 16 *J. Air L. & Com.* 53.
- Clarke, Malcolm. *Contracts of Carriage by Air*, 2nd ed. London: Lloyd’s List, 2010.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Dempsey, Paul Stephen. *Aviation Liability Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013.
- Dempsey, Paul Stephen, and Michael Milde. *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999*. Montréal: McGill University Institute of Air & Space Law, 2005.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Field, Andrew. “International Air Carriage, The Montreal Convention and the Injuries for Which There is No Compensation” (2006), 12 *Canta. L.R.* 237.
- Fountain Court Chambers. *Carriage by Air*. London: Butterworths, 2001.
- International Civil Aviation Organization. *International Conference on Air Law*, vol. I, *Minutes*, Doc. 9775-DC/2. Montréal: ICAO, 2001.
- Radošević, Sonja. “CJEU’s Decision in *Nelson and Others* in Light of the Exclusivity of the Montreal Convention” (2013), 38 *Air & Space L.* 95.
- Canada. Commissariat aux langues officielles. *Vérification de la prestation des services en français et en anglais aux passagers d’Air Canada : Rapport final*. Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2011.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Transports et des communications. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Transports et des communications*, fascicule n° 15 — Témoignages, 31 octobre 2001 (en ligne : http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/371/tran/15ev-f.htm?Language=F&Parl=37&Ses=1&comm_id=19).
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. IV, 2^e sess., 33^e lég., 27 juillet 1988, p. 4135-4136.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 139, 1^{re} sess., 37^e lég., 2 octobre 2001, p. 1346.
- Chassot, Laurent. *Les sources de la responsabilité du transporteur aérien international : entre conflit et complémentarité*. Genève : Schulthess Éditions Romandes, 2012.
- Clare, John E. J. « Evaluation of Proposals to Increase the “Warsaw Convention” Limit of Passenger Liability » (1949), 16 *J. Air L. & Com.* 53.
- Clarke, Malcolm. *Contracts of Carriage by Air*, 2nd ed. London : Lloyd’s List, 2010.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Dempsey, Paul Stephen. *Aviation Liability Law*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2013.
- Dempsey, Paul Stephen, and Michael Milde. *International Air Carrier Liability : The Montreal Convention of 1999*. Montréal : McGill University Institute of Air & Space Law, 2005.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Field, Andrew. « International Air Carriage, The Montreal Convention and the Injuries for Which There is No Compensation » (2006), 12 *Canta. L.R.* 237.
- Fountain Court Chambers. *Carriage by Air*. London : Butterworths, 2001.
- Organisation de l’aviation civile internationale. *International Conference on Air Law*, vol. I, *Minutes*, Doc. 9775-DC/2. Montréal : ICAO, 2001.
- Radošević, Sonja. « CJEU’s Decision in *Nelson and Others* in Light of the Exclusivity of the Montreal Convention » (2013), 38 *Air & Space L.* 95.
- Shawcross and Beaumont : Air Law*, by J. David McClean et al., eds. London : LexisNexis, 1997 (loose-leaf updated March 2008, issue 111).

Shawcross and Beaumont: Air Law, by J. David McClean et al., eds. London: LexisNexis, 1997 (loose-leaf updated March 2008, issue 111).

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

Tompkins, George N., Jr. “The Continuing Development of Montreal Convention 1999 Jurisprudence” (2010), 35 *Air & Space L.* 433.

Weber, Ludwig, and Arie Jakob. “The Modernization of the Warsaw System: The Montreal Convention of 1999” (1999), 24 *Ann. Air & Sp. L.* 333.

Wegter, Jorn J. “The ECJ Decision of 10 January 2006 on the Validity of Regulation 261/2004: Ignoring the Exclusivity of the Montreal Convention” (2006), 31 *Air & Space L.* 133.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, Gauthier and Trudel JJ.A.), 2012 FCA 246, [2013] 2 F.C.R. 155, 435 N.R. 131, 355 D.L.R. (4th) 62, [2012] F.C.J. No. 1201 (QL), 2012 CarswellNat 3578, setting aside in part a decision of Bédard J., 2011 FC 876, [2013] 2 F.C.R. 83, 394 F.T.R. 160, 239 C.R.R. (2d) 301, [2011] F.C.J. No. 1030 (QL), 2011 CarswellNat 6095. Appeals dismissed, Abella and Wagner JJ. dissenting.

Érik Labelle Eastaugh, Ronald F. Caza and Alyssa Tomkins, for the appellants Michel and Lynda Thibodeau.

Pascale Giguère, Kevin Shaar and Mathew Croitoru, for the appellant the Commissioner of Official Languages of Canada.

Louise-Hélène Sénécal, Pierre Bienvenu and Andres Garin, for the respondent.

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

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] Air Canada failed to provide services in French on some international flights as it was obliged to do under the *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.) (the “OLA”). Two passengers, the

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

Tompkins, George N., Jr. « The Continuing Development of Montreal Convention 1999 Jurisprudence » (2010), 35 *Air & Space L.* 433.

Weber, Ludwig, and Arie Jakob. « The Modernization of the Warsaw System : The Montreal Convention of 1999 » (1999), 24 *Ann. Air & Sp. L.* 333.

Wegter, Jorn J. « The ECJ Decision of 10 January 2006 on the Validity of Regulation 261/2004 : Ignoring the Exclusivity of the Montreal Convention » (2006), 31 *Air & Space L.* 133.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Pelletier, Gauthier et Trudel), 2012 CAF 246, [2013] 2 R.C.F. 155, 435 N.R. 131, 355 D.L.R. (4th) 62, [2012] A.C.F. n° 1201 (QL), 2012 CarswellNat 3579, qui a infirmé en partie une décision de la juge Bédard, 2011 CF 876, [2013] 2 R.C.F. 83, 394 F.T.R. 160, 239 C.R.R. (2d) 301, [2011] A.C.F. n° 1030 (QL), 2011 CarswellNat 6096. Pourvois rejetés, les juges Abella et Wagner sont dissidents.

Érik Labelle Eastaugh, Ronald F. Caza et Alyssa Tomkins, pour les appelants Michel et Lynda Thibodeau.

Pascale Giguère, Kevin Shaar et Mathew Croitoru, pour l’appelant le commissaire aux langues officielles du Canada.

Louise-Hélène Sénécal, Pierre Bienvenu et Andres Garin, pour l’intimée.

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

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Air Canada n’a pas fourni des services en français sur certains vols internationaux comme elle devait le faire aux termes de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.) (la

appellants Michel and Lynda Thibodeau, applied to the Federal Court for damages and for orders, referred to as “structural” or “institutional” orders, requiring Air Canada to take steps in order to ensure future compliance with the *OLA*. The airline defended against the claims for damages by relying on the limitation on damages liability set out in the *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air*, 2242 U.N.T.S. 309 (the “*Montreal Convention*”), which is part of Canadian federal law by virtue of the *Carriage by Air Act*, R.S.C. 1985, c. C-26, a federal statute.

[2] The Federal Court rejected Air Canada’s defence, awarded damages and granted a structural order (2011 FC 876, [2013] 2 F.C.R. 83). However, the Federal Court of Appeal set that ruling aside in part, holding that the *Montreal Convention* precluded the damages remedy for the events that took place on board Air Canada flights and that a structural order was not appropriate (2012 FCA 246, [2013] 2 F.C.R. 155). The main issue on the further appeal to this Court is whether the Federal Court of Appeal erred in these conclusions.

[3] The issue of damages sits at the intersection of Canada’s domestic commitment to official languages and its international commitment to an exclusive and uniform scheme of damages liability for international air carriers. The question thus implicates two important values.

[4] On one hand, we have Canada’s duty to comply with its international undertaking, by its ratification of the *Montreal Convention* and its adoption of the *Montreal Convention* into domestic law, to establish and give effect to limitations on liability for international air carriers. Air Canada maintains that upholding a damages remedy against the airline would be inconsistent with this important international undertaking. On the other hand, we

« *LLO* »). Deux passagers, les appelants Michel et Lynda Thibodeau, ont réclamé devant la Cour fédérale des dommages-intérêts ainsi que des ordonnances dites « structurelles » ou « institutionnelles » obligeant Air Canada à prendre des mesures en vue d’assurer pour l’avenir le respect de la *LLO*. Le transporteur aérien a contesté les demandes de dommages-intérêts en invoquant la limite de responsabilité pour les dommages prescrite par la *Convention pour l’unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, 2242 R.T.N.U. 309 (la « *Convention de Montréal* »), incorporée au droit fédéral canadien par l’effet de la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. 1985, ch. C-26, une loi fédérale.

[2] La Cour fédérale a rejeté la défense d’Air Canada, adjugé des dommages-intérêts et rendu une ordonnance structurelle (2011 CF 876, [2013] 2 R.C.F. 83). La Cour d’appel fédérale a toutefois annulé en partie cette décision, concluant que la *Convention de Montréal* empêchait le recours en dommages-intérêts pour les faits survenus à bord des vols d’Air Canada et qu’une ordonnance structurelle ne constituait pas une réparation convenable (2012 CAF 246, [2013] 2 R.C.F. 155). Le pourvoi devant notre Cour porte principalement sur la question de savoir si ces conclusions de la Cour d’appel fédérale sont erronées.

[3] La question des dommages-intérêts se situe au croisement de l’engagement du Canada envers les langues officielles au pays et de son engagement international envers un régime exclusif et uniforme de responsabilité pour dommages des transporteurs aériens internationaux. Cette question met donc en jeu deux valeurs importantes.

[4] D’une part, le Canada a ratifié la *Convention de Montréal* et l’a incorporée à son droit interne, de sorte qu’il est tenu, pour s’y conformer, d’établir et de donner effet aux limites de responsabilité des transporteurs aériens internationaux. Air Canada soutient que le maintien du recours en dommages-intérêts exercé contre elle serait incompatible avec cet important engagement international. D’autre part, il y a l’engagement fondamental du Canada

have Canada's foundational commitment to the equality of the French and English languages, a commitment reflected, among other places, in s. 16 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and in the *OLA*. These language rights are "basic to the continued viability of [this] nation": *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, at p. 269, *per* La Forest J. The appellants say that a damages remedy must be available for breach of language rights in order to fulfill the purposes of the *OLA*.

[5] This appeal requires us to resolve this tension by interpreting the *OLA* and the *Montreal Convention* in accordance with their text and purpose. As I see it, when they are properly interpreted, there is no conflict between the general remedial powers under the *OLA* and the exclusion of damages under the *Montreal Convention* and there is no need to consider which would prevail if there were.

[6] The *Montreal Convention's* uniform and exclusive scheme of damages liability for international air carriers does not permit an award of damages for breach of language rights during international carriage by air. To hold otherwise would do violence to the text and purpose of the *Montreal Convention*, depart from Canada's international obligations under it and put Canada off-side a strong international consensus concerning its scope and effect. The general remedial power under the *OLA* to award appropriate and just remedies cannot — and should not — be read as authorizing Canadian courts to depart from Canada's international obligations under the *Montreal Convention*.

[7] I also conclude that the Federal Court of Appeal was correct to set aside the structural order as it was impermissibly vague and unclear.

[8] I would therefore dismiss the appeals.

envers l'égalité des langues française et anglaise, un engagement reconnu notamment à l'art. 16 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi que dans la *LLO*. Ces droits linguistiques sont « essentiels à la viabilité de [cette] nation » : *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, p. 269, le juge La Forest. Les appelants affirment qu'il devrait être possible d'exercer un recours en dommages-intérêts en cas de violation des droits linguistiques, afin que se réalisent les objets de la *LLO*.

[5] Il nous faut en l'espèce résoudre cette opposition en donnant à la *LLO* et à la *Convention de Montréal* une interprétation conforme à leur libellé et à leur objet. À mon sens, suivant une interprétation correcte de ces textes, aucun conflit n'oppose les pouvoirs de réparation généraux conférés par la *LLO* et l'exclusion du recours en dommages-intérêts par la *Convention de Montréal*, et il n'est pas nécessaire de déterminer lequel de ces textes prévaudrait dans le cas contraire.

[6] Le régime de responsabilité uniforme et exclusif pour les dommages établi par la *Convention de Montréal* à l'égard des transporteurs aériens internationaux ne permet pas d'accorder des dommages-intérêts en cas de violation de droits linguistiques lors d'un transport aérien international. Tirer la conclusion contraire dénaturerait le libellé et l'objet de la *Convention de Montréal*, irait à l'encontre des obligations internationales que celle-ci impose au Canada et exclurait le Canada du solide consensus international qui existe sur sa portée et ses effets. Le pouvoir général que confère la *LLO* d'accorder une réparation convenable et juste ne peut — et ne doit pas — être interprété comme autorisant les tribunaux canadiens à déroger aux obligations internationales qui incombent au Canada en application de la *Convention de Montréal*.

[7] Je conclus également que la Cour d'appel fédérale a eu raison d'annuler l'ordonnance structurelle, qui était inacceptablement vague et floue.

[8] Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois.

II. Facts and Proceedings

A. *The Official Languages Act*

[9] The *OLA* is a federal statute whose purposes include ensuring respect for English and French as the official languages of Canada and the equality of status and equal rights and privileges as to their use in all federal institutions: s. 2(a). The *OLA* also seeks to support the development of English and French linguistic minority communities and, as well, sets out the powers, duties and functions of federal institutions with respect to official languages: s. 2(b) and (c).

[10] Parts I to VI of the *OLA* set out various language rights in a number of settings: the proceedings of Parliament, legislative and other instruments, the administration of justice, communications with the public and the workplace. Parts VII and VIII of the *OLA* set out duties and responsibilities with respect to enhancing the vitality of English and French linguistic minorities and fostering the full recognition and use of both English and French in Canadian society. Part IX establishes the Office of the Commissioner of Official Languages and sets out the Commissioner's duties and powers. These include the duty to undertake investigations, to make recommendations and to report.

[11] Part X provides for court remedies and includes provision for a person who has made a complaint to the Commissioner in relation to certain parts of the *OLA* to apply to the Federal Court for a remedy: s. 77(1). The court is empowered, if it finds that a federal institution has failed to comply with the *OLA*, to award "such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances": s. 77(4).

[12] As the Court has observed on a number of occasions, the *OLA* has a special status: ". . . it belongs to that privileged category of quasi-constitutional legislation which reflects 'certain basic goals of our society' and must be so interpreted 'as to advance the broad policy considerations underlying

II. Faits et historique judiciaire

A. *La Loi sur les langues officielles*

[9] La *LLO* est une loi fédérale dont l'objet est d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans les institutions fédérales : al. 2a). La *LLO* vise également à appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et à préciser les pouvoirs et les obligations des institutions fédérales en matière de langues officielles : al. 2b) et c).

[10] Les parties I à VI de la *LLO* établissent plusieurs droits linguistiques dans de nombreux contextes : les débats et travaux parlementaires, les actes législatifs et autres, l'administration de la justice, les communications avec le public et la langue de travail. Les parties VII et VIII de la *LLO* énoncent les obligations et responsabilités pour ce qui est de favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones et de promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne. La partie IX établit le Commissariat aux langues officielles et énumère les obligations et pouvoirs du commissaire. Ce dernier est tenu, entre autres, de procéder à des enquêtes et de présenter des rapports et recommandations.

[11] La partie X prévoit des recours judiciaires et dispose notamment que quiconque a saisi le commissaire d'une plainte mettant en jeu certaines parties de la *LLO* peut former un recours devant la Cour fédérale : par. 77(1). Le tribunal est habilité, s'il estime qu'une institution fédérale ne s'est pas conformée à la *LLO*, à accorder « la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances » : par. 77(4).

[12] Comme la Cour l'a constaté à plusieurs reprises, la *LLO* a un statut spécial : « . . . elle fait partie de cette catégorie privilégiée de lois dites quasi constitutionnelles qui expriment "certains objectifs fondamentaux de notre société" et qui doivent être interprétées "de manière à promouvoir les

it” (*Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at para. 23, quoting *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373 (C.A.), at p. 386).

[13] Air Canada and its affiliate Jazz are subject to the *OLA*: see *Air Canada Public Participation Act*, R.S.C. 1985, c. 35 (4th Supp.), s. 10. (For convenience, I will refer to either or both of them as “Air Canada” in these reasons.) The *OLA* requires Air Canada to supply services in French or English where there is “significant demand” for them: see s. 22(b).

B. *The Montreal Convention*

[14] The *Montreal Convention*, which is part of Canadian federal law by virtue of the *Carriage by Air Act*, restricts the types and the amount of claims for damages that may be made against international air carriers. It permits claims for death or bodily injury, destruction, damage or loss of baggage and cargo and for delay: Articles 17 to 19. It bars all other actions for damages, however founded, in the carriage of passengers, baggage and cargo: Article 29. The Thibodeaus’ claims for damages under the *OLA* are clearly not within the types of permitted claims for death or bodily injury, destruction, damage or loss of baggage and cargo or for delay. The Thibodeaus submit, however, that their claims are not barred by the *Montreal Convention*.

C. *The Complaints*

[15] On three international flights on Air Canada and in an airport, over the course of roughly four months in 2009, Mr. and Ms. Thibodeau did not receive services in the French language. On some flights, there was no flight attendant able to provide

considérations de politique générale qui (les) sous-tendent” » (*Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 23, citant *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.), p. 386).

[13] Air Canada et sa filiale Jazz sont assujetties à la *LLO* : voir *Loi sur la participation publique au capital d’Air Canada*, L.R.C. 1985, ch. 35 (4^e suppl.), art. 10. (Par souci de commodité, ces deux sociétés seront collectivement appelées « Air Canada » dans les présents motifs.) La *LLO* impose à Air Canada l’obligation de fournir des services en français ou en anglais là où l’emploi d’une de ces langues fait l’objet d’une « demande importante » : voir art. 22.

B. *La Convention de Montréal*

[14] La *Convention de Montréal*, qui est incorporée au droit fédéral canadien par l’effet de la *Loi sur le transport aérien*, limite les types de recours en dommages-intérêts qui peuvent être intentés contre les transporteurs aériens internationaux et les montants qui peuvent être réclamés. Elle autorise les recours pour cause de mort ou de lésion corporelle, de destruction, d’avarie ou de perte de bagages ou de marchandises, ou encore de retard : articles 17 à 19. La *Convention de Montréal* interdit toute autre action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit, pour les dommages survenus dans le transport de voyageurs, de bagages et de marchandises : article 29. Les demandes de dommages-intérêts présentées par les Thibodeau en vertu de la *LLO* ne font manifestement pas partie des recours autorisés pour cause de mort ou de lésion corporelle, de destruction, d’avarie ou de perte de bagages ou de marchandises, ou en cas de retard. Les Thibodeau prétendent toutefois que la *Convention de Montréal* ne fait pas obstacle à leurs demandes.

C. *Les plaintes*

[15] Monsieur et Madame Thibodeau n’ont pas reçu de services en français lors de trois vols internationaux d’Air Canada et dans un aéroport, incidents survenus sur une période d’environ quatre mois en 2009. Sur certains vols, aucun agent de

services in French and in some cases passenger announcements on board and in the terminal were made only in English.

[16] On January 23, 2009, while on board a flight from Toronto to Atlanta, Georgia, Mr. and Ms. Thibodeau did not receive services in French because there was no bilingual flight attendant on the aircraft. A few days later, coming back from Atlanta, there was no French announcement made by the pilot or translation of it. On May 12, 2009, the Thibodeaus again did not receive services in French, this time on a flight from Charlotte, North Carolina, to Toronto. Upon arrival in Toronto, an announcement concerning baggage collection was made only in English.

[17] There is no longer any dispute that Air Canada breached its obligations under s. 22 of the *OLA* on these occasions.

[18] Mr. and Ms. Thibodeau filed eight complaints with the Office of the Commissioner of Official Languages: four complaints related to the breaches described above and four related to other incidents during those two trips. These latter complaints were however rejected by the Commissioner (and later by the application judge) and only the four complaints that were upheld by the Commissioner were subsequently upheld by the application judge: application judge's reasons, at para. 30.

[19] In response to the Commissioner's investigation of the Thibodeaus' complaints, Air Canada put in place remedial measures to improve its capacity to offer bilingual services. These measures led the Commissioner to close its files pertaining to the four complaints that he had found to be established.

[20] The Commissioner also undertook an audit of the bilingual services offered by Air Canada to its passengers and released its report in September 2011, after the Federal Court rendered its decision in the present case (*Audit of Service Delivery in*

bord n'était en mesure d'assurer des services en français et, dans certains cas, les annonces destinées aux passagers à bord des avions et dans le terminal ont été faites exclusivement en anglais.

[16] Le 23 janvier 2009, lors d'un vol de Toronto à Atlanta, en Géorgie, M. et M^{me} Thibodeau n'ont pas reçu de services en français parce qu'il n'y avait aucun agent de bord bilingue dans l'avion. Quelques jours plus tard, alors qu'ils revenaient d'Atlanta, aucune annonce n'a été faite en français par le pilote, ni traduite dans cette langue. Le 12 mai 2009, les Thibodeau n'ont de nouveau pas reçu de services en français, cette fois sur un vol en provenance de Charlotte, en Caroline du Nord, à destination de Toronto. À leur arrivée à Toronto, une annonce concernant la réception des bagages a été faite exclusivement en anglais.

[17] Il est maintenant acquis aux débats qu'Air Canada a, à ces occasions, manqué aux obligations que lui impose l'art. 22 de la *LLO*.

[18] Monsieur et Madame Thibodeau ont déposé huit plaintes auprès du Commissariat aux langues officielles : quatre en lien avec les manquements décrits ci-dessus et quatre concernant d'autres incidents survenus lors de ces deux vols. Ces dernières ont cependant été rejetées par le commissaire (et, plus tard, par la juge saisie de la demande), et seules les quatre plaintes retenues par le commissaire ont été subséquemment accueillies par la juge saisie de la demande : motifs de la juge saisie de la demande, par. 30.

[19] Par suite de l'enquête du commissaire sur les plaintes des Thibodeau, Air Canada a mis en place certaines mesures destinées à améliorer sa capacité d'assurer des services bilingues. Ces mesures ont incité le commissaire à fermer ses dossiers relatifs aux quatre plaintes qu'il avait jugées fondées.

[20] Le commissaire a également entrepris une vérification des services bilingues offerts par Air Canada à ses passagers et a produit son rapport en septembre 2011, après que la Cour fédérale eut rendu sa décision dans la présente affaire (*Vérification*

English and French to Air Canada Passengers: Final Report (2011)). The Commissioner made 12 recommendations to Air Canada in this audit, recommendations to which the latter responded by suggesting measures and deadlines to implement said measures. The Commissioner declared himself satisfied with Air Canada's proposed solutions for 11 of the recommendations, and partly satisfied with the answer provided for the remaining recommendation, which I should say is not relevant for the outcome of this appeal. (I note that the reliance of the Federal Court of Appeal on this subsequently acquired report was objected to by the Commissioner. I refer to this audit here simply to complete the factual background of this case and not in relation to the specific issues I will later decide in these reasons.)

D. *Proceedings in the Federal Courts*

[21] As outlined earlier, under s. 77 of the *OLA*, a person who has complained to the Commissioner under various provisions, including in relation to failure to provide services to the public in both official languages, may apply to the Federal Court of Canada for a remedy. If the court concludes that a federal institution has failed to comply with the *OLA*, the court may grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances.

[22] The Thibodeaus applied to the Federal Court for remedies in relation to Air Canada's breaches of their right to services in French. They requested that the court make "institutional orders against Air Canada and . . . order it to pay punitive and exemplary damages", as well as damages for the violation of their language rights: application judge's reasons, at para. 43.

[23] Air Canada's position was that damages for breach of the *OLA* are not permitted under the *Montreal Convention* and that the Thibodeaus' claims for damages were therefore precluded because they arose out of injury suffered in the course of international flights governed by the *Montreal Convention*.

de la prestation des services en français et en anglais aux passagers d'Air Canada : Rapport final (2011)). Le commissaire a fait 12 recommandations à Air Canada, et cette dernière a proposé en retour certaines mesures et des échéances pour leur mise en œuvre. Le commissaire s'est dit satisfait des solutions proposées à l'égard de 11 des recommandations, et en partie satisfait de la réponse à la dernière recommandation, laquelle, je dois dire, n'a aucune importance pour l'issue du présent pourvoi. (Je signale que le commissaire s'est opposé à l'utilisation de ce rapport par la Cour d'appel fédérale. Je parle de cette vérification uniquement pour brosser un portrait complet des faits de l'espèce et non pour traiter des questions précises sur lesquelles je me prononcerai dans les présents motifs.)

D. *Procédures devant les Cours fédérales*

[21] Comme je l'ai déjà mentionné, l'art. 77 de la *LLO* dispose que quiconque a saisi le commissaire d'une plainte sur le fondement de différentes dispositions, notamment en ce qui concerne une omission de fournir des services au public dans les deux langues officielles, peut former un recours devant la Cour fédérale. Si la cour estime que l'institution fédérale ne s'est pas conformée à la *LLO*, elle peut accorder la réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[22] Les Thibodeau se sont adressés à la Cour fédérale en vue d'obtenir réparation par suite des atteintes par Air Canada à leur droit d'être servis en français. Ils ont demandé à la cour de rendre « des ordonnances institutionnelles contre Air Canada et de lui ordonner de payer des dommages punitifs et exemplaires », ainsi que des dommages-intérêts pour la violation de leurs droits linguistiques : motifs de la juge saisie de la demande, par. 43.

[23] Air Canada a soutenu que la *Convention de Montréal* n'autorise pas l'attribution de dommages-intérêts pour contravention à la *LLO* et que les demandes de dommages-intérêts des Thibodeau étaient donc irrecevables parce qu'elles découlaient d'un préjudice subi lors de vols internationaux régis par cette convention.

(1) Federal Court, Bédard J.

[24] The Federal Court found that the Thibodeaus were entitled to both damages and a structural order. The judge concluded that there was a conflict between the limitation on damages in the *Montreal Convention* and the power under the *OLA* to award damages. As she put it, “in interpreting the Montréal Convention as allowing compensation on the basis of a cause of action which is not contemplated by the Convention, I would depart from the Canadian and international case law”: para. 77. She concluded, however, that the power to award damages under the *OLA* prevailed over the *Montreal Convention* in the face of this conflict: paras. 81-83. She therefore ordered Air Canada to pay \$6,000 in damages to each of the Thibodeaus (\$1,500 per incident) in order to compensate them for the harm they suffered (moral prejudice, pain and suffering and loss of enjoyment of their vacation), to recognize the importance of the rights at issue and to deter future breaches: paras. 88-90.

[25] Bédard J. then analyzed the evidence supporting the Thibodeaus’ claim for a structural order and concluded that there was a “systemic problem at Air Canada”, in the sense that violations of its linguistic obligations were not “isolated problems that [were] out of [its] control”: para. 153. She therefore ordered the airline to put in place within the next six months a monitoring process that would “quickly identify, document and quantify potential violations of its language duties”: application judge’s reasons, at p. 153.

(2) Federal Court of Appeal, Trudel J.A. (Pelletier and Gauthier JJ.A. Concurring)

[26] Air Canada appealed these conclusions and, on September 25, 2012, the Federal Court of Appeal allowed the appeal and set aside the award of damages for the three complaints about events that took place on board Air Canada flights (the claim

(1) Cour fédérale, la juge Bédard

[24] La Cour fédérale a jugé que les Thibodeau avaient droit à des dommages-intérêts et à une ordonnance structurelle. La juge a conclu à l’existence d’un conflit entre la limite imposée en matière de dommages-intérêts par la *Convention de Montréal* et le pouvoir conféré d’accorder des dommages-intérêts par la *LLO*. Pour reprendre ses propos, « interpréter la Convention de Montréal comme permettant une indemnisation fondée sur une cause d’action qui n’est pas prévue par la Convention irait à l’encontre de la jurisprudence canadienne et internationale » : par. 77. Elle a cependant statué qu’en présence d’un tel conflit, le pouvoir d’accorder des dommages-intérêts en vertu de la *LLO* l’emportait sur la *Convention de Montréal* : par. 81-83. Elle a par conséquent ordonné à Air Canada de verser à chacun des Thibodeau des dommages-intérêts de 6 000 \$ (1 500 \$ par incident) pour indemniser le préjudice subi (préjudice moral, troubles et inconvénients et perte de jouissance de leurs vacances), pour reconnaître l’importance des droits en cause et pour décourager de futurs manquements : par. 88-90.

[25] La juge Bédard a ensuite analysé la preuve à l’appui de la demande d’ordonnance structurelle faite par M. et M^{me} Thibodeau et a conclu à l’existence d’un « problème de nature systémique au sein d’Air Canada », en ce sens que les manquements de celle-ci à ses obligations linguistiques n’étaient pas « des problèmes [. . .] isolés et hors [de son] contrôle » : par. 153. Elle a donc ordonné au transporteur aérien d’instaurer dans les six mois suivant le jugement un système de surveillance visant à « rapidement identifier, documenter et quantifier d’éventuelles violations à ses obligations linguistiques » : motifs de la juge saisie de la demande, p. 153.

(2) Cour d’appel fédérale, la juge Trudel, avec l’accord des juges Pelletier et Gauthier

[26] Air Canada a interjeté appel de ces conclusions et, le 25 septembre 2012, la Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel et annulé les dommages-intérêts octroyés pour les trois plaintes visant les faits survenus à bord des vols d’Air Canada (la

for damages related to the announcement concerning baggage collection at the Toronto Airport was not appealed: *Air Canada factum*, at para. 29) and the structural order. The court agreed with the judge at first instance that the *Montreal Convention* would bar the Thibodeaus' claims for damages unless the broad remedial power under the *OLA* prevails over that bar: paras. 20-22. The court, however, found that there was no conflict between the two regimes: in deciding whether a remedy is "appropriate and just" under the *OLA*, the court must take into account the fact that damages are not permitted in the circumstances to which the *Montreal Convention* applies: para. 43.

[27] With respect to the structural order, the Federal Court of Appeal concluded it was not appropriate in the circumstances of this case because the evidence was insufficient and because the order was too vague to be properly enforced: paras. 74-76.

[28] This Court granted Mr. and Ms. Thibodeau leave to appeal and, by the same judgment, gave appellant status to the Commissioner of Official Languages of Canada. I will refer to them collectively as the appellants.

III. Analysis

A. *Does the Montreal Convention Purport to Exclude Monetary Damages Under the Official Languages Act?*

(1) The Appellants' Submissions

[29] The appellants make three principal submissions in support of their position that the *Montreal Convention* does not purport to exclude a damages remedy under the *OLA*:

1. The *Montreal Convention* applies only to private law claims, not statutory claims in relation to fundamental rights such as language rights.

demande de dommages-intérêts relative à l'annonce concernant la réception des bagages à l'aéroport de Toronto n'a pas fait l'objet d'un appel : mémoire d'Air Canada, par. 29) et l'ordonnance structurelle. La cour d'appel a convenu avec la juge de première instance que la *Convention de Montréal* fait obstacle à la demande de dommages-intérêts des Thibodeau, sauf si le pouvoir général de réparation conféré par la *LLO* prime cette interdiction : par. 20-22. La cour d'appel a cependant conclu qu'il n'y avait pas de conflit entre les deux régimes : pour décider si une réparation est « convenable et juste » au sens de la *LLO*, le tribunal doit tenir compte du fait qu'il ne peut pas accorder de dommages-intérêts dans les cas où la *Convention de Montréal* s'applique : par. 43.

[27] Quant à l'ordonnance structurelle, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'elle n'était pas convenable dans les circonstances de l'espèce parce que la preuve était insuffisante et que l'ordonnance était trop imprécise pour être exécutée comme il se doit : par. 74-76.

[28] Notre Cour a accordé à M. et à M^{me} Thibodeau l'autorisation d'interjeter appel et, dans le même jugement, elle a accordé le statut d'appelant au commissaire aux langues officielles du Canada. Ces parties sont désignées collectivement ci-après les appelants.

III. Analyse

A. *La Convention de Montréal exclut-elle le recours en dommages-intérêts prévu par la Loi sur les langues officielles?*

(1) Arguments des appelants

[29] Les appelants avancent trois arguments principaux au soutien de leur thèse selon laquelle la *Convention de Montréal* n'a pas pour objet d'exclure l'exercice d'un recours en dommages-intérêts fondé sur la *LLO* :

1. La *Convention de Montréal* ne s'applique qu'aux recours de droit privé, non aux recours légaux en matière de droits fondamentaux, tels que les droits linguistiques.

2. The *Montreal Convention* only limits “individual” damage awards, not remedies for “standardized” damages.
 3. The appellants’ claims do not fall within the temporal scope of the *Montreal Convention*’s limitation of claims.
2. La *Convention de Montréal* exclut uniquement les dommages-intérêts pour les préjudices « individuels » et non pour les préjudices appelant des réparations « standardisées ».
 3. Les demandes des appelants ne relèvent pas du champ d’application temporel de la limite imposée aux recours par la *Convention de Montréal*.

[30] Both the Federal Court and the Federal Court of Appeal were of the view that the *Montreal Convention* purports to exclude a claim for damages under the *OLA* and I agree with them. In my view, the appellants’ submissions to the contrary are based on a misconception of the purpose and structure of the *Montreal Convention* and a misreading of its text. Before turning in more detail to each of the appellants’ main submissions, I will set out briefly some important interpretative considerations in relation to the *Montreal Convention*.

(2) Interpreting the *Montreal Convention*

(a) *Overview*

[31] The *Montreal Convention* was adopted in 1999 in Montréal and applies to all international carriage by aircraft of persons, baggage or cargo. It was the successor to the *Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*, 137 L.N.T.S. 11 (the “*Warsaw Convention*”) and its purpose was “to modernize and consolidate the Warsaw Convention and related instruments”: preamble of the *Montreal Convention*. To understand the purposes of the *Montreal Convention*, we therefore must go back to its predecessor, the *Warsaw Convention*, signed at Warsaw on October 12, 1929, as set out at Sch. I of the *Carriage by Air Act* (as amended at The Hague in 1955, as set out at Sch. III). The purposes of the *Warsaw Convention* and of the *Montreal Convention* were the same and decisions and commentary respecting the *Warsaw Convention* are therefore helpful in understanding those purposes: *Stott v. Thomas Cook Tour Operators Ltd.*, [2014] UKSC 15, [2014] 2 W.L.R. 521,

[30] La Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont toutes deux estimé que la *Convention de Montréal* exclut l’exercice d’un recours en dommages-intérêts fondé sur la *LLO*, et je suis d’accord avec elles. À mon avis, les arguments contraires des appelants reposent sur une perception erronée de l’objet et de la structure de la *Convention de Montréal* et sur une interprétation incorrecte de son texte. Avant d’examiner plus en détail chacun des principaux arguments présentés par les appelants, j’exposerai brièvement certaines considérations importantes quant à l’interprétation de la *Convention de Montréal*.

(2) Interprétation de la *Convention de Montréal*

a) *Aperçu*

[31] La *Convention de Montréal*, qui a été adoptée en 1999 à Montréal, s’applique à tout transport international par aéronef de personnes, de bagages ou de marchandises. Succédant à la *Convention pour l’unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, 137 R.T.S.N. 11 (la « *Convention de Varsovie* »), elle a pour objet « de moderniser et de refondre la Convention de Varsovie et les instruments connexes » : préambule de la *Convention de Montréal*. Pour comprendre les objets de la *Convention de Montréal*, il nous faut parler de l’instrument qui l’a précédée, la *Convention de Varsovie*, signée dans cette ville le 12 octobre 1929, reproduite à l’ann. I de la *Loi sur le transport aérien* (modifiée à La Haye en 1955, reproduite à l’ann. III). Comme les objets des deux conventions sont les mêmes, les décisions et commentaires portant sur la *Convention de Varsovie* aident à comprendre ces objets : *Stott c. Thomas Cook Tour Operators Ltd.*, [2014] UKSC 15, [2014] 2 W.L.R. 521, par. 24-25;

at paras. 24-25; P. S. Dempsey, *Aviation Liability Law* (2nd ed. 2013), at p. 304; P. S. Dempsey and M. Milde, *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999* (2005), at p. 7.

[32] There were a number of attempts to revise the *Warsaw Convention*, leading ultimately to the *Montreal Convention* with which we are directly concerned here: see, e.g., *Montreal Protocol No. 4 to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929 as amended by the Protocol done at The Hague on 28 September 1955*, 2145 U.N.T.S. 31, as set out at Sch. IV of the *Carriage by Air Act*. For a comprehensive overview of these modifications which led to the *Montreal Convention*, see J. D. McClean et al., eds., *Shawcross and Beaumont: Air Law* (loose-leaf), at pp. VII-103 to VII-165. The *Montreal Convention* resulted from the work of delegates of approximately 120 states meeting in Montréal in 1999: L. Weber and A. Jakob, “The Modernization of the Warsaw System: The Montreal Convention of 1999” (1999), 24 *Ann. Air & Sp. L.* 333, at pp. 334-35; Dempsey, at p. 336; Dempsey and Milde, at pp. 36-41.

[33] The *Montreal Convention* was ratified by Canada in 2002 and it came into force in 2003. It is part of Canadian federal law by virtue of s. 2 of the *Carriage by Air Act*, and its text is set out at Sch. VI of that statute. The same basic structure and language used in the various versions of the *Warsaw Convention* can be found in the *Montreal Convention* and the same *quid pro quo* between limiting air carrier’s liability and facilitating consumers’ claims was maintained: Dempsey, at pp. 310 and 338-40; *Shawcross and Beaumont*, at p. VII-251.

[34] The question raised in this appeal is whether Article 29 of the *Montreal Convention*, which limits the actions in damages that can be brought for injuries in the course of international air carriage, excludes the Thibodeaus’ claims for damages. I turn therefore to the interpretation of this article.

P. S. Dempsey, *Aviation Liability Law* (2^e éd. 2013), p. 304; P. S. Dempsey et M. Milde, *International Air Carrier Liability : The Montreal Convention of 1999* (2005), p. 7.

[32] Les nombreuses tentatives faites en vue de réviser la *Convention de Varsovie* ont finalement abouti à la *Convention de Montréal*, qui nous intéresse directement en l’espèce : voir, p. ex., le *Protocole de Montréal N° 4 portant modification de la Convention pour l’unification de certaines règles relatives au transport aérien international signée à Varsovie le 12 octobre 1929 amendée par le Protocole fait à La Haye le 28 septembre 1955*, 2145 R.T.N.U. 31, figurant à l’ann. IV de la *Loi sur le transport aérien*. Pour un exposé détaillé de ces modifications ayant mené à la *Convention de Montréal*, voir J. D. McClean et autres, dir., *Shawcross and Beaumont : Air Law* (feuilles mobiles), p. VII-103 à VII-165. La *Convention de Montréal* est le fruit du travail des délégués d’environ 120 États qui se sont réunis à Montréal en 1999 : L. Weber et A. Jakob, « The Modernization of the Warsaw System : The Montreal Convention of 1999 » (1999), 24 *Ann. Air & Sp. L.* 333, p. 334-335; Dempsey, p. 336; Dempsey et Milde, p. 36-41.

[33] La *Convention de Montréal* a été ratifiée par le Canada en 2002 et est entrée en vigueur en 2003. Elle est incorporée au droit fédéral canadien par l’effet de l’art. 2 de la *Loi sur le transport aérien*, et son texte figure à l’ann. VI de cette loi. La *Convention de Montréal* reprend essentiellement la structure et le libellé des différentes versions de la *Convention de Varsovie*, et maintient le même compromis entre la limitation de la responsabilité des transporteurs aériens et la facilitation des recours des consommateurs : Dempsey, p. 310 et 338-340; *Shawcross and Beaumont*, p. VII-251.

[34] La question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si l’article 29 de la *Convention de Montréal*, lequel limite les recours en dommages-intérêts qui peuvent être exercés en cas de préjudice survenu pendant un transport aérien international, exclut les demandes de dommages-intérêts des Thibodeau. Je passe donc à l’interprétation de cet article.

[35] I begin this exercise with a fundamental principle of interpretation, set out in Article 31 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37: “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.” I will therefore first turn to the text of Article 29 of the *Montreal Convention* and then analyze its place within the *Montreal Convention* in light of the latter’s purpose and object: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 56.

(b) *Text*

[36] The key provision at the core of the *Montreal Convention*’s purpose of establishing a uniform and exclusive set of rules for liability is Article 29, which is the successor of Article 24 of the *Warsaw Convention*. Article 29 reads:

ARTICLE 29 — BASIS OF CLAIMS

In the carriage of passengers, baggage and cargo, any action for damages, however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise, can only be brought subject to the conditions and such limits of liability as are set out in this Convention without prejudice to the question as to who are the persons who have the right to bring suit and what are their respective rights. In any such action, punitive, exemplary or any other non-compensatory damages shall not be recoverable.

[37] The *Montreal Convention* makes clear that it provides the exclusive recourse against airlines for various types of claims arising in the course of international carriage by air. It provides that *all* “action[s] for damages” in the carriage of passengers, baggage and cargo are subject to the conditions and limitations of liability set out in its provisions. The provision could hardly be expressed more broadly; it applies to “any action for damages, however founded”. This breadth is equally reflected in

[35] Je commence en citant le principe fondamental d’interprétation énoncé à l’article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37 : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. » Par conséquent, j’examinerai d’abord le texte de l’article 29 de la *Convention de Montréal* et analyserai ensuite la place que cette disposition occupe au sein de la *Convention*, compte tenu du but et de l’objet de celle-ci : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 56.

b) *Texte*

[36] La disposition qui touche au cœur de l’objectif de la *Convention de Montréal* — établir un ensemble de règles de responsabilité uniformes et exclusives — est l’article 29, qui a succédé à l’article 24 de la *Convention de Varsovie*. Voici le texte de l’article 29 :

ARTICLE 29 — PRINCIPE DES RECOURS

Dans le transport de passagers, de bagages et de marchandises, toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit, en vertu de la présente convention, en raison d’un contrat ou d’un acte illicite ou pour toute autre cause, ne peut être exercée que dans les conditions et limites de responsabilité prévues par la présente convention, sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d’agir et de leurs droits respectifs. Dans toute action de ce genre, on ne pourra pas obtenir de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ni de dommages à un titre autre que la réparation.

[37] Il ressort clairement de la *Convention de Montréal* qu’elle offre le seul recours pouvant être intenté contre les transporteurs aériens pour différents types de dommages subis lors d’un transport aérien international. La *Convention* prévoit que *toute* « action en dommages-intérêts » découlant du transport de passagers, de bagages et de marchandises est assujettie aux conditions et limites de responsabilité qui y sont prévues. La disposition pourrait difficilement être rédigée en des termes

the French text: “. . . toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit . . .”

[38] This exclusivity principle is expressed even more clearly in the *Montreal Convention* than it was in the *Warsaw Convention*. Article 24 of the *Warsaw Convention* introduces its exclusion of other claims by referring to “the cases covered by” Articles 17 to 19. Article 29 of the *Montreal Convention*, in contrast, introduces its exclusion of other claims by using the terms “[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo”. By using this broader language, it articulates even more clearly the state signatories’ intention to exclude any actions not specifically addressed in Articles 17 to 19. The comments made by the chairman of the International Conference on Air Law, held in Montréal in May 1999, on this point are enlightening:

The provisions contained in Article [29] (*Basis of Claims*) made it clear that an action which was brought for damages, however founded, whether under the new Convention or in contract or tort or otherwise, could only be brought subject to the conditions and such limits of liability as were set out in the Convention. There was indeed jurisprudence which suggested that it was exclusive. It was not possible to get around the provisions of the Convention regarding the burden of proof, etc., by bringing an action in tort or by attempting to bring an action outside the Convention . . . [Emphasis added.]

(International Civil Aviation Organization, *International Conference on Air Law*, vol. I, *Minutes*, Doc. 9775-DC/2 (2001), at p. 137)

[39] The *Montreal Convention* sets out in Chapter III the types of liability of carriers *that are permitted* and the applicable limits on compensation. It also clarifies the set of events that Article 29 purports to cover. Articles 17 to 19 establish that the carrier is liable for damage sustained: in case of an accident causing the death or bodily injury of a passenger on board the aircraft or in the course of

plus larges; elle s’applique à « toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit ». Cette large portée se retrouve aussi dans la version anglaise : « . . . any action for damages, however founded . . . »

[38] Ce principe d’exclusivité est exprimé encore plus clairement dans la *Convention de Montréal* qu’il ne l’était dans la *Convention de Varsovie*. L’article 24 de la *Convention de Varsovie* — la disposition qui exclut les autres recours — commence par les termes « [d]ans les cas prévus aux » articles 17 à 19. L’article 29 de la *Convention de Montréal*, en revanche, commence par les termes « [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises ». Le recours à un libellé aussi général fait ressortir encore plus nettement l’intention des États signataires d’exclure toute action non expressément prévue aux articles 17 à 19. Les commentaires formulés à ce sujet par le président de la Conférence internationale de droit aérien, tenue à Montréal en mai 1999, sont éclairants :

[TRANSLATION] Les dispositions de l’article [29] (*Principe des recours*) sont claires : toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit, en vertu de la nouvelle convention, en raison d’un contrat ou d’un acte illicite ou pour toute autre cause, ne pouvait être exercée que dans les conditions et limites de responsabilité prévues par la convention. Du reste, une certaine jurisprudence tend à indiquer que celle-ci était exclusive. Il n’était pas possible d’échapper aux dispositions de la convention relatives au fardeau de la preuve, etc., en procédant par voie d’action en responsabilité délictuelle ou en exerçant tout autre recours en dehors des limites prévues par la convention . . . [Je souligne.]

(Organisation de l’aviation civile internationale, *International Conference on Air Law*, vol. I, *Minutes*, Doc. 9775-DC/2 (2001), p. 137)

[39] La *Convention de Montréal* énonce à son chapitre III les chefs de responsabilité des transporteurs à l’égard desquels les recours *sont autorisés* et limite l’indemnisation afférente à chacun d’eux. Elle précise également les différents événements auxquels l’article 29 est censé s’appliquer. Les articles 17 à 19 disposent que le transporteur est responsable du préjudice survenu : en cas de mort

embarking or disembarking (Article 17); in case of destruction or loss of, or of damage to, baggage while in the charge of the carrier (Article 17); in the event of the destruction or loss of, or damage to, cargo during carriage (Article 18); and for damage occasioned by delay (Article 19). The full text of the relevant provisions of the *Montreal Convention* is set out in the Appendix.

[40] The monetary limits of the carrier's liability (which are not directly relevant to this appeal) are set out in Articles 21 and 22. These limits of liability are linked specifically and exclusively to the claims addressed in Articles 17 to 19 and, by virtue of Article 26, any contractual provision tending to relieve a carrier of liability or fix a lower limit of liability than that established in the *Montreal Convention* is null and void. Chapter VI of the *Montreal Convention* underlines its exclusive force by providing that any provision in a contract of carriage or special contract that purports to infringe the rules laid down by the *Montreal Convention* is null and void: Article 49. As discussed earlier, Article 29 establishes that in relation to claims falling within the scope of the *Montreal Convention*, "any action for damages, however founded" may only be brought "subject to the conditions and such limits of liability as are set out in this Convention".

(c) *Purpose and Object of the Montreal Convention*

[41] The *Warsaw Convention* (and therefore its successor the *Montreal Convention*) had three main purposes: to create uniform rules governing claims arising from international air transportation; to protect the international air carriage industry by limiting carrier liability; and to balance that protective goal with the interests of passengers and others seeking recovery. These purposes responded to concerns that many legal regimes might apply to international carriage by air with the result that there could be no uniformity or predictability with respect to either

ou de lésion corporelle subie par un passager lors d'un accident qui s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de l'embarquement ou du débarquement (article 17); en cas de destruction, de perte ou d'avarie de bagages dont le transporteur avait la garde (article 17); en cas de destruction, de perte ou d'avarie de la marchandise survenue pendant le transport aérien (article 18); et en cas de dommage résultant d'un retard (article 19). Le texte intégral des dispositions pertinentes de la *Convention de Montréal* est reproduit en annexe.

[40] Les limites pécuniaires de la responsabilité du transporteur (qui ne sont pas directement pertinentes pour le présent pourvoi) sont prévues aux articles 21 et 22. Ces limites de responsabilité sont expressément et exclusivement liées aux recours visés aux articles 17 à 19 et, selon l'article 26, toute clause contractuelle tendant à exonérer le transporteur de sa responsabilité ou à établir une limite inférieure à celle qui est fixée dans la *Convention de Montréal* est nulle et de nul effet. Le chapitre VI de la *Convention de Montréal* fait ressortir son caractère exclusif, car il prévoit que toute clause du contrat de transport ou d'un contrat particulier qui dérogerait aux règles de la *Convention de Montréal* est nulle et sans effet : article 49. Comme nous l'avons vu, l'article 29 dispose que, pour ce qui est des recours relevant de la *Convention de Montréal*, « toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit », ne peut être exercée « que dans les conditions et limites de responsabilité prévues par la présente convention ».

c) *But et objet de la Convention de Montréal*

[41] La *Convention de Varsovie* (et par le fait même la *Convention de Montréal* qui lui a succédé) avait trois principaux objectifs : instaurer des règles uniformes applicables aux réclamations découlant du transport aérien international; protéger le secteur du transport aérien international en limitant la responsabilité du transporteur; et assurer l'équilibre entre cet objectif de protection et l'intérêt des passagers et des autres qui cherchent à obtenir réparation. Ces objectifs répondaient aux craintes que plusieurs régimes juridiques s'appliquent au transport aérien

carrier liability or the rights of passengers and others using the service. Both passengers and carriers were potentially harmed by this lack of uniformity. There were also concerns that the fledging international airline business needed protection against potentially ruinous multi-state litigation and virtually unlimited liability.

[42] As succinctly summed up by one text, the *Warsaw Convention* aimed “to eliminate many of the conflicts problems which might arise in international air travel, to create a system of internationally recognized documentation, to prescribe a limitation period for claims, to resolve questions of jurisdiction and, perhaps most importantly, to impose very strict limits on carriers’ liability”: Fountain Court Chambers, *Carriage by Air* (2001), at p. 3. From the point of view of passengers and shippers, this limitation was balanced against a reversal of the burden of proof in their favour such that, on proof of damage, fault on the part of the carrier would be presumed: *ibid.* See also Dempsey, at pp. 309-10; *Shawcross and Beaumont*, at pp. VII-105 to VII-105A; A. Field, “International Air Carriage, The Montreal Convention and the Injuries for Which There is No Compensation” (2006), 12 *Canta. L.R.* 237, at p. 239; L. Chassot, *Les sources de la responsabilité du transporteur aérien international: entre conflit et complémentarité* (2012), at pp. 45-46.

[43] It will be helpful to explain in a bit more detail how the *Warsaw Convention* addressed each of its three main purposes.

[44] To further the goal of uniformity, the *Warsaw Convention* provided for three areas of air carrier liability: personal injuries in Article 17; loss, destruction and damage to baggage or cargo in Article 18; and damage occasioned by delay in Article 19. It also set out the conditions exempting air carriers from liability (Article 20), the monetary limits of liability (Article 22) and, to keep the scheme in balance, the circumstances in which air carriers may

international, ce qui pourrait se traduire par une absence d’uniformité ou de prévisibilité quant à la responsabilité du transporteur ou aux droits des passagers et des autres utilisateurs du service. Tant les passagers que les transporteurs risquaient de subir les conséquences de ce manque d’uniformité. On croyait également que l’industrie naissante du transport aérien international avait besoin d’être protégée des litiges potentiellement ruineux entre plusieurs États et d’une responsabilité pratiquement illimitée.

[42] Comme le résume brièvement un texte, la *Convention de Varsovie* visait [TRADUCTION] « à éliminer plusieurs des conflits pouvant survenir dans le transport aérien international, à instaurer un système de documentation reconnu internationalement, à assujettir les réclamations à un délai de prescription, à résoudre les questions de compétence et, ce qui est peut-être le plus important, à imposer des limites très strictes à la responsabilité des transporteurs » : Fountain Court Chambers, *Carriage by Air* (2001), p. 3. Du point de vue des passagers et des expéditeurs, ces limites étaient contrebalancées par une inversion du fardeau de la preuve en leur faveur, de sorte que, dès lors que les dommages étaient prouvés, la faute du transporteur était présumée : *ibid.* Voir aussi Dempsey, p. 309-310; *Shawcross and Beaumont*, p. VII-105 à VII-105A; A. Field, « International Air Carriage, The Montreal Convention and the Injuries for Which There is No Compensation » (2006), 12 *Canta. L.R.* 237, p. 239; L. Chassot, *Les sources de la responsabilité du transporteur aérien international : entre conflit et complémentarité* (2012), p. 45-46.

[43] Il sera utile d’expliquer de façon un peu plus détaillée comment la *Convention de Varsovie* réalisait chacun de ses trois principaux objectifs.

[44] Pour favoriser l’atteinte de l’objectif d’uniformité, la *Convention de Varsovie* établissait trois chefs de responsabilité du transporteur aérien : le préjudice personnel à l’article 17; la perte, la destruction et l’avarie de bagages ou de la marchandise, à l’article 18; et le dommage résultant d’un retard, à l’article 19. Elle énonçait également les conditions auxquelles le transporteur aérien était exonéré de toute responsabilité (article 20),

not limit liability (Articles 23 and 25). The intention was to exempt carriers from the differing liability regimes under the law of the various states: see, e.g., *El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tsui Yuan Tseng*, 525 U.S. 155 (1999), at pp. 169-71, *per* Ginsburg J.

[45] As for the second purpose — limiting liability — the *Warsaw Convention* restricted both the nature of admissible claims and the amount of recovery. In Articles 22 and 24, passengers were limited in the amount of damages they could recover and restricted in the claims they could pursue. The *Warsaw Convention*'s regime rests on an exclusivity principle, found at Article 24, which provides that “[i]n the cases covered” by Articles 17 to 19, “any action for damages, however founded, can only be brought subject to the conditions and limits set out in this Convention”. It is useful to reproduce here Article 24 in its entirety, since several cases I will discuss later turn on this provision:

ARTICLE 24

(1) In the cases covered by Articles 18 and 19 any action for damages, however founded, can only be brought subject to the conditions and limits set out in this Convention.

(2) In the cases covered by Article 17 the provisions of the preceding paragraph also apply, without prejudice to the questions as to who are persons who have the right to bring suit and what are their respective rights.

[46] The third purpose of the *Warsaw Convention* was to balance the interests of passengers seeking recovery for personal injuries, and the interests of air carriers seeking to limit potential liability: *Tseng*, at p. 170. While there was concern that damage suits could put the nascent international airline industry at risk, there was also concern that the airlines would take undue advantage of their ability to limit their liability by contractual means: *ibid.* The *Warsaw Convention* was thus seen

les limites pécuniaires de la responsabilité (article 22) et, afin de maintenir l'équilibre du régime, les circonstances dans lesquelles le transporteur *ne* pouvait *pas* limiter sa responsabilité (articles 23 et 25). L'intention était de soustraire les transporteurs à l'application des régimes divergents de responsabilité établis par les lois des divers États : voir, p. ex., *El Al Israel Airlines, Ltd. c. Tsui Yuan Tseng*, 525 U.S. 155 (1999), p. 169-171, la juge Ginsburg.

[45] Quant au deuxième objectif — limiter la responsabilité — la *Convention de Varsovie* restreignait à la fois la nature des dommages admissibles et le montant des indemnités. Selon les articles 22 et 24, le montant des dommages-intérêts que les passagers pouvaient obtenir et les réclamations qu'ils pouvaient présenter étaient limités. Le régime établi par la *Convention de Varsovie* repose sur un principe d'exclusivité, qui ressort de l'article 24 : « [d]ans les cas prévus » aux articles 17 à 19, « toute action en responsabilité, à quelque titre que ce soit, ne peut être exercée que dans les conditions et limites prévues par la présente Convention ». Il est utile de reproduire ici l'article 24 dans son intégralité, puisqu'il est au cœur de plusieurs décisions que j'examinerai plus tard :

ARTICLE 24

(1) Dans les cas prévus aux articles 18 et 19 toute action en responsabilité, à quelque titre que ce soit, ne peut être exercée que dans les conditions et limites prévues par la présente Convention.

(2) Dans les cas prévus à l'article 17, s'appliquent également les dispositions de l'alinéa précédent, sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d'agir et de leurs droits respectifs.

[46] Le troisième objectif de la *Convention de Varsovie* est d'assurer l'équilibre entre les intérêts des passagers qui demandent à être indemnisés du préjudice personnel qu'ils ont subi, et les intérêts des transporteurs aériens qui cherchent à limiter leur responsabilité éventuelle : *Tseng*, p. 170. Si l'on s'inquiétait des conséquences que les poursuites en responsabilité pourraient avoir sur l'industrie à peine naissante du transport aérien international, on s'inquiétait tout autant de la possibilité que les

as “a compromise between the interests of air carriers and their customers worldwide”: *Tseng*, at p. 170. Article 17 of the *Warsaw Convention* denies carriers the contractual prerogative to exclude or limit their liability for personal injury, whereas Articles 22 and 24 limit the amount of damages that passengers can recover and restrict their claims. As previously mentioned, the *Warsaw Convention* also gave passengers and shippers the benefit of a reversed burden of proof.

[47] As we have seen, two of the main purposes of the *Warsaw Convention*, and hence of the *Montreal Convention*, are to achieve a uniform set of rules governing damages liability of international air carriers and to provide limitation of carrier liability. These purposes can only be achieved by the *Montreal Convention* if it provides the exclusive set of rules in relation to the matters that it covers. The *Montreal Convention* of course does not deal with all aspects of international carriage by air: it is not comprehensive. But within the scope of the matters which it does address, it is exclusive in that it bars resort to other bases for liability in those areas: M. Clarke, *Contracts of Carriage by Air* (2nd ed. 2010), at pp. 8 and 160-62; G. N. Tompkins, Jr., “The Continuing Development of Montreal Convention 1999 Jurisprudence” (2010), 35 *Air & Space L.* 433, at pp. 433-36.

[48] The scope of the exclusivity principle in the *Montreal Convention* lies at the heart of this appeal. While we do not have to resolve all of the issues that may arise with respect to how this exclusivity principle operates, the *Montreal Convention*’s text and purpose as well as a strong current of jurisprudence make it clear that the exclusivity of the liability scheme established under the *Montreal Convention* extends at least to excluding actions arising from injuries suffered by passengers during flight or embarkation and disembarkation when those

compagnies aériennes profitent indûment de leur capacité à limiter contractuellement leur responsabilité : *ibid.* On voyait donc la *Convention de Varsovie* comme [TRADUCTION] « un compromis entre les intérêts des transporteurs aériens et ceux de leurs clients dans le monde entier » : *Tseng*, p. 170. L’article 17 de la *Convention de Varsovie* prive les transporteurs de la prérogative d’exclure ou de limiter par contrat leur responsabilité pour préjudice personnel, tandis que les articles 22 et 24 limitent le montant des dommages-intérêts que peuvent obtenir les passagers et restreignent les réclamations qu’ils peuvent présenter. Comme je l’ai déjà mentionné, la *Convention de Varsovie* faisait également profiter les passagers et les expéditeurs de l’inversion du fardeau de la preuve.

[47] Comme nous l’avons vu, établir un ensemble de règles uniformes encadrant la responsabilité pour dommages des transporteurs aériens internationaux et limiter cette responsabilité sont deux des principaux objectifs de la *Convention de Varsovie* et, par le fait même, de la *Convention de Montréal*, qui ne peut les réaliser que si elle constitue un ensemble exclusif de règles applicables aux matières auxquelles elle s’applique. La *Convention de Montréal* ne touche évidemment pas tous les aspects du transport aérien international : elle n’est pas exhaustive. Mais dans les limites des matières qu’elle aborde, elle est exclusive en ce qu’elle interdit tout autre recours en responsabilité : M. Clarke, *Contracts of Carriage by Air* (2^e éd. 2010), p. 8 et 160-162; G. N. Tompkins, fils, « The Continuing Development of Montreal Convention 1999 Jurisprudence » (2010), 35 *Air & Space L.* 433, p. 433-436.

[48] La portée du principe d’exclusivité formulé dans la *Convention de Montréal* est au cœur du présent pourvoi. Bien que nous ne soyons pas appelés à trancher toutes les questions que peut soulever l’application de ce principe d’exclusivité, le texte et l’objet de la *Convention de Montréal*, ainsi qu’un fort courant jurisprudentiel, démontrent clairement que l’exclusivité du régime de responsabilité établi par la *Convention de Montréal* permet à tout le moins d’exclure les actions découlant du préjudice subi par les passagers en cours de vol ou lors de

actions do not otherwise fall within the scheme of permitted claims.

[49] I dwell on this point because the appellants' submissions, while not doing so directly, in effect take issue with this exclusivity principle. Instead of asking whether their claims fall within those permitted by the *Montreal Convention*, the appellants seek to circumvent the exclusivity of the *Montreal Convention* by arguing that their claims are not specifically excluded. The appellants have never suggested that the Thibodeaus' claims under the *OLA* could also be maintained under Articles 17 to 19 of the *Montreal Convention*. This, respectfully, is the fatal flaw in their argument. As we shall see in further detail below, the appellants try to escape the application of the *Montreal Convention* by claiming that the Thibodeaus' proceedings in the Federal Court do not constitute an "action for damages" covered by the substantive scope of the *Montreal Convention* and that therefore its bar on claims does not apply to their action. The appellants also argue that the Thibodeaus' claims do not fall within the temporal scope of the *Montreal Convention*. These submissions fail because they are inconsistent with the exclusivity principle that underlies the *Montreal Convention* and because they are not consistent with its clear text. A review of the international jurisprudence supports this view.

(d) *The International Jurisprudence*

[50] The highest courts of state parties to the *Montreal Convention* have affirmed the exclusivity principle: S. Radošević, "CJEU's Decision in *Nelson and Others* in Light of the Exclusivity of the Montreal Convention" (2013), 38 *Air & Space L.* 95, at p. 99. In light of the *Montreal Convention's* objective of achieving international uniformity, we should pay close attention to the international jurisprudence and be especially reluctant to depart from any strong international consensus that has developed in relation to its interpretation: see *Tseng*, at p. 175; *Morris v. KLM Royal Dutch Airlines*, [2002]

l'embarquement et du débarquement, si ces actions ne sont pas par ailleurs visées par le régime des recours autorisés.

[49] J'insiste sur ce point parce que, dans leurs observations, les appelants contestent effectivement, quoiqu'indirectement, ce principe d'exclusivité. Ils ne cherchent pas à savoir si leurs demandes entrent dans la catégorie de celles autorisées par la *Convention de Montréal*; ils cherchent plutôt à échapper à l'exclusivité du régime établi par la *Convention de Montréal* en soutenant que leurs demandes ne sont pas expressément exclues. Les appelants n'ont jamais prétendu que les demandes présentées par les Thibodeau sur le fondement de la *LLO* pouvaient également l'être en vertu des articles 17 à 19 de la *Convention de Montréal*. Avec égards, cette lacune de leur argumentation est fatale. Comme nous le verrons plus en détail ci-après, les appelants tentent d'échapper à l'application de la *Convention de Montréal* en prétendant que l'instance introduite par les Thibodeau en Cour fédérale n'est pas une « action en dommages-intérêts » relevant du champ d'application substantiel de cette convention, et que l'interdiction faite par celle-ci d'engager des recours ne s'applique donc pas à leur action. Les appelants soutiennent également que leur action ne relève pas non plus du champ d'application temporel de la *Convention de Montréal*. Ces prétentions ne sauraient être retenues parce qu'elles sont incompatibles avec le principe d'exclusivité qui sous-tend la *Convention de Montréal* et qu'elles ne s'accordent pas avec son texte clair. Un examen de la jurisprudence internationale étaye ce point de vue.

d) *La jurisprudence internationale*

[50] Les plus hauts tribunaux des États parties à la *Convention de Montréal* ont confirmé ce principe d'exclusivité : S. Radošević, « CJEU's Decision in *Nelson and Others* in Light of the Exclusivity of the Montreal Convention » (2013), 38 *Air & Space L.* 95, p. 99. Compte tenu de l'objectif de la *Convention de Montréal* d'assurer l'uniformité internationale des règles, nous devons porter une grande attention à la jurisprudence internationale, et nous montrer particulièrement réticents à nous écarter du fort consensus international qui s'est progressivement établi sur son interprétation : voir *Tseng*, p. 175; *Morris c.*

UKHL 7, [2002] 2 A.C. 628, at paras. 5 and 7; see also *Plourde v. Service aérien FBO inc. (Skyservice)*, 2007 QCCA 739 (CanLII), at paras. 53-55, leave to appeal refused, [2007] 3 S.C.R. xiii; *Sakka (Litigation Guardian of) v. Air France*, 2011 ONSC 1995, 18 C.P.C. (7th) 150, at para. 28; and *Chassot*, at p. 34.

[51] I begin my review with cases decided under the *Warsaw Convention*, which, as I noted earlier, is similar in purpose, structure and text to its successor the *Montreal Convention* which is in issue on this appeal. In cases under the *Warsaw Convention*, the highest courts of the United Kingdom, the United States, and France have endorsed the exclusivity principle. The exclusivity principle, affirmed under this *Warsaw Convention* jurisprudence, is, if anything, more strongly apparent in the text of the *Montreal Convention*.

[52] In *Sidhu v. British Airways Plc.*, [1997] A.C. 430 (H.L.), the plaintiffs were taken hostage during a layover in Kuwait by the Iraqi forces, at the commencement of what became known as the Gulf War. Ms. Sidhu sued British Airways for personal injury at common law and Ms. Abnett, for delay and for breach of contract at common law. While the House of Lords did not express an opinion on this issue, it was common ground that Article 17 of the *Warsaw Convention*, as fully implemented by the *Carriage by Air Act, 1961*, 9 & 10 Eliz. 2, c. 27, in the United Kingdom, did not apply to the plaintiffs' claim. Indeed, the parties agreed that Article 17 could not apply, given that no "accident" occurred while on board the aircraft or while disembarking and that psychological damage could not fall under the notion of "bodily injury": pp. 440-41. The stark issue was therefore "whether a passenger who has sustained damage in the course of international carriage by air due to the fault of the carrier, but who has no claim against the carrier under article 17 of the [Warsaw] Convention, is left without a remedy": p. 441. In deciding this question, the House of Lords analyzed the purpose of the *Warsaw Convention*, as well as its text and context, and concluded, at pp. 453-54:

KLM Royal Dutch Airlines, [2002] UKHL 7, [2002] 2 A.C. 628, par. 5 et 7; voir aussi *Plourde c. Service aérien FBO inc. (Skyservice)*, 2007 QCCA 739 (CanLII), par. 53-55, autorisation d'appel refusée, [2007] 3 R.C.S. xiii; *Sakka (Litigation Guardian of) c. Air France*, 2011 ONSC 1995, 18 C.P.C. (7th) 150, par. 28; et *Chassot*, p. 34.

[51] Je commence mon examen par les décisions rendues en application de la *Convention de Varsovie* dont, comme je l'ai déjà mentionné, l'objet, la structure et le texte sont semblables à ceux de la *Convention de Montréal*, qui lui a succédé et qui est en cause en l'espèce. Dans ces décisions, les plus hauts tribunaux du Royaume-Uni, des États-Unis et de la France ont souscrit au principe de l'exclusivité. Ce principe, confirmé par la jurisprudence sur la *Convention de Varsovie*, ressort de façon encore plus évidente du texte de la *Convention de Montréal*.

[52] Dans *Sidhu c. British Airways Plc.*, [1997] A.C. 430 (H.L.), les demandeurs avaient été pris en otage par les forces iraqiennes lors d'une escale au Koweït, au début de ce qu'on a appelé la guerre du Golfe. Madame Sidhu a poursuivi British Airways pour préjudice personnel en vertu de la common law tandis que M^{me} Abnett l'a poursuivie pour retard et violation de contrat, elle aussi en vertu de la common law. Bien que la Chambre des lords ne se soit pas prononcée sur la question, il était admis que l'article 17 de la *Convention de Varsovie*, intégralement mise en œuvre au Royaume-Uni par l'effet de la *Carriage by Air Act, 1961*, 9 & 10 Eliz. 2, ch. 27, ne s'appliquait pas au recours exercé par les demanderesse. D'ailleurs, les parties reconnaissaient que l'article 17 ne pouvait pas s'appliquer, puisqu'aucun « accident » n'était survenu à bord de l'aéronef ou au cours du débarquement, et que le préjudice psychologique n'était pas visé par la notion de « lésion corporelle » : p. 440-441. Il s'agissait donc de déterminer [TRADUCTION] « si le passager qui a subi un préjudice au cours d'un transport aérien international par la faute du transporteur, mais qui n'a aucun droit d'action contre le transporteur suivant l'article 17 de la Convention [de Varsovie], est privé de tout recours » : p. 441. Pour trancher cette question, la Chambre des lords a analysé l'objet de la *Convention de Varsovie*, de même que son texte et son contexte, et a conclu ainsi aux p. 453-454 :

I believe that the answer to the question raised in the present case is to be found in the objects and structure of the Convention. The language used and the subject matter with which it deals demonstrate that what was sought to be achieved was a uniform international code, which could be applied by the courts of all the high contracting parties without reference to the rules of their own domestic law. The Convention does not purport to deal with all matters relating to contracts of international carriage by air. But in those areas with which it deals — and the liability of the carrier is one of them — the code is intended to be uniform and to be exclusive also of any resort to the rules of domestic law.

... It was not designed to provide remedies against the carrier to enable all losses to be compensated. It was designed instead to define those situations in which compensation was to be available. So it set out the limits of liability and the conditions under which claims to establish that liability, if disputed, were to be made. A balance was struck, in the interests of certainty and uniformity.

... The conclusion must be therefore that any remedy is excluded by the Convention, as the set of uniform rules does not provide for it. The domestic courts are not free to provide a remedy according to their own law, because to do this would be to undermine the Convention. It would lead to the setting alongside the Convention of an entirely different set of rules which would distort the operation of the whole scheme.

[53] This understanding of the exclusivity principle was reiterated by the House of Lords in *In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation*, [2005] UKHL 72, [2006] 1 A.C. 495, at para. 3:

It is to the passenger's disadvantage, however, that even clear causative negligence on the part of the carrier will not entitle the passenger to a remedy if the article 17 conditions cannot be satisfied. It has been authoritatively established that if a remedy for the injury is not available under the Convention, it is not available at all: see *Sidhu v British Airways plc* [1997] AC 430 and *El Al Israel Airlines Ltd v Tsui Yuan Tseng* (1999) 525 US 155. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Je crois que la réponse à la question soulevée dans la présente affaire réside dans les objectifs et la structure de la Convention. Les termes qui y sont employés et le domaine dont elle traite démontrent que ce que l'on cherchait à établir était un code international uniforme, susceptible d'application par les tribunaux judiciaires des hautes parties contractantes sans égard à leurs propres règles de droit interne. La Convention ne prétend pas régler toutes les questions liées aux contrats de transport international aérien. Mais dans les limites de son champ d'application — dont fait partie la responsabilité du transporteur — le code est censé être uniforme et exclure tout recours aux règles de droit interne.

... La Convention ne vise pas à accorder des recours contre le transporteur afin de permettre l'indemnisation de toutes les pertes. Elle vise plutôt à définir les situations dans lesquelles une indemnisation peut être obtenue. Pour ce faire, elle fixe les limites de la responsabilité et les conditions auxquelles les actions tendent à établir cette responsabilité, si celle-ci est contestée, doivent être intentées. Un équilibre a été atteint au nom de la certitude et de l'uniformité.

... Il faut donc conclure que la Convention exclut tout recours, étant donné que l'ensemble de règles uniformes n'en prévoit pas. Les tribunaux nationaux ne sont pas libres d'accorder une réparation conformément à leur propre droit, parce que, s'ils le faisaient, ils affaibliraient la Convention. On verrait ainsi apparaître, parallèlement à la Convention, un ensemble de règles complètement différentes qui perturberait l'application de tout le régime.

[53] Cette interprétation du principe de l'exclusivité a été reprise par la Chambre des lords dans l'arrêt *In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation*, [2005] UKHL 72, [2006] 1 A.C. 495, par. 3 :

[TRADUCTION] Le passager est désavantagé, cependant, car même dans les cas manifestes de négligence causale de la part du transporteur, il ne pourra obtenir réparation si les conditions de l'art. 17 ne sont pas réunies. Il a été jugé, dans des arrêts faisant autorité, que si un recours n'est pas ouvert à l'égard du préjudice en vertu de la Convention, il n'est pas ouvert du tout : voir *Sidhu c British Airways plc* [1997] AC 430 et *El Al Israel Airlines Ltd c Tsui Yuan Tseng* (1999) 525 US 155. [Je souligne.]

[54] In *Tseng*, the Supreme Court of the United States agreed with the House of Lords' affirmation of the exclusivity principle in *Sidhu* and adopted the interpretation of the *Warsaw Convention* which was supported by the United States government. The plaintiff was subjected to an intrusive security search at John F. Kennedy International Airport in New York before she boarded an El Al Israel Airlines flight to Tel Aviv. She sought damages for psychic or psychosomatic injuries, but agreed that she did not suffer any "bodily injury". The airline and the U.S. government submitted that the words "[i]n the cases covered by Article 17", found at Article 24 of the *Warsaw Convention*, "refer[red] generically to all personal injury cases stemming from occurrences on board an aircraft or in embarking or disembarking": p. 168. The United States Supreme Court further agreed with the proposition that "[s]o read, Article 24 [of the *Warsaw Convention*] would preclude a passenger from asserting any air transit personal injury claims under local law, including claims that failed to satisfy Article 17's liability conditions": *ibid.*

[55] The French Cour de cassation adopted a similar approach in Civ. 1^{re}, June 14, 2007, *Bull. civ.* 6, No. 230. Ms. Gillet suffered a pulmonary embolism more than two weeks after an international flight with Air Canada and sued the latter for damages, arguing that it failed to inform her of the risks of aerial transportation, as was its contractual duty under the French *Code de la consommation*. She was however denied monetary relief by virtue of the application of the *Warsaw Convention*, which was integrated in French domestic law by art. L. 322-3 of the *Code de l'aviation civile*. She appealed to the Cour de cassation, première chambre civile, submitting among other arguments that the Cour d'appel de Paris erred in not applying the provisions of the *Code de la consommation*, which are of public order at domestic law. The Cour de cassation rejected this contention, holding that a personal injury claim that does not respect the conditions

[54] Dans l'arrêt *Tseng*, la Cour suprême des États-Unis a souscrit au principe de l'exclusivité reconnu par la Chambre des lords dans *Sidhu*, et elle a fait sienne l'interprétation de la *Convention de Varsovie* que préconisait le gouvernement américain. La demanderesse avait fait l'objet d'une fouille envahissante à l'aéroport international John F. Kennedy de New York avant de monter à bord d'un vol de la El Al Israel Airlines à destination de Tel-Aviv. Elle réclamait des dommages-intérêts pour préjudice psychique ou psychosomatique, mais reconnaissait qu'elle n'avait subi aucune « lésion corporelle ». La compagnie aérienne et le gouvernement des États-Unis prétendaient que les mots « [d]ans les cas prévus à l'article 17 », qui se trouvent à l'article 24 de la *Convention de Varsovie*, [TRADUCTION] « renvoy[ai]ent de façon générale à tous les cas de préjudice personnel découlant d'un événement survenu à bord d'un aéronef ou au cours d'une opération d'embarquement ou de débarquement » : p. 168. La Cour suprême des États-Unis a en outre souscrit à la proposition suivant laquelle, « [i]nterprété ainsi, l'article 24 [de la *Convention de Varsovie*] empêcherait les passagers de présenter toute réclamation pour préjudice personnel lié au transport aérien en vertu du droit interne, y compris une action ne satisfaisant pas aux conditions de responsabilité prescrites par l'article 17 » : *ibid.*

[55] La Cour de cassation française a adopté une approche semblable dans l'arrêt Civ. 1^{re}, 14 juin 2007, *Bull. civ.* 6, n° 230. Madame Gillet a subi une embolie pulmonaire plus de deux semaines après être montée à bord d'un vol international d'Air Canada et a poursuivi cette dernière en dommages-intérêts, soutenant que la compagnie aérienne ne l'avait pas informée des risques que comportait le transport aérien, comme son contrat l'obligeait à le faire selon le *Code de la consommation* français. La cour lui a cependant refusé toute réparation pécuniaire en application de la *Convention de Varsovie*, incorporée au droit français par l'art. L. 322-3 du *Code de l'aviation civile*. La demanderesse s'est pourvue en appel devant la Cour de cassation, première chambre civile, faisant entre autres valoir que la Cour d'appel de Paris avait eu tort de ne pas appliquer les dispositions du *Code de la consommation*, qui sont d'ordre public en droit interne. La

set out at Article 17 of the *Warsaw Convention* was precluded by Article 24 of this Convention.

[56] This understanding of the exclusivity principle in the *Warsaw Convention* was also affirmed by the Court of Appeal of Hong Kong in *Ong v. Malaysian Airline System Bhd*, [2008] 3 H.K.L.R.D. 153, the High Court of Ireland in *Hennessey v. Aer Lingus Ltd.*, [2012] IEHC 124 (BAILII), the Court of Appeal of New Zealand in *Emery Air Freight Corp. v. Nerine Nurseries Ltd.*, [1997] 3 N.Z.L.R. 723, the Singapore Court of Appeal in *Seagate Technology International v. Changi International Airport Services Pte. Ltd.*, [1997] SGCA 22, [1997] 2 S.L.R.(R.) 57, and the High Court of South Africa in *Potgieter v. British Airways Plc*, [2005] ZAWCHC 5 (SAFLII). In Canada, courts have adopted the same view: see *Gal v. Northern Mountain Helicopters Inc.*, 1999 BCCA 486, 128 B.C.A.C. 290, and *Sakka*, at para. 30. A similar understanding of the exclusivity principle under the *Montreal Convention* was affirmed by the supreme court of Germany in Az. X ZR 99/10, March 15, 2011 (online), the Supreme Court of the United Kingdom in *Stott*, at para. 31, and the High Court of Ireland in *McAuley v. Aer Lingus Ltd.*, [2011] IEHC 89 (online), at paras. 6.3-6.6; in Canada, see *O'Mara v. Air Canada*, 2013 ONSC 2931, 115 O.R. (3d) 673, and *Walton v. MyTravel Canada Holdings Inc.*, 2006 SKQB 231, 280 Sask. R. 1.

[57] To sum up, the text and purpose of the *Montreal Convention* and a strong current of international jurisprudence show that actions for damages in relation to matters falling within the scope of the *Montreal Convention* may only be pursued if they are the types of actions specifically permitted under its provisions. As the Supreme Court of the United Kingdom put it very recently, “[t]he Convention is intended to deal comprehensively with the carrier’s liability for whatever may physically happen to passengers between embarkation and disembarkation”: *Stott*, at para. 61.

Cour de cassation a rejeté cette prétention, concluant qu’une action pour préjudice personnel qui ne respecte pas les conditions énoncées à l’article 17 de la *Convention de Varsovie* est irrecevable par application de l’article 24 de celle-ci.

[56] Cette interprétation du principe de l’exclusivité de la *Convention de Varsovie* a également été confirmée par la Cour d’appel de Hong Kong dans *Ong c. Malaysian Airline System Bhd*, [2008] 3 H.K.L.R.D. 153, la Haute Cour d’Irlande dans *Hennessey c. Aer Lingus Ltd.*, [2012] IEHC 124 (BAILII), la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande dans *Emery Air Freight Corp. c. Nerine Nurseries Ltd.*, [1997] 3 N.Z.L.R. 723, la Cour d’appel de Singapour dans *Seagate Technology International c. Changi International Airport Services Pte. Ltd.*, [1997] SGCA 22, [1997] 2 S.L.R.(R.) 57, et la Haute Cour d’Afrique du Sud dans *Potgieter c. British Airways Plc*, [2005] ZAWCHC 5 (SAFLII). Au Canada, les tribunaux ont adopté le même point de vue : voir *Gal c. Northern Mountain Helicopters Inc.*, 1999 BCCA 486, 128 B.C.A.C. 290, et *Sakka*, par. 30. Une interprétation semblable du principe de l’exclusivité de la *Convention de Montréal* a été confirmée par la Cour suprême de l’Allemagne dans Az. X ZR 99/10, 15 mars 2011 (en ligne), la Cour suprême du Royaume-Uni dans *Stott*, par. 31, et la Haute Cour d’Irlande dans *McAuley c. Aer Lingus Ltd.*, [2011] IEHC 89 (en ligne), par. 6.3-6.6; au Canada, voir *O'Mara c. Air Canada*, 2013 ONSC 2931, 115 O.R. (3d) 673, et *Walton c. MyTravel Canada Holdings Inc.*, 2006 SKQB 231, 280 Sask. R. 1.

[57] Pour résumer, le texte et l’objet de la *Convention de Montréal*, de même qu’un fort courant jurisprudentiel international, montrent que les actions en dommages-intérêts liées à des matières qui relèvent de cette convention ne peuvent être exercées que si elles sont expressément autorisées par les dispositions de celle-ci. Comme l’a dit tout récemment la Cour suprême du Royaume-Uni, [TRADUCTION] « [l]a Convention est censée traiter exhaustivement de la responsabilité du transporteur à l’égard de tout ce qui peut arriver physiquement au passager entre le moment de l’embarquement et celui du débarquement » : *Stott*, par. 61.

[58] I turn now to address the specific submissions advanced on behalf of the appellants.

(3) Analysis of Appellants' Submissions

- (a) *The Montreal Convention Does Not Limit Claims for Compensation for Public Law Claims for Breach of Statute or Fundamental Rights Arising Under Quasi-Constitutional Statutes Such as the Official Languages Act*

[59] The appellants contend that the *Montreal Convention* does not limit claims for damages sought in relation to public law claims or breaches of quasi-constitutional statutes. To place this submission in its statutory context, the appellants assert that their claims for damages under the *OLA* do not fall within the substantive scope of the *Montreal Convention*, that is to say the areas of air carriers' liability that the latter purports to cover. Since language rights claims would escape this substantive scope, their claims for damages would not be within the type of "action for damages" contemplated by Article 29 of the *Montreal Convention* and the exclusivity principle contained therein would therefore not apply. In support of this submission, the appellants principally argue that the violation of language rights is not an inherent risk to air carriage covered by Article 17 and that the *Montreal Convention* intends to govern neither statutory claims based on fundamental rights nor the "public law damages" they would give rise to. In my view, this position has no support in the text or purpose of the *Montreal Convention* or in the international jurisprudence.

- (i) The Appellants' Argument Is Inconsistent With the Text and Purpose of the *Montreal Convention*

[60] I have already discussed the breadth of the language that is used in Article 29 to describe the basis of the claims that are subject to the *Montreal*

[58] Je passe maintenant aux arguments précis avancés pour le compte des appelants.

(3) Analyse des arguments des appelants

- a) *La Convention de Montréal ne limite pas les demandes d'indemnisation présentées au titre d'un recours de droit public par suite de la violation d'une loi ou d'un droit fondamental protégé par une loi quasi constitutionnelle telle que la Loi sur les langues officielles*

[59] Les appelants soutiennent que la *Convention de Montréal* ne limite pas les actions en dommages-intérêts exercées au titre d'un recours de droit public pour violation d'une loi quasi constitutionnelle. Pour situer cet argument dans son contexte législatif, les appelants affirment que les demandes de dommages-intérêts qu'ils ont présentées en vertu de la *LLO* ne relèvent pas du champ d'application substantiel de la *Convention de Montréal*, c'est-à-dire des chefs de responsabilité du transporteur que la convention a pour objet de régler. Puisque les revendications de droits linguistiques échappent à ce champ d'application substantiel, leurs demandes de dommages-intérêts n'entrent pas dans la catégorie d'« action en dommages-intérêts » visée à l'article 29 de la *Convention de Montréal*, et le principe d'exclusivité établi par la convention ne s'appliquerait donc pas. À l'appui de cet argument, les appelants soutiennent essentiellement que la violation des droits linguistiques n'est pas un risque inhérent au transport aérien visé par l'article 17, et que la *Convention de Montréal* n'est pas censée régir les recours légaux fondés sur des droits fondamentaux ni les « dommages-intérêts de droit public » auxquels ils peuvent donner lieu. À mon sens, cet argument n'est aucunement étayé par le texte ou l'objet de la *Convention de Montréal*, ni par la jurisprudence internationale.

- (i) L'argument des appelants est incompatible avec le texte et l'objet de la *Convention de Montréal*

[60] J'ai déjà examiné la portée des termes employés à l'article 29 pour décrire le principe des recours assujettis aux limites de la *Convention de*

Convention's limitations. The limitation applies to “any action” in the carriage of passengers, baggage or cargo, “for damages, however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise”. There is no hint in this language that there is any intention to exempt any “action for damages” in the carriage of passengers, baggage or cargo depending on its legal foundation, such as when a plaintiff brings forward a statutory monetary claim of a public law nature based on the breach of quasi-constitutional rights. As Dr. Chassot has said, both the terms “action” and “damages” must be understood in a broad sense; to do otherwise would unduly limit the ambit of the *Montreal Convention* in a way that was not intended: see pp. 176-77.

[61] The Thibodeaus’ claims are an “action for damages” within the meaning of Article 29, as they claim damages for injuries suffered in the course of an international flight. This is clear from the way in which the claims were asserted and from the application judge’s reasons.

[62] The Thibodeaus referred in their pleading to what they were claiming as damages. Their claims for damages, as set out in Part III (a) and (b) of their notice of application, filed with the Federal Court, included \$25,000 in damages and \$250,000 in punitive and exemplary damages for each of them. In response to these claims, the Federal Court awarded damages to compensate the Thibodeaus for the injury flowing from the breaches of their language rights. As the judge at first instance put it, “the applicants’ language rights are clearly very important to them and the violation of their rights caused them a moral prejudice, pain and suffering and loss of enjoyment of their vacation”: para. 88 (emphasis added). (Although the judge decided against awarding punitive or exemplary damages in this case, I note in passing that such damages are excluded by the concluding words of Article 29,

Montréal. Les limites s’appliquent, dans le transport de passagers, de bagages et de marchandises, à « toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit, en vertu de la présente convention, en raison d’un contrat ou d’un acte illicite ou pour toute autre cause ». Il ne se dégage de ces termes aucune intention de soustraire quelque « action en dommages-intérêts » que ce soit dans le transport de passagers, de bagages et de marchandises selon son fondement légal, par exemple lorsque le demandeur présente, en vertu de la loi, une demande pécuniaire de droit public fondée sur la violation de droits quasi constitutionnels. Comme l’a dit M^e Chassot, les termes « action » et « dommages-intérêts » doivent recevoir une interprétation large; leur donner une interprétation étroite aurait pour effet de limiter indûment le champ d’application de la *Convention de Montréal*, d’une façon qui n’était pas prévue : voir p. 176-177.

[61] Les demandes des Thibodeau constituent une « action en dommages-intérêts » au sens de l’article 29, puisque ces derniers réclament des dommages-intérêts pour le préjudice subi au cours d’un vol international. C’est ce qui ressort clairement de la façon dont ils ont présenté leurs réclamations, ainsi que des motifs de la juge saisie de la demande.

[62] Dans leurs actes de procédure, les Thibodeau parlent des dommages-intérêts qu’ils réclament. Selon les al. a) et b) de la partie III de leur avis de demande déposé en Cour fédérale, ils sollicitaient, entre autres, 25 000 \$ en dommages-intérêts et 250 000 \$ en dommages punitifs et exemplaires pour chacun d’eux. En réponse à ces réclamations, la Cour fédérale leur a accordé des dommages-intérêts pour les indemniser du préjudice découlant des atteintes à leurs droits linguistiques. Comme l’a dit la juge de première instance, « il est clair que les droits linguistiques des demandeurs sont très importants pour eux et que la violation de leurs droits leur a causé un préjudice moral, des troubles et inconforts et la perte de jouissance de leurs vacances » : par. 88 (je souligne). (Bien que la juge n’ait pas accordé de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires en l’espèce, je signale en passant que

even in actions that are otherwise permitted under the *Montreal Convention*.)

[63] In short, damages for moral prejudice, pain and suffering and loss of enjoyment of their vacation are what the Thibodeaus sought in their court proceeding and such damages are what the judge awarded.

[64] Permitting an action in damages to compensate for “moral prejudice, pain and suffering and loss of enjoyment of [a passenger’s] vacation” that does not otherwise fulfill the conditions of Article 17 of the *Montreal Convention* (because the action does not relate to death or bodily injury) would fly in the face of Article 29. It would also undermine one of the main purposes of the *Montreal Convention*, which is to bring uniformity across jurisdictions to the types and upper limits of claims for damages that may be made against international carriers for damages sustained in the course of carriage of passengers, baggage and cargo. As the international jurisprudence makes clear, the application of the *Montreal Convention* focuses on the factual circumstances surrounding the monetary claim, not the legal foundation of it. To decide otherwise would be to permit artful pleading to define the scope of the *Montreal Convention*.

(ii) The Appellants’ Argument Is Inconsistent With International Jurisprudence

[65] The abundant international jurisprudence provides no support for the appellants’ position that their claims escape the substantive scope of the *Montreal Convention*. It supports the opposite conclusion.

[66] American courts have been faced with a similar issue as they had to decide whether claims based on fundamental rights were precluded by the *Warsaw Convention*. District and appellate courts, following *Tseng*, have concluded that, despite the

de tels dommages-intérêts sont exclus par l’article 29 *in fine*, même dans les cas où l’action est par ailleurs autorisée par la *Convention de Montréal*.)

[63] En résumé, les Thibodeau sollicitaient des dommages-intérêts pour préjudice moral, troubles et inconvénients et perte de jouissance de leurs vacances, et c’est ce que la juge leur a accordé.

[64] Permettre l’exercice d’une action en dommages-intérêts visant l’indemnisation du « préjudice moral, des troubles et inconvénients et [de] la perte de jouissance [des] vacances [du passager] », action qui ne respecte pas par ailleurs les conditions de l’article 17 de la *Convention de Montréal* (parce qu’elle ne découle pas de la mort ou d’une lésion corporelle), serait contraire à l’article 29. Autoriser une action de ce genre compromettrait aussi l’un des principaux objectifs de la *Convention de Montréal*, qui est d’assurer l’uniformité entre les pays quant aux types de recours en dommages-intérêts pouvant être exercés contre les transporteurs internationaux pour les dommages subis au cours du transport de passagers, de bagages et de marchandises, et quant aux plafonds applicables à ces recours. Comme l’indique clairement la jurisprudence internationale, l’application de la *Convention de Montréal* s’attache aux faits qui entourent la réclamation pécuniaire, non au fondement juridique de cette réclamation. Conclure autrement reviendrait à permettre que d’habiles plaidoiries définissent la portée de la *Convention de Montréal*.

(ii) L’argument des appelants est incompatible avec la jurisprudence internationale

[65] L’abondante jurisprudence internationale n’étaye pas la thèse des appelants voulant que leurs demandes échappent au champ d’application substantiel de la *Convention de Montréal*. Elle appuie la conclusion contraire.

[66] Les tribunaux américains ont été saisis d’une question semblable, alors qu’ils ont été appelés à décider si les recours fondés sur des droits fondamentaux étaient exclus par la *Convention de Varsovie*. Les cours de district et d’appel ont conclu,

substantive difference between tort claims and discrimination claims, the *Warsaw Convention* had to be applied to damages in relation to both of these types of claims. The principle underlying these holdings is that the application of the *Warsaw Convention* depends on the factual circumstances giving rise to the claim, not on its legal foundation. As discussed earlier, the exclusion under the *Montreal Convention* is, if anything, even clearer than it is under the *Warsaw Convention*.

[67] In *King v. American Airlines, Inc.*, 284 F.3d 352 (2d Cir. 2002), Mr. and Ms. King claimed damages before the United States District Court for the Northern District of New York, alleging that they had been racially discriminated against in violation of their equal rights under the law, as protected by 42 U.S.C. § 1981. The Kings also relied on the *Federal Aviation Act*, 49 U.S.C. § 41310(a), and various other state and federal laws. They contended that American Airlines “bumped them from an overbooked flight because of their race”: p. 355. The U.S. Federal Court of Appeals, Second Circuit, had to decide whether the *Warsaw Convention* applied to the Kings’ damages claim. If it did, then this claim would be excluded, as it had been filed outside the two-year limitation period provided at Article 29 of the *Warsaw Convention*.

[68] Circuit Judge Sotomayor (as she then was) for the court concluded that the claim fell within the substantive scope of Article 17 of the *Warsaw Convention*, which exhaustively covers claims for injuries suffered while “in the course of [one of] the operations of embarking”: pp. 359-60. The Kings, however, submitted that civil rights claims based on federal statutes would fall outside the intended exclusivity regime of the *Warsaw Convention*: p. 360. Sotomayor J. rejected this argument:

postérieurement à l’arrêt *Tseng*, qu’en dépit de la différence substantielle entre les recours en responsabilité délictuelle et les recours pour discrimination, la *Convention de Varsovie* devait s’appliquer aux dommages-intérêts réclamés dans le cadre de ces deux types de recours. Cette conclusion repose sur le principe que l’application de la *Convention de Varsovie* dépend des faits à l’origine du recours, non du fondement juridique de celui-ci. Comme nous l’avons vu, l’exclusion prévue par la *Convention de Montréal* est encore plus évidente qu’elle ne l’était sous le régime de la *Convention de Varsovie*.

[67] Dans l’affaire *King c. American Airlines, Inc.*, 284 F.3d 352 (2d Cir. 2002), M. et M^{me} King réclamaient des dommages-intérêts devant la Cour de district des États-Unis du district nord de New York, alléguant qu’ils avaient été victimes de discrimination raciale en violation du droit à l’égalité que leur garantit le 42 U.S.C. § 1981. Les King invoquaient également la *Federal Aviation Act*, 49 U.S.C. § 41310(a), et diverses autres lois des États et lois fédérales. Ils soutenaient qu’American Airlines [TRADUCTION] « les avait évincés d’un vol sur-réservé en raison de leur race » : p. 355. La Cour d’appel fédérale des États-Unis pour le deuxième circuit devait déterminer si la *Convention de Varsovie* s’appliquait au recours en dommages-intérêts des King. Dans l’affirmative, le recours était irrecevable, puisqu’il avait été exercé après le délai de prescription de deux ans prévu à l’article 29 de cette convention.

[68] S’exprimant au nom de la Cour de circuit, la juge Sotomayor (maintenant juge à la Cour suprême des États-Unis) a conclu que la demande relevait du champ d’application substantiel de l’article 17 de la *Convention de Varsovie*, lequel s’applique de façon exhaustive aux recours pour préjudice subi « au cours de [l’une des] opérations d’embarquement » : p. 359-360. Les King soutenaient cependant que les demandes en matière de droits de la personne fondées sur les lois fédérales ne relevaient pas du régime d’exclusivité qu’était censée établir la *Convention de Varsovie* : p. 360. La juge Sotomayor a rejeté cet argument :

As *Tseng* makes clear, the scope of the Convention is not dependent on the legal theory pled nor on the nature of the harm suffered. See *Tseng*, 525 U.S. at 171, 119 S.Ct. 662 (rejecting a construction of the Convention that would look to the type of harm suffered, because it would “encourage artful pleading by plaintiffs seeking to opt out of the Convention’s liability scheme when local law promised recovery in excess of that prescribed by the treaty”)

Notably, every court that has addressed the issue of whether discrimination claims are preempted by the Warsaw Convention post-*Tseng* has reached a similar conclusion. . . .

. . . It is not for the courts to rewrite the terms of a treaty between sovereign nations. Cf. *Turturro*, 128 F.Supp.2d at 181 (“[T]he Convention massively curtails damage awards for victims of horrible acts [of] terrorism; the fact that the Convention also abridges recovery for . . . discrimination should not surprise anyone.”). [Emphasis added; pp. 361-62.]

[69] This decision is highly relevant because the Kings’ argument that damages for civil rights claims were not excluded by the *Warsaw Convention* is similar to the appellants’ arguments in this case that damages for breach of language rights are not excluded. The logic of *King*, holding that the exclusion does apply, supports the same conclusion here.

[70] Similarly, in *Gibbs v. American Airlines, Inc.*, 191 F.Supp.2d 144 (D.D.C. 2002), Dr. Gibbs brought a claim against American Airlines under 42 U.S.C. § 1981, alleging that the air carrier “refused to perform its contract to transport him . . . on the basis of his race”: pp. 146-47. Dr. Gibbs argued that “Congress did not intend the [Warsaw] Convention to impede civil rights claims rooted in the [American] Constitution, such as Section 1981 claims”: p. 148. Kennedy J. of the United States District Court, District of Columbia, however rejected this argument and held that the “negative consequences that the *Tseng* Court found would flow from ‘[c]onstruing the [Warsaw] Convention . . .

[TRADUCTION] Comme l’indique clairement l’arrêt *Tseng*, la portée de la Convention ne dépend ni de la théorie juridique plaidée ni de la nature du préjudice subi. Voir *Tseng*, 525 U.S. p. 171, 119 S.Ct. 662 (rejetant une interprétation de la Convention qui tiendrait compte du type de préjudice subi, parce qu’elle « inciterait des demandeurs à tenter d’échapper, par d’habiles plaidoiries, au régime de responsabilité établi par la Convention dans les cas où le droit interne garantit un dédommagement supérieur à celui prescrit par le traité ») . . .

En particulier, tous les tribunaux qui ont été appelés, après l’arrêt *Tseng*, à se prononcer sur la question de savoir si la Convention de Varsovie faisait obstacle aux recours en discrimination sont parvenus à la même conclusion. . .

. . . Il n’appartient pas aux tribunaux de réécrire les modalités d’un traité conclu entre nations souveraines. Cf. *Turturro*, 128 F.Supp.2d p. 181 (« [L]a Convention limite considérablement l’attribution de dommages-intérêts aux victimes d’horribles actes [de] terrorisme; le fait que la Convention restreigne également l’indemnisation pour [. . .] la discrimination ne devrait surprendre personne. »). [Je souligne; p. 361-362.]

[69] Cette décision est très pertinente, car l’argument des King suivant lequel les recours en dommages-intérêts pour atteinte aux droits de la personne n’étaient pas exclus par la *Convention de Varsovie* s’apparente à celui avancé par les appelants en l’espèce, à savoir que les recours en dommages-intérêts pour violation des droits linguistiques ne sont pas exclus. Le raisonnement suivi dans l’arrêt *King* par la cour, qui a conclu que l’exclusion s’applique, étaye la même conclusion en l’espèce.

[70] De même, dans l’affaire *Gibbs c. American Airlines, Inc.*, 191 F.Supp.2d 144 (D.D.C. 2002), M. Gibbs a poursuivi American Airlines en vertu du 42 U.S.C. § 1981, alléguant que le transporteur aérien [TRADUCTION] « avait refusé d’exécuter son obligation contractuelle de le transporter [. . .] du fait de sa race » : p. 146-147. Monsieur Gibbs soutenait que le « Congrès ne voulait pas que la Convention [de Varsovie] entrave l’exercice de recours relatifs aux droits de la personne qui reposent sur la Constitution [américaine], tels que les actions fondées sur l’art. 1981 » : p. 148. Le juge Kennedy, de la Cour de district des États-Unis pour le district de Columbia, a toutefois rejeté cet

to allow passengers to pursue claims under local law when the [Warsaw] Convention does not permit recovery' are no less likely with statutory discrimination claims than with common law claims": *ibid.*, citing *Tseng*, at p. 171. As Kennedy J. explained, "the primary purpose of the [Warsaw] Convention is to prevent variations in liability according to local law" and, as such, this purpose "does not distinguish between types of local law, only between local and international law": p. 149. To that extent, "[f]ederal discrimination statutes clearly fall into the former category": *ibid.* On the application of the *Warsaw Convention* to civil rights claims, see also *Turturro v. Continental Airlines*, 128 F.Supp.2d 170 (S.D.N.Y. 2001), and *Brandt v. American Airlines*, 2000 WL 288393 (N.D. Cal.).

[71] Jurisprudence from other jurisdictions, including a very recent decision of the Supreme Court of the United Kingdom, also supports the view that exclusion under the *Montreal Convention* turns on whether the claim is one for damages related to the circumstances contemplated by the *Montreal Convention*, not on the alleged source of the obligation to pay them.

[72] In *Stott*, the plaintiff, a disabled passenger in a wheelchair, claimed damages resulting from a series of breaches by Thomas Cook Tour Operators of the *Civil Aviation (Access to Air Travel for Disabled Persons and Persons with Reduced Mobility) Regulations 2007*, SI 2007/1895, which implemented in the United Kingdom Regulation (EC) No. 1107/2006 of the European Parliament and the Council concerning the rights of disabled persons and persons with reduced mobility when travelling by air. The Supreme Court of the United

argument et conclu que les « conséquences négatives qui, selon la Cour dans l'arrêt *Tseng*, découleraient d'une "interprétation de la Convention [de Varsovie] [. . .] qui permettrait aux passagers de se pourvoir en justice en vertu du droit interne, alors que la Convention [de Varsovie] ne permet pas l'indemnisation", ne sont pas moins susceptibles de se produire dans les cas de recours pour discrimination prévus par la loi que dans ceux des recours de common law » : *ibid.*, citant *Tseng*, p. 171. Comme l'a expliqué le juge Kennedy, « l'objectif premier de la Convention [de Varsovie] est d'empêcher que la responsabilité varie en fonction du droit interne », et que pour cette raison, l'objectif en question « ne fait aucune distinction entre les différents types de droit interne; il ne fait de distinction qu'entre le droit interne et le droit international » : p. 149. Ainsi, « [I]es lois fédérales sur la discrimination appartiennent clairement à la première catégorie » : *ibid.* En ce qui concerne l'application de la *Convention de Varsovie* aux recours en matière de droits de la personne, voir également *Turturro c. Continental Airlines*, 128 F.Supp.2d 170 (S.D.N.Y. 2001), et *Brandt c. American Airlines*, 2000 WL 288393 (N.D. Cal.).

[71] La jurisprudence des autres pays, y compris une très récente décision de la Cour suprême du Royaume-Uni, appuie également l'opinion selon laquelle l'application de l'exclusion prévue par la *Convention de Montréal* dépend de la question de savoir si le recours en cause est un recours en dommages-intérêts qui se rapporte aux circonstances envisagées par la *Convention de Montréal*, et non de la prétendue source de l'obligation de verser de tels dommages-intérêts.

[72] Dans *Stott*, le demandeur, un passager handicapé qui se déplaçait en fauteuil roulant, réclamait des dommages-intérêts à la suite d'une série de violations, par les organisateurs de voyages Thomas Cook, du *Civil Aviation (Access to Air Travel for Disabled Persons and Persons with Reduced Mobility) Regulations 2007*, SI 2007/1895, qui mettait en œuvre au Royaume-Uni le Règlement (CE) n° 1107/2006 du Parlement européen et du Conseil concernant les droits des personnes handicapées et des personnes à mobilité réduite lorsqu'elles font

Kingdom however found that, because the claim did not fall within the sorts of injury claims permitted under Article 17 of the *Montreal Convention*, no monetary relief could be awarded:

Should a claim for damages for ill treatment in breach of equality laws as a general class, or, more specifically, should a claim for damages for failure to provide properly for the needs of a disabled passenger, be regarded as outside the substantive scope of the Convention? As to the general question, my answer is no for the reasons given by Sotomayor CJ in *King v American Airlines*. I agree with her analysis that what matters is not the quality of the cause of action but the time and place of the accident or mishap. The Convention is intended to deal comprehensively with the carrier's liability for whatever may physically happen to passengers between embarkation and disembarkation. The answer to that general question also covers the more specific question. [para. 61]

[73] I agree with this analysis and I reject the appellants' argument that statutory claims for quasi-constitutional rights fall outside the type of actions covered by the *Montreal Convention*.

[74] The Commissioner however submits that the *Montreal Convention* only applies to claims finding their source in private law and to claims for private law damages. With regards to the source of the liability at law, the Commissioner argues that claims such as the ones made by Mr. and Ms. Thibodeau, based on a statutory right, would not be excluded by Article 29, as they would be more akin to administrative complaints mechanisms than private law proceedings.

[75] The flaw in this argument is that, as I have discussed, the relevant question concerns the nature of the claim (i.e. is it an action for damages related

des voyages aériens. La Cour suprême du Royaume-Uni a toutefois conclu qu'elle ne pouvait accorder aucune réparation pécuniaire, parce que l'action en cause n'entraîne pas dans la catégorie des actions en dommages-intérêts autorisées par l'article 17 de la *Convention de Montréal* :

[TRADUCTION] Devrait-on considérer comme une catégorie générale le recours en dommages-intérêts fondé sur des mauvais traitements infligés en contravention des lois sur l'égalité, ou, plus précisément, devrait-on considérer qu'un recours en dommages-intérêts fondé sur l'omission de répondre adéquatement aux besoins d'un passager handicapé dépasse le champ d'application substantiel de la Convention? S'agissant de la question générale, je réponds par la négative pour les motifs exposés par la juge Sotomayor dans l'arrêt *King c American Airlines*. Je suis d'accord avec elle pour dire que, ce qui compte, ce n'est pas la nature de la cause d'action, mais le moment et le lieu où l'accident ou la mésaventure s'est produit. La Convention est censée traiter exhaustivement de la responsabilité du transporteur à l'égard de tout ce qui peut arriver physiquement au passager entre le moment de l'embarquement et celui du débarquement. La réponse à cette question générale vaut également pour la question plus précise. [par. 61]

[73] Je souscris à cette analyse et rejette l'argument des appelants selon lequel les recours exercés en vertu de la loi pour atteinte à des droits quasi constitutionnels n'entrent pas dans la catégorie d'actions auxquelles s'applique la *Convention de Montréal*.

[74] Le commissaire affirme cependant que la *Convention de Montréal* ne s'applique qu'aux recours qui trouvent leur source dans le droit privé et aux recours en dommages-intérêts de droit privé. En ce qui concerne la source de la responsabilité en droit, le commissaire fait valoir que les demandes comme celles présentées par M. et M^{me} Thibodeau, lesquelles reposent sur un droit reconnu par la loi, ne seraient pas exclues par l'article 29, étant donné qu'elles s'apparentent davantage à une plainte administrative qu'à une procédure de droit privé.

[75] Cet argument est lacunaire en ce que, comme nous l'avons vu, la question pertinente est celle de la nature du recours (c.-à-d. s'il s'agit ou non d'une

to the circumstances contemplated by the *Montreal Convention*, however founded), not the underlying source of the claim: see also Chassot, at p. 179; J. J. Wegter, “The ECJ Decision of 10 January 2006 on the Validity of Regulation 261/2004: Ignoring the Exclusivity of the Montreal Convention” (2006), 31 *Air & Space L.* 133, at p. 144.

[76] The argument relating to the distinction between “public law” and “private law” damages rests on the same logic and can be answered in a similar fashion. Mr. and Ms. Thibodeau submit that they claimed public law damages, as they are pursuing redress for breach of quasi-constitutional rights. In support of this argument, they rely heavily on the remarks of this Court in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, where the Chief Justice differentiated actions for public law damages from actions for private law damages, emphasizing that they are distinct remedies: para. 22.

[77] There are two flaws in this submission. The first is that, subject to constitutional considerations, the scope of the exclusivity principle in the *Montreal Convention* cannot be modeled on national definitions of damages. As Dr. Chassot explains, at p. 177:

[TRANSLATION] The concept of damages, as an element of the definition of the scope of the exclusivity provided for in Article 29 [of the *Montreal Convention*], is a matter of uniform law: it must be interpreted independently. . . . To assess the scope of the exclusivity, one cannot refer to the domestic law concept of damages, however, since the rules of domestic law would then be defining the scope of the Convention, which would clearly be inconsistent with the objective of Article 29 [of the *Montreal Convention*]. Thus, the concept of damages within the meaning of Article 29 [of the *Montreal Convention*], the purpose of which is to define the scope of the exclusivity of the Convention’s rules respecting liability, must be distinguished from that of the damage for which compensation might be obtained under Articles 17 *et seq.* [of the *Montreal Convention*]. [Emphasis added.]

action en dommages-intérêts liée aux circonstances envisagées par la *Convention de Montréal*, à quelque titre que ce soit), et non celle du fondement du recours : voir aussi Chassot, p. 179; J. J. Wegter, « The ECJ Decision of 10 January 2006 on the Validity of Regulation 261/2004 : Ignoring the Exclusivity of the Montreal Convention » (2006), 31 *Air & Space L.* 133, p. 144.

[76] L’argument relatif à la distinction entre les dommages-intérêts de « droit public » et ceux de « droit privé » repose sur la même logique et peut recevoir une réponse semblable. Monsieur et Madame Thibodeau disent réclamer des dommages-intérêts de droit public, étant donné qu’ils cherchent à obtenir réparation pour une atteinte à des droits quasi constitutionnels. Ils fondent en grande partie cet argument sur les observations formulées par notre Cour dans l’arrêt *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, où la Juge en chef a établi une distinction entre l’action en dommages-intérêts de droit public et l’action en dommages-intérêts de droit privé, et souligné qu’il s’agit de réparations distinctes : par. 22.

[77] Cet argument est erroné à deux égards. Tout d’abord, et sous réserve de certaines considérations constitutionnelles, la portée du principe d’exclusivité énoncé dans la *Convention de Montréal* ne peut être fonction de la définition des dommages-intérêts en droit interne. Comme l’explique M^e Chassot, à la p. 177 :

La notion de dommages-intérêts, en tant qu’élément de la définition du domaine de l’exclusivité énoncée à l’art. 29 [de la *Convention de Montréal*], est de droit uniforme : son interprétation est autonome. [. . .] Pour apprécier le domaine de l’exclusivité, on ne saurait cependant se référer à la notion de dommages-intérêts résultant du droit national, puisque ce serait alors l’ordre juridique interne qui déterminerait la portée de la Convention, ce qui serait manifestement incompatible avec l’objectif poursuivi par l’art. 29 [de la *Convention de Montréal*]. Dès lors, la notion de dommages-intérêts au sens de l’art. 29 [de la *Convention de Montréal*], dont le but est de délimiter le domaine de l’exclusivité des règles de responsabilité de la Convention, doit être distinguée de celle du préjudice réparable au titre des art. 17 ss [de la *Convention de Montréal*]. [Je souligne.]

[78] The second flaw in the appellants' submission is that, even if domestic law were relevant at this stage, the damages discussed in *Ward* were damages against the state; but of course Air Canada is not the state, or its agent.

[79] I conclude that the appellants' arguments that the *Montreal Convention* does not apply to the damages they claimed in these proceedings are inconsistent not only with the text and purpose of the *Montreal Convention*, but with a strong current of international jurisprudence interpreting it.

- (b) *The Montreal Convention Excludes Only "Individual Damages" and Not Claims for "Standardized Damages"*

[80] The Thibodeaus further submit that the substantive scope of the *Montreal Convention* does not extend to barring claims for "standardized damages" and that their claims are of that nature. This argument relies on jurisprudence from the European Court of Justice, in particular *International Air Transport Association v. Department for Transport*, C-344/04, [2006] E.C.R. I-403 (Grand Chamber) ("*IATA*"), which was followed by the Fourth Chamber of the European Court of Justice in *Wallentin-Hermann v. Alitalia*, C-549/07, [2008] E.C.R. I-11061, at para. 32, and *Sturgeon v. Condor Flugdienst GmbH*, Joined Cases C-402/07 and C-432/07, [2009] E.C.R. I-10923, at para. 65, and reaffirmed by the Grand Chamber in *Nelson v. Deutsche Lufthansa AG*, Joined Cases C-581/10 and C-629/10, [2013] 1 C.M.L.R. 42 (p. 1191), at paras. 46-60. In the *IATA* case, for example, the question was whether a European Community regulation dealing with air passengers' rights in the event of delay was inconsistent with the *Montreal Convention*. The regulation required airlines to provide assistance to delayed passengers ranging from free meals and refreshments to free hotel accommodation. The court concluded that passenger delay gives rise to two distinct types of damage, only one of which is governed by the *Montreal Convention*. The first, which in the court's view is not addressed by the *Montreal Convention*, is "damage that is almost identical for every passenger,

[78] Ensuite, même si le droit interne était pertinent à ce stade, les dommages-intérêts dont il est question dans l'arrêt *Ward* étaient réclamés de l'État, alors que, de toute évidence, Air Canada n'est pas l'État, pas plus que son mandataire.

[79] Je conclus que l'argument des appelants selon lequel la *Convention de Montréal* ne s'applique pas aux dommages-intérêts qu'ils réclament en l'espèce est incompatible non seulement avec le libellé et l'objet de la *Convention de Montréal*, mais aussi avec le fort courant jurisprudentiel international quant à son interprétation.

- b) *La Convention de Montréal exclut les dommages-intérêts uniquement pour les « préjudices individuels » et non pour les « préjudices appelant des réparations standardisées »*

[80] Les Thibodeau soutiennent en outre que le champ d'application substantiel de la *Convention de Montréal* ne fait pas obstacle aux recours en dommages-intérêts pour « préjudices appelant des réparations standardisées », et que leurs demandes sont de cette nature. Cet argument repose sur la jurisprudence de la Cour européenne de justice, en particulier l'arrêt *International Air Transport Association c. Department for Transport*, C-344/04, [2006] E.C.R. I-403 (grande chambre) (« *IATA* »), qui a été appliqué par la quatrième chambre de la Cour européenne de justice dans *Wallentin-Hermann c. Alitalia*, C-549/07, [2008] E.C.R. I-11061, par. 32, et *Sturgeon c. Condor Flugdienst GmbH*, affaires conjointes C-402/07 et C-432/07, [2009] E.C.R. I-10923, par. 65, et confirmé par la grande chambre dans *Nelson c. Deutsche Lufthansa AG*, affaires conjointes C-581/10 et C-629/10, [2013] 1 C.M.L.R. 42 (p. 1191), par. 46-60. Dans l'affaire *IATA*, par exemple, la cour devait déterminer si un règlement de la Communauté européenne sur les droits des passagers aériens en cas de retard allait à l'encontre de la *Convention de Montréal*. Le règlement en question exigeait des compagnies aériennes qu'elles offrent gratuitement aux passagers dont le vol est retardé des rafraîchissements, des repas et l'hébergement à l'hôtel, selon le cas. La cour a conclu qu'un retard dans le transport aérien ouvrait droit à deux types distincts de dommages-intérêts, dont un seul est

redress for which may take the form of standardised and immediate assistance or care for everybody concerned”: para. 43. This, in the court’s view, was the sort of measure contained in the regulation. The second, which *is* subject to the *Montreal Convention*, is “individual damage . . . redress for which requires a case-by-case assessment of the extent of the damage caused”: *ibid.*

[81] In my respectful view, this line of jurisprudence is not relevant to the issue that confronts us here. Even if we were to adopt the distinction between “individual damages” and “standardized damages” relied on by the European Court of Justice, it would not assist the Thibodeaus. The damages which they seek in this case cannot be described as “damage . . . redress for which may take the form of standardised and immediate assistance or care for everybody concerned” as were the measures required by the regulation considered in *IATA*. The damages as claimed by the Thibodeaus and as awarded by the application judge were, at least in part, geared to and depended upon the impact on the Thibodeaus of the particular breaches. Their claims were for damages on an individual basis.

[82] I note that the Supreme Court of the United Kingdom recently understood the *IATA* line of jurisprudence in the same way. The court held that a claim for damages for breach of duties owed to disabled persons was a claim for damages on an individual basis and therefore the *IATA* line of jurisprudence did not assist the claimant’s attempt to escape the bar set out in the *Montreal Convention: Stott*, at para. 58. I respectfully agree and would apply the same reasoning here.

régi par la *Convention de Montréal*. Le premier, qui, selon la cour, *n’est pas* visé par la *Convention de Montréal*, découle des « préjudices, quasiment identiques pour tous les passagers, dont la réparation peut prendre la forme d’une assistance ou d’une prise en charge, standardisées et immédiates, pour tous les intéressés » : par. 43. De l’avis de la cour, c’est ce type de mesure que prévoyait le règlement. Le deuxième, qui *est* visé par la *Convention de Montréal*, découle des « préjudices individuels [. . .] dont la réparation exige une appréciation au cas par cas de l’ampleur des dommages causés » : *ibid.*

[81] À mon humble avis, cette jurisprudence n’est pas pertinente quant à la question dont nous sommes saisis en l’espèce. Même si nous adoptions la distinction établie par la Cour européenne de justice entre les « préjudices individuels » et les « préjudices appelant des réparations standardisées », cela n’aiderait pas les Thibodeau. Les dommages-intérêts que ces derniers cherchent à obtenir en l’espèce ne sauraient concerner des « préjudices [. . .] dont la réparation peut prendre la forme d’une assistance ou d’une prise en charge, standardisées et immédiates, pour tous les intéressés », comme l’étaient les mesures prescrites par le règlement examiné dans l’affaire *IATA*. Les dommages-intérêts réclamés par les Thibodeau et accordés par la juge saisie de la demande étaient fonction, du moins en partie, du préjudice causé aux Thibodeau par les manquements particuliers en cause. Les Thibodeau demandaient des dommages-intérêts à titre individuel.

[82] Je signale que la Cour suprême du Royaume-Uni a donné récemment la même interprétation au courant jurisprudentiel découlant de l’arrêt *IATA*. La cour a conclu qu’un recours en dommages-intérêts pour manquement aux obligations imposées à l’égard des personnes handicapées était un recours en dommages-intérêts fondé sur un préjudice individuel et que, de ce fait, ce courant jurisprudentiel ne permettait pas au demandeur d’échapper à l’interdiction prescrite par la *Convention de Montréal : Stott*, par. 58. Je suis d’accord et j’appliquerais le même raisonnement en l’espèce.

(c) *The Appellants' Claims Do Not Fall Within the Temporal Scope of the Montreal Convention's Limitations*

[83] Mr. and Ms. Thibodeau submit that, even if their claims fall within the substantive scope of the *Montreal Convention*, they nonetheless fall outside its temporal scope for cases involving personal injuries. Article 17 of the *Montreal Convention* deals with personal injuries suffered “on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking”. Mr. and Ms. Thibodeau argue that the assignments of non-bilingual flight attendants on the relevant flights by Air Canada were decisions made long before the embarkation process and were, as the application judge found, the result of systemic problems within the management of the airline. Thus, they submit, the failure to provide French language services did not occur “on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking”.

[84] This submission is not well founded and I cannot accept it.

[85] The Supreme Court of the United Kingdom rejected a similar argument, in my view correctly, in *Stott*. The appellant in that case argued that he “had a complete cause of action before boarding the aircraft based on his poor treatment prior to that stage”: para. 60. The court rightly held that, by this logic, “most accidents or mishaps” could be “traced back to earlier operative causes” and that such an approach to the *Montreal Convention* “would distort [its] broad purpose”: *ibid*. Rather, courts must focus their application of the exclusivity principle on the location or the activity of the passenger when the accident or occurrence directly causing the particular injury giving rise to the claim occurred, not on some antecedent fault: *ibid*. See also Dempsey, at pp. 439-41; *Shawcross and Beaumont*, at pp. VII-685 to VII-687.

c) *Les demandes des appelants ne relèvent pas du champ d'application temporel des limites prescrites par la Convention de Montréal*

[83] Monsieur et Madame Thibodeau soutiennent que, même si leurs demandes relèvent du champ d'application substantiel de la *Convention de Montréal*, elles dépassent néanmoins son champ d'application temporel pour ce qui est des cas de préjudice personnel. L'article 17 de la *Convention de Montréal* traite du préjudice personnel subi « à bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement ou de débarquement ». Selon M. et M^{me} Thibodeau, l'affectation par Air Canada d'agents de bord non bilingues aux vols en cause était une décision prise bien avant la procédure d'embarquement et résultait, comme l'a conclu la juge saisie de la demande, d'un problème systémique touchant l'administration de la compagnie aérienne. En conséquence, font-ils valoir, l'omission de fournir des services en français ne s'est pas produite « à bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement ou de débarquement ».

[84] Cet argument n'est pas fondé et je ne saurais le retenir.

[85] La Cour suprême du Royaume-Uni a rejeté, à juste titre selon moi, un argument semblable dans l'arrêt *Stott*. Dans cette affaire, l'appelant prétendait qu'il [TRADUCTION] « avait une cause d'action complète avant de monter à bord de l'aéronef, compte tenu du mauvais traitement qu'il avait subi auparavant » : par. 60. La cour a conclu à bon droit que, suivant ce raisonnement, « la plupart des accidents ou mésaventures » pouvaient être « imputés à une cause effective antérieure », et qu'une telle interprétation de la *Convention de Montréal* « aurait pour effet de dénaturer [son] objectif général » : *ibid*. Les tribunaux doivent plutôt appliquer le principe de l'exclusivité en fonction de l'endroit où se trouvait le passager, ou de ce qu'il faisait, au moment de l'accident ou de l'événement ayant causé directement le préjudice ouvrant droit au recours, et non en fonction d'une quelconque faute antérieure : *ibid*. Voir également Dempsey, p. 439-441; *Shawcross and Beaumont*, p. VII-685 à VII-687.

[86] In this case, the Thibodeaus were clearly within the temporal limits of the *Montreal Convention* when they suffered the breach of their language rights; they were aboard the aircraft for the three breaches for which damages were set aside by the Court of Appeal. I therefore reject the Thibodeaus' submission based on the temporal aspect of Article 17 of the *Montreal Convention*.

(d) *Conclusion*

[87] The claims before this Court fall squarely within the exclusion established by the *Montreal Convention*.

B. *Are Mr. and Ms. Thibodeau Nonetheless Entitled to Monetary Damages Because the OLA and the Montreal Convention Conflict and the OLA Prevails?*

(1) Introduction

[88] I have concluded that if the *Montreal Convention* applies, it bars the Thibodeaus' claims for damages under the *OLA*. The appellants say, however, that even if this is so, the *Montreal Convention* conflicts with the *OLA* and that the *OLA* prevails. They submit that the power of the Federal Court under s. 77(4) of the *OLA* to "grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances" conflicts with the exclusion of actions for damages under the *Montreal Convention*. The first question therefore is whether these provisions conflict. I agree with the Federal Court of Appeal that they do not.

[89] Courts presume that legislation passed by Parliament does not contain contradictions or inconsistencies and only find that they exist when provisions are so inconsistent that they are incapable of standing together. Even where provisions overlap in the sense that they address aspects of the same

[86] Dans l'affaire qui nous occupe, la situation des Thibodeau relevait clairement du champ d'application temporel de la *Convention de Montréal* lorsqu'on a porté atteinte à leurs droits linguistiques; ils étaient à bord de l'aéronef à l'occasion des trois atteintes au sujet desquelles la Cour d'appel fédérale a annulé les dommages-intérêts octroyés. Je rejette donc l'argument des Thibodeau fondé sur l'aspect temporel de l'article 17 de la *Convention de Montréal*.

d) *Conclusion*

[87] Les demandes soumises à notre Cour tombent nettement sous le coup de l'exclusion établie par la *Convention de Montréal*.

B. *Monsieur et Madame Thibodeau ont-ils néanmoins droit à des dommages-intérêts parce que la LLO entre en conflit avec la Convention de Montréal et que la LLO prévaut?*

(1) Introduction

[88] J'ai conclu que, si la *Convention de Montréal* s'applique, elle fait obstacle aux demandes de dommages-intérêts présentées par les Thibodeau en vertu de la *LLO*. Les appelants affirment toutefois que, même s'il en est ainsi, la *Convention de Montréal* entre en conflit avec la *LLO* et que cette dernière prévaut. Selon eux, le pouvoir que confère le par. 77(4) de la *LLO* à la Cour fédérale, c'est-à-dire celui d'« accorder la réparation qu'[elle] estime convenable et juste eu égard aux circonstances », est incompatible avec l'exclusion des actions en dommages-intérêts prévue par la *Convention de Montréal*. La première question qui se pose, par conséquent, est celle de savoir si ces dispositions sont en conflit. À l'instar de la Cour d'appel fédérale, je suis d'avis qu'elles ne le sont pas.

[89] Les tribunaux présument que les lois adoptées par le législateur ne contiennent ni contradiction ni incohérence, et ils ne concluent à l'existence de l'une ou l'autre que si les dispositions en cause sont à ce point incompatibles qu'elles ne peuvent coexister. Même lorsqu'elles se chevauchent, en ce

subject, they are interpreted so as to avoid conflict wherever this is possible.

[90] When we apply these principles, we see that the provisions in issue here do not conflict. They have markedly different purposes. The remedial provisions in the *OLA* cannot be understood to be an exhaustive code that requires damages to be available in all settings and without regard to all other relevant laws. Moreover, the power to grant an “appropriate and just” remedy may easily be reconciled with the specific and limited exclusion of damages in the context of international air travel. A remedy is not “appropriate and just” if awarding it would constitute a breach of Canada’s international obligations under the *Montreal Convention*.

(2) What Is “a Conflict”?

[91] The appellants contend that there is a conflict between two acts of the same legislature. The *Carriage by Air Act*, incorporating the *Montreal Convention*, purports to preclude an award of damages while s. 77(4) of the *OLA* permits the court to grant an “appropriate and just” remedy, including damages. In short, the appellants’ position is that the exclusion of damages during international air travel conflicts with the power to award an “appropriate and just” remedy.

[92] The legal framework that governs this question is not complicated. First, courts take a restrictive approach to what constitutes a conflict in this context. Second, courts find that there is a conflict only when the existence of the conflict, in the restrictive sense of the word, cannot be avoided by interpretation. Overlap, on its own, does not constitute conflict in this context, so that even where the ambit of two provisions overlaps, there is a presumption that they both are meant to apply, provided that they can do so without producing absurd results. This presumption may be rebutted if one of the provisions was intended to cover the subject matter exhaustively. Third, only where a conflict

sens où elles traitent des aspects d’une même matière, elles sont interprétées de façon à éviter les conflits chaque fois que cela est possible.

[90] Si nous appliquons ces principes, nous constatons que les dispositions en cause ici ne sont pas en conflit. Elles ont des objets sensiblement différents. Les dispositions réparatrices de la *LLO* ne peuvent être considérées comme un code exhaustif qui impose l’octroi de dommages-intérêts dans toutes les circonstances et sans égard aux autres lois applicables. De plus, il est facile de concilier le pouvoir d’accorder une réparation « convenable et juste » avec l’exclusion expresse et limitée des dommages-intérêts dans le contexte du transport aérien international. Une réparation n’est pas « convenable et juste » si son octroi contrevient aux obligations internationales qu’impose au Canada la *Convention de Montréal*.

(2) Qu’est-ce qu’« un conflit »?

[91] Les appelants affirment qu’il y a conflit entre deux lois émanant du même législateur. La *Loi sur le transport aérien*, qui incorpore la *Convention de Montréal*, vise à interdire l’octroi de dommages-intérêts, alors que le par. 77(4) de la *LLO* autorise le tribunal à accorder une réparation « convenable et juste », y compris des dommages-intérêts. Bref, les appelants font valoir que l’exclusion des dommages-intérêts pour le préjudice subi lors d’un vol international entre en conflit avec le pouvoir d’accorder une réparation « convenable et juste ».

[92] Le cadre législatif qui régit cette question n’est pas compliqué. Premièrement, les tribunaux adoptent une interprétation restrictive de ce qui constitue un conflit dans un tel contexte. Deuxièmement, les tribunaux estiment qu’il y a conflit seulement lorsque le conflit, au sens strict du terme, ne peut être évité par l’interprétation. Le chevauchement n’est pas en soi un conflit dans ce contexte, de sorte que, même si les champs d’application de deux dispositions se chevauchent, on présume qu’elles sont censées s’appliquer, pourvu qu’elles puissent le faire sans que cela mène à un résultat absurde. Cette présomption peut être réfutée si l’une des dispositions est censée traiter la matière de façon exhaustive. Troisièmement,

is unavoidable should the court resort to statutory provisions and principles of interpretation concerned with which law takes precedence over the other. This case turns on the first two of these principles and I will explore them in somewhat more detail.

[93] Courts presume that “the body of legislation enacted by a legislature does not contain contradictions or inconsistencies, that each provision is capable of operating without coming into conflict with any other”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 325; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867, at para. 30. This is sometimes expressed as a presumption of coherence, based on the common sense idea that the legislature does not intend to make contradictory enactments: *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 38. This is why courts take a very restrictive approach to defining what constitutes a conflict: P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 375.

[94] What then is a conflict in this context? The provisions must be “so inconsistent with . . . or repugnant” to each other that they are “incapable of standing together”: *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517, at p. 526; *Toronto Railway Co. v. Paget* (1909), 42 S.C.R. 488, at pp. 491 and 499; *Canadian Westinghouse Co. v. Grant*, [1927] S.C.R. 625, at p. 630; *International Brotherhood of Electrical Workers v. Town of Summerside*, [1960] S.C.R. 591, at pp. 598-99; *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489, at paras. 41-45. Application of one provision “must implicitly or explicitly preclude application of the other”: P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 350, adopted by the Court in *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, at para. 47; see also Côté (4th ed.), at p. 376.

ce n’est que si le conflit est inévitable que le tribunal doit recourir aux dispositions légales et aux principes d’interprétation permettant de déterminer quelle loi prime l’autre. La présente affaire porte sur les deux premiers principes, que je vais maintenant examiner un peu plus en détail.

[93] Les tribunaux présument que [TRADUCTION] « l’ensemble des textes législatifs édictés par une législature ne comporte pas de contradictions ou d’incohérences et que chaque disposition peut être appliquée sans entrer en conflit avec une autre » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 325; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867, par. 30. Parfois appelé présomption de cohérence, ce principe repose sur l’idée, conforme au bon sens, que le législateur n’a pas l’intention d’adopter des textes contradictoires : *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 38. C’est pourquoi les tribunaux définissent de manière très stricte la notion de conflit : P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et de M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 405.

[94] Qu’est-ce qui constitue alors un conflit dans ce contexte? Les dispositions en cause doivent être [TRADUCTION] « à ce point incompatibles ou contraires qu’elles ne peuvent coexister » : *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517, p. 526; *Toronto Railway Co. c. Paget* (1909), 42 R.C.S. 488, p. 491 et 499; *Canadian Westinghouse Co. c. Grant*, [1927] R.C.S. 625, p. 630; *International Brotherhood of Electrical Workers c. Town of Summerside*, [1960] R.C.S. 591, p. 598-599; *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l’ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489, par. 41-45. Il faut que l’application de l’une des dispositions « exclue, explicitement ou implicitement, celle de l’autre » : P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 443, repris par la Cour dans *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, par. 47; voir aussi Côté (4^e éd.), p. 406.

[95] Bastarache J. held in *Lévis* that “[u]navoidable conflicts . . . occur when two pieces of legislation are directly contradictory or where their concurrent application would lead to unreasonable or absurd results”: para. 47. It is not an absurd result to exclude one particular remedy — damages — in the particular context of international air travel. Therefore, the live issue here is whether the provisions are directly contradictory.

[96] A “direct contradiction” exists if the application of one law excludes the application of the other. For example, in *Massicotte v. Boutin*, [1969] S.C.R. 818, one statute allowed for an extension of time only before the time limit expired, while another statute allowed for an extension to be granted even after the time limit had expired. There was thus a direct conflict between the two laws with respect to an application for an extension of time sought after the time limit had expired: p. 820. Similarly, in *Lévis*, one provision required dismissal of a police officer who has been convicted of a criminal offence while another provision allowed the officer to retain the position upon showing special circumstances. As Bastarache J. put it, one enactment said yes while the other said no: paras. 48-49.

[97] This is not the situation that faces us here. The *OLA* does not provide that damages should be granted in every case, but authorizes courts to grant “appropriate and just” remedies. The exclusion of a damages remedy in the context of international air travel is thus not a direct contradiction of the remedial power under the *OLA*.

[98] This case is therefore not one of direct contradiction but of overlap. The *OLA*’s broad and discretionary remedial provisions permit an award of damages where that is what the court considers to be an appropriate and just remedy in the circumstances. The *Montreal Convention*, on the

[95] Dans l’arrêt *Lévis*, le juge Bastarache a affirmé qu’« il y a conflit inévitable lorsque deux lois sont directement contradictoires ou que leur application concurrente donnerait lieu à un résultat déraisonnable ou absurde » : par. 47. Ce n’est pas un résultat absurde que d’exclure une réparation en particulier — les dommages-intérêts — dans le contexte particulier du transport aérien international. La question en litige en l’espèce est donc de savoir si les dispositions en cause sont directement contradictoires.

[96] Il y a « contradiction directe » si l’application d’une loi exclut celle de l’autre. Par exemple, dans l’affaire *Massicotte c. Boutin*, [1969] R.C.S. 818, une loi ne prévoyait la possibilité d’obtenir une prorogation de délai qu’avant l’expiration de ce délai, alors qu’une autre loi prévoyait la possibilité d’obtenir une telle prorogation même après l’expiration du délai. Il y avait donc conflit direct entre les deux lois quant à la recevabilité d’une demande de prorogation de délai présentée après l’expiration du délai en question : p. 820. De même, dans *Lévis*, une première disposition exigeait la destitution du policier reconnu coupable d’une infraction criminelle, alors qu’une autre disposition permettait au policier de rester en fonction s’il démontrait l’existence de circonstances particulières. Pour reprendre les termes employés par le juge Bastarache, une loi disait « oui » alors que l’autre disait « non » : par. 48-49.

[97] Ce n’est pas la situation à laquelle nous avons affaire en l’espèce. La *LLO* ne dispose pas que des dommages-intérêts doivent être octroyés dans tous les cas; elle ne fait qu’autoriser les tribunaux à accorder une réparation « convenable et juste ». L’exclusion des dommages-intérêts dans le contexte du transport aérien international n’est donc pas en contradiction directe avec le pouvoir de réparation conféré par la *LLO*.

[98] La présente affaire n’en est donc pas une de contradiction directe, mais de chevauchement. Les dispositions réparatrices générales et discrétionnaires de la *LLO* permettent au tribunal d’accorder des dommages-intérêts s’il estime que c’est une réparation convenable et juste eu égard aux

other hand, restricts claims for damages by passengers in the context of international air travel. Overlapping provisions, however, do not necessarily conflict. Laws do not conflict simply because “they overlap, are active in the same field or deal with the same subject matter”: Côté (4th ed.), at p. 376; *Toronto Railway*, at p. 499. If the overlapping laws can both apply, it is presumed that they are meant to apply, and “[t]he only issue for the court is whether the presumption is rebutted by evidence that one of the provisions was intended to provide an exhaustive declaration of the applicable law”: Sullivan, at p. 326.

[99] Courts strive through interpretation to avoid finding that overlapping provisions conflict. As Bastarache J. said in *Lévis*, “an interpretation which results in conflict should be eschewed unless it is unavoidable” (para. 47). Courts are therefore slow to find that broadly worded provisions were intended to be an exhaustive declaration of the applicable law where the result of that conclusion creates rather than avoids conflict. For example, when overlapping provisions have different purposes or touch on different aspects, they will generally not be found to conflict: Sullivan, at p. 328. As Professor Côté explains, the court must consider the purpose of the law in order to determine whether in the circumstances the enactment of one norm may be interpreted as excluding all others: 4th ed., at pp. 379-80.

[100] To pause here for a moment, the two allegedly conflicting laws in this case have markedly different purposes and touch on distinct subject matters. The remedial provisions of the *OLA* are part of a larger scheme of obligations and mechanisms the object of which is to preserve and strengthen the vitality of Canada’s official languages in our federal institutions. It applies to only one airline, Air Canada. The *Montreal Convention*, in contrast, is part of an internationally agreed upon uniform and exclusive scheme addressing damages claims in

circumstances. La *Convention de Montréal*, en revanche, limite les recours en dommages-intérêts que peuvent tenter les passagers dans le contexte du transport aérien international. Par contre, des dispositions qui se chevauchent ne sont pas nécessairement en conflit. Deux lois ne sont pas en conflit du seul fait que « l’une et l’autre occupent le même champ, traitent de la même matière [ou] s’appliquent au même objet » : Côté (4^e éd.), p. 407; *Toronto Railway*, p. 499. Si les lois qui se chevauchent peuvent toutes deux s’appliquer, on présume qu’elles sont censées s’appliquer, et [TRADUCTION] « [i]l ne reste au tribunal qu’à déterminer si la présomption est réfutée par la preuve qu’une des dispositions visait à énoncer de manière exhaustive le droit applicable » : Sullivan, p. 326.

[99] Les tribunaux s’efforcent, dans leur interprétation de dispositions qui se chevauchent, de ne pas conclure qu’elles sont en conflit. Comme l’a dit le juge Bastarache dans l’arrêt *Lévis*, « une interprétation qui donne lieu à un conflit devrait être évitée dans la mesure du possible » (par. 47). Les tribunaux hésitent donc à juger que des dispositions de portée générale sont censées énoncer de manière exhaustive le droit applicable si cette conclusion a pour effet de créer un conflit plutôt que de l’éviter. Par exemple, si des dispositions qui se chevauchent ont des objets différents ou traitent d’aspects différents, les tribunaux concluront en général à l’absence de conflit entre elles : Sullivan, p. 328. Comme l’explique le professeur Côté, le tribunal doit considérer l’objet de la loi afin de déterminer si, en l’occurrence, l’adoption d’une norme peut s’interpréter comme l’exclusion de toute autre : 4^e éd., p. 410-411.

[100] Je m’arrête ici un moment pour dire que les deux lois prétendument en conflit en l’espèce ont des objets sensiblement différents et traitent de matières distinctes. Les dispositions réparatrices de la *LLO* s’inscrivent dans un régime général d’obligations et de mécanismes visant à préserver et à renforcer l’épanouissement des langues officielles au sein de nos institutions fédérales. Elles ne s’appliquent qu’à une seule compagnie aérienne, Air Canada. La *Convention de Montréal*, en revanche, fait partie d’un régime uniforme et exclusif, reconnu

the field of international carriage by air. Given these two dramatically different purposes and spheres of operation, we should be slow to find a conflict in the narrow point at which the schemes overlap. It will be helpful to review briefly three judgments of this Court dealing with overlapping provisions in order to see how these principles play out in specific cases.

(3) The Jurisprudence

[101] In *The King v. Williams*, [1944] S.C.R. 226, Mr. Williams was fined as a result of his conviction under the *Foreign Exchange Control Order*, P.C. 7378, made under the *War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206, for attempting to export a quantity of gold from Canada without a licence. When he was pursued for forfeiture of the gold, he argued that the exportation of gold was addressed under *The Gold Export Act*, S.C. 1932, c. 33, which did not provide for forfeiture. It followed, he argued, that forfeiture was not available in the case of exporting gold contrary to the *Foreign Exchange Control Order*. The submission in effect was that *The Gold Export Act* dealt exhaustively and exclusively with the consequences of attempting to export gold from Canada. That position was rejected by a majority of the Court. The point is perhaps made most clearly in the concurring reasons of Hudson J., at p. 240:

In the present case there is no repugnancy. Two measures were passed for different purposes and are to be enforced through different organs of the Government. The *Foreign Exchange Control Order* is very comprehensive, covering the whole field of currency, securities and commodities. I do not think that the Court could properly imply an intention to exclude from “currency” gold coins and from “commodities” fine gold, which nominally determines the value of all currency and monetary obligations. [Emphasis added.]

internationalement, qui vise à encadrer les recours en dommages-intérêts dans le domaine du transport aérien international. Puisque les objets et champs d’application de ces deux régimes sont radicalement différents, nous devrions hésiter à conclure qu’il existe un conflit au sujet de la question précise sur laquelle ils se chevauchent. Il sera utile d’examiner brièvement trois arrêts de la Cour portant sur des dispositions qui se chevauchent afin de voir comment ces principes s’appliquent dans certains cas précis.

(3) La jurisprudence

[101] Dans l’affaire *The King c. Williams*, [1944] R.C.S. 226, M. Williams s’est vu infliger une amende après avoir été reconnu coupable en vertu de l’*Ordonnance sur le contrôle du change étranger*, C.P. 7378, prise en application de la *Loi des mesures de guerre*, S.R.C. 1927, ch. 206, pour avoir tenté d’exporter sans permis une certaine quantité d’or du Canada. Durant la procédure de confiscation de l’or engagée contre lui, il a plaidé que l’exportation d’or était visée par la *Loi sur l’exportation de l’or*, S.C. 1932, ch. 33, qui n’en prévoyait pas la confiscation. Par conséquent, selon lui, il était impossible de procéder à une confiscation dans les cas d’exportation d’or en contravention de l’*Ordonnance sur le contrôle du change étranger*. Il a prétendu dans les faits que la *Loi sur l’exportation de l’or* traitait de manière exhaustive et exclusive des conséquences d’une tentative d’exporter de l’or du Canada. Cette prétention a été rejetée par les juges majoritaires de la Cour. Ce point ressort peut-être le plus clairement des motifs concordants du juge Hudson, à la p. 240 :

[TRADUCTION] Il n’y a en l’espèce aucune incompatibilité. Deux mesures ont été prises à des fins différentes et doivent être appliquées par des organes différents de l’État. L’*Ordonnance sur le contrôle du change étranger* est très exhaustive en ce qu’elle régit tout le domaine de la monnaie, des valeurs mobilières et des marchandises. Je ne crois pas que la Cour pourrait à bon droit y voir une intention d’exclure de la « monnaie » les pièces d’or, et des « marchandises » l’or fin, lequel détermine la valeur nominale de la monnaie et des obligations monétaires. [Je souligne.]

[102] There is a clear parallel between *Williams* and this case. The two provisions were enacted for very different purposes, as I discussed earlier. The *Montreal Convention* is a “very comprehensive” scheme in relation to claims for damages in the field of international carriage by air. The remedial provisions in the *OLA*, by contrast, are very generally worded and cannot realistically be thought to mandate that damages must be available for every breach. Following the reasoning of *Williams*, there is no “repugnancy” between the two provisions.

[103] In *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137, a memorandum of agreement with the force of statute assured the appellants, who were Treaty Indians, that they would have the right of hunting, trapping and fishing for food on all unoccupied Crown lands (and certain other lands). However, another statute made it an offence to hunt without due regard for the safety of other persons in the vicinity. There was no serious question that the appellants, while hunting, had failed to show due regard for the safety of other persons. The question was whether the statute creating the offence conflicted with the appellants’ right to hunt. The Court concluded that it did not. There was no “irreconcilable conflict” between the two provisions: they served very different purposes (p. 142, *per* Dickson J.). One was concerned with conservation of game to secure a continuing supply of food for the Indians while the second was concerned with the risk of death or serious injury when hunters disregarded the safety of others. The obligation to hunt in a manner that did not risk death or serious injury did not diminish the right to hunt: *ibid.* This was a case in which the Court concluded that the broad and general words affirming the right to hunt could not be taken as an exhaustive and exclusive statement of the law governing its exercise.

[104] There is once again a clear parallel between *Myran* and this case. The two schemes have different purposes and the broad right to an “appropriate and just” remedy is not inconsistent with

[102] Il y a un parallèle évident entre l’affaire *Williams* et la présente espèce. Les deux dispositions ont été adoptées à des fins très différentes, comme nous l’avons vu. La *Convention de Montréal* établit un régime « très complet » qui encadre les recours en dommages-intérêts dans le domaine du transport aérien international. Les dispositions réparatrices de la *LLO*, en revanche, sont de portée très générale et ne peuvent pas vraiment être considérées comme prescrivant que chaque manquement ouvre droit à des dommages-intérêts. Selon le raisonnement adopté dans l’arrêt *Williams*, il n’y a aucune [TRADUCTION] « incompatibilité » entre les deux dispositions.

[103] Dans *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, une convention ayant force de loi assurait aux appelants, des Indiens visés par un traité, des droits de chasse, de piégeage et de pêche pour se nourrir sur toutes les terres inoccupées de la Couronne (et certaines autres terres). Or, une autre loi érigeait en infraction le fait de chasser sans égard à la sécurité d’autrui dans le voisinage. Il ne faisait guère de doute que les appelants avaient chassé sans égard pour la sécurité d’autrui. La question était de savoir si la loi qui créait l’infraction entraînait en conflit avec le droit de chasse des appelants. La Cour a conclu par la négative. Il n’y avait aucun « conflit [irréconciliable] » entre les deux dispositions : elles poursuivaient des fins très différentes (p. 142, le juge Dickson). La première visait la protection du gibier pour assurer aux Indiens un approvisionnement continu en nourriture, alors que la seconde portait sur le risque de mort ou de blessure grave qui se pose lorsque les chasseurs ne se soucient pas de la sécurité d’autrui. L’obligation de chasser sans risquer de causer la mort ou des blessures graves ne portait pas atteinte au droit de chasse : *ibid.* Il s’agissait d’une affaire où la Cour a conclu que les termes généraux confirmant le droit de chasse ne pouvaient être considérés comme énonçant de manière exhaustive et exclusive les règles régissant l’exercice de ce droit.

[104] Il existe là encore un parallèle évident entre l’affaire *Myran* et la présente affaire. Les deux régimes en cause ont des objets différents et le droit général à une réparation « convenable et juste »

the restriction on damages claims in relation to injuries during international carriage by air.

[105] A third case, in which the Court reached the opposite conclusion, is *Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)*, [1999] 3 S.C.R. 375. The analysis leading to that conclusion is instructive.

[106] Without getting too immersed in the details, the question in *Perron-Malenfant* concerned whether one of the bankrupt's assets became the property of the trustee upon bankruptcy. More precisely, the issue was whether the cash surrender value of a life insurance policy was exempt from seizure by the trustee on the policyholder's bankruptcy. By virtue of the incorporation of certain elements of provincial laws by the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, the answer to the issue depended on the interpretation of certain provisions of the *Civil Code of Lower Canada*. If two articles (art. 2552 and 2554) were exhaustive statements of the applicable exemptions, the surrender value would *not* be exempt. However, jurisprudence developed under another article (art. 1031), if applicable, would (the Court assumed without deciding) result in the surrender value *being* exempt. The question boiled down to whether the two articles, which did not allow for an exemption of the surrender value in this case, were intended to be an exhaustive statement of the exemptions from seizure of life insurance.

[107] In answering this question, the Court examined the legislative history and evolution of the provisions, their text and their purpose. The legislative history and evolution revealed that arts. 2552 and 2554 were part of a comprehensive legislative treatment of every aspect of insurance law which had created "an insurance code within the *Civil Code*": paras. 36-37. The Court then turned to the text and purpose of the provisions, concluding that the legislature "must have had all elements of the life insurance contract in mind, including the right to surrender the contract for its cash surrender value": para. 39. To read the provisions as being other than comprehensive would "empt[y] them of

n'est pas incompatible avec la limite imposée à l'exercice de recours en dommages-intérêts pour les préjudices subis à l'occasion de transports aériens internationaux.

[105] Dans le troisième arrêt, *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)*, [1999] 3 R.C.S. 375, la Cour est parvenue à la conclusion contraire. L'analyse ayant mené à cette conclusion est instructive.

[106] Sans trop entrer dans les détails, dans *Perron-Malenfant* la Cour devait déterminer si l'un des biens du failli avait été dévolu au syndic au moment de la faillite. Plus précisément, il s'agissait de savoir si la valeur de rachat d'une police d'assurance-vie pouvait être saisie par le syndic au moment de la faillite de la preneuse. Certaines dispositions législatives provinciales ayant été incorporées dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, la réponse à cette question dépendait de l'interprétation donnée à certaines dispositions du *Code civil du Bas-Canada*. Si deux articles (art. 2552 et 2554) énonçaient exhaustivement les exceptions applicables, la valeur de rachat serait *saisissable*. Toutefois, suivant la jurisprudence relative à un autre article (art. 1031), s'il s'appliquait (ce que la Cour a présumé sans le décider), la valeur de rachat était *insaisissable*. En somme, il s'agissait de décider si les deux articles, qui ne permettaient pas l'insaisissabilité de la valeur de rachat dans cette affaire, étaient censés constituer un énoncé exhaustif des cas d'insaisissabilité de l'assurance-vie.

[107] Pour répondre à cette question, la Cour a examiné l'historique et l'évolution des dispositions en cause, de leur libellé et de leur objet. Cet examen a révélé que les art. 2552 et 2554 faisaient partie d'un ensemble complet de règles législatives régissant tous les aspects du droit des assurances qui avaient créé « un code des assurances à l'intérieur même du *Code civil* » : par. 36-37. La Cour s'est ensuite penchée sur le texte et l'objet des dispositions, concluant que le législateur « doit avoir envisagé l'ensemble des éléments du contrat d'assurance-vie, y compris le droit à la valeur de rachat du contrat » : par. 39. Ne pas juger exhaustives les dispositions « les dépouille en grande partie de leur

much of their meaning”: para. 41. The Court also placed its textual analysis within the overall thrust of the insurance reforms of which these articles formed a part. This led to the conclusion that the articles in question reflected a “careful balancing of the relevant considerations”: para. 50. Taking all of these elements into account, the Court concluded that arts. 2552 and 2554 were intended to be a comprehensive and exclusive set of rules in relation to the seizability of the rights under life insurance contracts:

... it defies common sense to assume that the legislator wished to remain silent, in its exemption provisions, on the most important value of a life insurance policy for creditors — the cash surrender value. On the contrary, given the legislator’s policy of making rights under insurance contracts more available to creditors as part of the policyholder’s collateral, the most reasonable conclusion is that the cash surrender value of the insurance contract was exactly what the legislature had in mind when determining, in arts. 2552 and 2554, which policies should be exempt, and which should not be. [para. 52]

[108] To paraphrase the Court in *Perron-Malenfant*, the issue here is whether it defies common sense to assume that by permitting a court to grant an “appropriate and just” remedy for violation of the *OLA*, Parliament intended that the court would be free to make an order violating Canada’s international treaty obligations. In other words, does it make sense that Parliament intended that a court order in breach of Canada’s international obligations would be an “appropriate and just” remedy? The appellants would have us answer yes to both questions.

(4) Application

[109] With these principles in mind, I return to the question of whether there is a conflict between the broad remedial discretion under s. 77(4) of the *OLA* and the specific limitation on that remedial authority that results from Article 29 of the *Montreal Convention*.

portée » : par. 41. La Cour a également ancré son analyse textuelle dans le contexte global de la refonte du droit des assurances dont ces articles ont fait partie. Cela l’a amené à conclure que les articles en question témoignaient d’un « équilibre soigneusement établi entre les considérations pertinentes » : par. 50. Tenant compte de tous ces éléments, la Cour a conclu que les art. 2552 et 2554 se voulaient un ensemble complet et exclusif de règles régissant la saisissabilité des droits conférés par des contrats d’assurance-vie :

... il est contraire au bon sens de présumer que, dans ses dispositions relatives à l’insaisissabilité, le législateur a voulu demeurer silencieux au sujet de l’élément le plus précieux d’une police d’assurance-vie pour les créanciers — sa valeur de rachat. Au contraire, compte tenu de la politique du législateur de rendre les droits conférés par des contrats d’assurance plus accessibles aux créanciers en tant que partie de la garantie offerte par le preneur, il est plus raisonnable de conclure que la valeur de rachat du contrat d’assurance était bien dans les visées du législateur quand il a décidé, aux art. 2552 et 2554, quelles polices étaient insaisissables et lesquelles étaient saisissables. [par. 52]

[108] Pour paraphraser les propos tenus par la Cour dans l’arrêt *Perron-Malenfant*, la question à trancher en l’espèce est de savoir s’il est contraire au bon sens de présumer qu’en permettant au tribunal d’accorder une réparation « convenable et juste » en cas de violation de la *LLO*, le législateur a voulu qu’il soit libre de rendre une ordonnance qui contrevient aux obligations du Canada issues de traités internationaux. En d’autres termes, est-il logique que le législateur ait voulu qu’une ordonnance judiciaire contrevenant aux obligations internationales du Canada constitue une réparation « convenable et juste »? Les appelants souhaiteraient que nous répondions « oui » à ces deux questions.

(4) Application

[109] En gardant ces principes à l’esprit, je reviens à la question de savoir s’il y a conflit entre le pouvoir discrétionnaire général de réparation prévu au par. 77(4) de la *LLO* et la limite expresse imposée à ce pouvoir par l’effet de l’article 29 de la *Convention de Montréal*.

[110] These provisions bear all of the hallmarks of the sorts of provisions that have been found *not* to conflict. They were enacted for markedly different purposes. They may easily be interpreted in a way that permits them to operate together without absurdity: an “appropriate and just” remedy must not violate Canada’s international obligations. The only serious question is whether the so-called presumption of overlap is rebutted because s. 77(4) of the *OLA* was intended as an exhaustive and exclusive declaration of the court’s remedial power such that damages must always be available for breach of the *OLA*. This position, in my respectful view, is untenable.

[111] The appellants suggest that the quasi-constitutional status of the *OLA* prevents a harmonious interpretation of s. 77(4) of the *OLA* and Article 29 of the *Montreal Convention*: Commissioner’s factum, at paras. 90-95. The argument goes that to read s. 77(4) as not permitting an award of damages in the context of international air travel would run counter to the *OLA*’s status as quasi-constitutional legislation and therefore would run counter to Parliament’s intention. With respect, I cannot accept this submission.

[112] Section 77(4) of the *OLA* is certainly part of a quasi-constitutional statutory scheme designed to both reflect and to actualize the “equality of status” of English and French as the official languages of Canada and the “equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada” as declared in s. 16(1) of the *Charter*: see, e.g., *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Lavigne*, at para. 23. Like s. 24(1) of the *Charter*, s. 77(4) of the *OLA* confers a wide remedial authority and should be interpreted generously to achieve its purpose. These factors, however, do not alter the correct approach to statutory interpretation which requires us to read “the words of an Act . . . in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Lavigne*, at para. 25, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed.

[110] Ces dispositions possèdent toutes les caractéristiques des dispositions dont on a déjà conclu qu’elles *n’étaient pas* en conflit. Elles ont été adoptées à des fins sensiblement différentes. Il est facile de les interpréter de façon à ce qu’elles puissent coexister sans donner lieu à un résultat absurde : une réparation « convenable et juste » ne doit pas contrevenir aux obligations internationales du Canada. La seule véritable question est de savoir si la prétendue présomption de chevauchement est réfutée pour le motif que le par. 77(4) de la *LLO* serait un énoncé exhaustif et exclusif du pouvoir de réparation du tribunal et qu’en conséquence il serait toujours possible pour ce dernier d’octroyer des dommages-intérêts en cas de contravention à cette loi. À mon humble avis, cette position est intenable.

[111] Les appelants affirment que le statut quasi constitutionnel de la *LLO* empêche d’interpréter harmonieusement son par. 77(4) et l’article 29 de la *Convention de Montréal* : mémoire du commissaire, par. 90-95. Suivant cet argument, considérer que le par. 77(4) ne permet pas d’accorder des dommages-intérêts dans le contexte du transport aérien international irait à l’encontre du statut quasi constitutionnel de la *LLO* et, par conséquent, de l’intention du législateur. Avec égards, je ne peux pas accepter cette prétention.

[112] Le paragraphe 77(4) de la *LLO* s’inscrit assurément dans un régime législatif quasi constitutionnel visant à refléter et à actualiser l’égalité de statut du français et de l’anglais en tant que langues officielles du Canada, de même que les « droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada », ainsi qu’il est déclaré au par. 16(1) de la *Charte* : voir, p. ex., *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Lavigne*, par. 23. À l’instar du par. 24(1) de la *Charte*, le par. 77(4) de la *LLO* confère un vaste pouvoir de réparation et devrait recevoir une interprétation généreuse afin que se réalise son objet. Ces facteurs ne modifient cependant en rien la bonne méthode d’interprétation des lois, selon laquelle il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur : *Lavigne*,

1983), at p. 87. As I see it, the *OLA*, read in its full context, demonstrates that Parliament did not intend to prevent s. 77(4) from being read harmoniously with Canada's international obligations given effect by another federal statute.

[113] It is unlikely that, by means of the broad and general wording of s. 77(4), Parliament intended this remedial power to be read as an exclusive and exhaustive statement in relation to the Federal Court's remedial authority under the *OLA*, overriding all other laws and legal principles. The appellants' position in effect is that Parliament, through s. 77(4), intended that courts should be able to grant damages even though doing so would be in violation of Canada's international undertakings as incorporated into federal statute law. This proposition runs afoul of the principle of interpretation that Parliament is presumed not to intend to legislate in breach of Canada's international law obligations: see, e.g., *Daniels*, at p. 541; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, at pp. 409-10; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at paras. 128-31; Sullivan, at pp. 539-42.

[114] I find it impossible to discern any such intent in the broad and general language of s. 77(4). Instead, this provision should be understood as having been enacted into an existing legal framework which includes statutory limits, procedural requirements and a background of general legal principles — including Canada's international undertakings incorporated into Canadian statute law — which guide the court in deciding what remedy is “appropriate and just”.

[115] Moreover, a review of the legislative history of this provision provides no evidence that Parliament intended to authorize awards of damages in violation of Canada's international commitments. The legislative record shows that members of Parliament discussing the scope of s. 77 of the *OLA* at the time of its enactment did not focus on the specific remedies available under this provision, but rather on how it gave courts the ability

par. 25, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. À mon sens, il ressort de la *LLO*, lue dans son contexte global, que le législateur ne voulait pas empêcher que le par. 77(4) soit interprété harmonieusement avec les obligations internationales du Canada mises en œuvre par une autre loi fédérale.

[113] Il est peu probable que le législateur ait voulu, au moyen du libellé général du par. 77(4), faire en sorte que cette disposition soit considérée comme un énoncé exclusif et exhaustif du pouvoir de réparation conféré à la Cour fédérale par la *LLO* qui écarte l'ensemble des autres lois et principes juridiques. Les appelants prétendent en fait que le législateur voulait, au moyen du par. 77(4), permettre aux tribunaux d'accorder des dommages-intérêts, même si l'octroi d'une réparation de cette nature contrevient aux engagements internationaux du Canada incorporés dans une loi fédérale. Cette prétention va à l'encontre du principe d'interprétation selon lequel le législateur est réputé ne pas vouloir légiférer en contravention des obligations du Canada ressortissant au droit international : voir, p. ex., *Daniels*, p. 541; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, p. 409-410; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 128-131; Sullivan, p. 539-542.

[114] Il m'est impossible de déceler une telle intention dans le libellé général du par. 77(4). Cette disposition devrait plutôt être vue comme ayant été incorporée dans un cadre juridique déjà établi, composé de limites législatives, d'exigences procédurales et de principes juridiques généraux — y compris les engagements internationaux du Canada incorporés dans un texte législatif canadien — qui aident le tribunal à décider quelle réparation est « convenable et juste ».

[115] Qui plus est, un examen de l'historique de cette disposition ne démontre pas que le législateur entendait autoriser l'octroi de dommages-intérêts en violation des engagements internationaux du Canada. Il ressort du dossier législatif que, durant les débats parlementaires sur la portée de l'art. 77 de la *LLO* qui ont eu lieu à l'époque de son adoption, les députés se sont attardés non pas sur les réparations précises pouvant être accordées en vertu

to enforce, through remedies, certain parts of the new *OLA*, in contrast to its predecessor that was merely declaratory: see *House of Commons Debates*, vol. X, 2nd Sess., 33rd Parl., February 8, 1988, at pp. 12706, 12712, 12715 and 12737 (Hon. Ray Hnatyshyn, Minister of Justice and Attorney General of Canada, Mr. Jean-Robert Gauthier, Ms. Marion Dewar, Hon. Warren Allmand); *House of Commons Debates*, vol. XIV, 2nd Sess., 33rd Parl., July 7, 1988, at p. 17224 (Hon. Ray Hnatyshyn, Minister of Justice and Attorney General of Canada). While the debate contemplated that damages could constitute an “appropriate and just” remedy in certain circumstances, it highlighted the open-ended nature of these terms and that they left to the courts the duty of determining what would be an “appropriate and just remedy” in the circumstances: *Debates of the Senate*, vol. IV, 2nd Sess., 33rd Parl., July 27, 1988, at pp. 4135-36. There is nothing in this to suggest any intent that this power would override other limitations on the court’s authority to award damages.

[116] We are not in a situation like that faced by the Court in *Perron-Malenfant* in which allowing both provisions to operate empties the remedial provisions in the statute of much of their meaning. It is not suggested that the powers of the Commissioner, including his authority to apply to the Federal Court for remedies under s. 78 of the *OLA*, conflict with the limitation on damages under the *Montreal Convention*. Damages are by no means the only remedies available under s. 77(4) and the limitation on their availability set out in Article 29 of the *Montreal Convention* applies only in respect of claims by passengers arising out of international carriage by air. I therefore reject the contention that my proposed interpretation of the *Montreal Convention* somehow silences language rights.

de cette disposition, mais plutôt sur la mesure dans laquelle celle-ci permettait aux tribunaux, au moyen de réparations, de faire respecter certaines parties de la nouvelle *LLO*, à la différence de la disposition à caractère purement déclaratoire qui l’a précédée : voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. X, 2^e sess., 33^e lég., 8 février 1988, p. 12706, 12712, 12715 et 12737 (l’hon. Ray Hnatyshyn, ministre de la Justice et procureur général du Canada, M. Jean-Robert Gauthier, M^{me} Marion Dewar, l’hon. Warren Allmand); *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIV, 2^e sess., 33^e lég., 7 juillet 1988, p. 17224 (l’hon. Ray Hnatyshyn, ministre de la Justice et procureur général du Canada). Si, lors des débats, on a estimé que des dommages-intérêts pouvaient constituer une réparation « convenable et juste » dans certains cas, c’est le fait que ces termes possédaient un caractère non limitatif et qu’ils laissaient aux tribunaux le soin de déterminer ce qu’était une « réparation [. . .] convenable et juste » eu égard aux circonstances est ressorti de ces discussions : *Débats du Sénat*, vol. IV, 2^e sess., 33^e lég., 27 juillet 1988, p. 4135-4136. Rien dans ces débats ne permet de croire que ce pouvoir devait l’emporter sur les autres limites imposées au pouvoir du tribunal d’accorder des dommages-intérêts.

[116] Nous ne sommes pas en présence d’un cas, comme celui dont était saisie la Cour dans l’affaire *Perron-Malenfant*, où le fait de permettre l’application des deux dispositions en cause dépouille en grande partie de leur portée les dispositions réparatrices de la loi. Personne ne prétend que les pouvoirs du commissaire, y compris celui d’exercer un recours devant la Cour fédérale en vertu de l’art. 78 de la *LLO*, sont incompatibles avec la limite des dommages-intérêts prévue par la *Convention de Montréal*. Les dommages-intérêts sont loin d’être la seule réparation pouvant être accordée en vertu du par. 77(4) et la limite imposée à leur octroi par l’article 29 de la *Convention de Montréal* ne s’applique qu’aux réclamations présentées par des passagers par suite d’un transport aérien international. Je rejette donc l’argument selon lequel l’interprétation que je propose de donner à la *Convention de Montréal* réduit d’une quelconque manière au silence les droits linguistiques.

[117] In short, there are no indicators here of a conflict between these two provisions in the narrow and strict sense of conflict which applies in this context, and there is no hint in the text, scheme or purpose of the *OLA* that the brief, broad, general and highly discretionary provision in s. 77(4) was intended to permit courts to make orders in breach of Canada's international undertakings which have been incorporated into federal law.

[118] I conclude that there is no conflict between these provisions and that, in fashioning an appropriate and just remedy under the *OLA* in a case of international carriage by air, the Federal Court must apply the limitation on damages set out in Article 29 of the *Montreal Convention*. In light of that conclusion, I do not need to consider which provision would prevail in the event of conflict.

C. *Did the Federal Court of Appeal Err in Allowing the Appeal in Relation to the Structural Order?*

(1) Introduction

[119] The Thibodeaus sought a structural order requiring Air Canada to take all necessary measures so that it could comply with its obligations to provide services in the French language. These included measures to ensure that it had the bilingual capability to provide in-flight services in French when there is sufficient demand for them; to actively offer service in French at the outset of communications by providing signs, notices, and other information on services and initiating communication with the public; to establish an adequate monitoring system and procedures designed to quickly identify, document and quantify potential violations of language rights; and to ensure that language rights prevail over any contract and collective agreement signed by the airline.

[120] The application judge concluded that "Air Canada and Jazz make considerable efforts and invest substantial sums to comply with their linguistic duties": para. 145. She found, however, that

[117] En somme, rien en l'espèce ne laisse croire à l'existence d'un conflit entre ces deux dispositions, au sens étroit et strict qu'a ce mot dans le présent contexte, et rien dans le texte, l'économie ou l'objet de la *LLO* ne permet de conclure que la disposition brève, générale et hautement discrétionnaire contenue au par. 77(4) devait permettre aux tribunaux de prononcer des ordonnances en contravention des engagements internationaux du Canada incorporés au droit fédéral.

[118] Je conclus qu'il n'existe aucun conflit entre ces dispositions et que, au moment de concevoir une réparation convenable et juste au sens de la *LLO* dans une affaire de transport aérien international, la Cour fédérale doit appliquer la limite relative aux dommages-intérêts prévue à l'article 29 de la *Convention de Montréal*. À la lumière de cette conclusion, je n'ai pas à décider quelle disposition prévaudrait en cas de conflit.

C. *La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur en faisant droit à l'appel de l'ordonnance structurelle?*

(1) Introduction

[119] Les Thibodeau ont sollicité une ordonnance structurelle enjoignant à Air Canada de prendre toutes les mesures nécessaires pour se conformer à ses obligations d'offrir des services en français, notamment : s'assurer d'avoir la capacité bilingue requise pour offrir sur les vols des services en français lorsqu'un nombre suffisant de personnes les demandent; offrir d'emblée et activement des services en français, entre autres par signalisation, avis ou documentation sur les services ou en entrant en communication avec le public; instaurer des procédures et un système de surveillance adéquats permettant de rapidement relever, documenter et quantifier d'éventuelles violations des droits linguistiques; faire en sorte que les droits linguistiques l'emportent sur tout accord et toute convention collective signés par la compagnie aérienne.

[120] La juge saisie de la demande a conclu qu'« Air Canada et Jazz font des efforts non négligeables et investissent des sommes importantes pour respecter leurs obligations en matière de droits

“not everything is perfect and that more remains to be done”: para. 146. She noted that major improvements were implemented following the Thibodeaus’ complaints but expressed surprise that there was no monitoring system that enabled Air Canada to determine the number of times where no bilingual flight attendant is assigned to a flight on which there is a significant demand for services in French: para. 151. The judge found that there was a “systemic problem” at Air Canada:

... even though Air Canada is making efforts to comply with its linguistic duties, problems persist, and both Air Canada and Jazz have not completely developed a reflex to proactively implement all the tools and procedures required to comply with their duties, to measure their actual performance in the provision of services in French and to set improvement objectives. This finding, combined with Jazz’s admission that it still has difficulty complying with all its duties, leads me to conclude that there is a systemic problem at Air Canada. [para. 153]

[121] The application judge concluded in light of these findings that it was “fair and appropriate to require that Air Canada make every reasonable effort to fulfill all its duties under Part IV of the OLA and to ensure that it implement a monitoring process to allow it to identify and document the occasions on which [Air Canada] does not assign the required bilingual personnel on board flights on which there is significant demand for services in French”: para. 154. She therefore ordered Air Canada to

- make every reasonable effort to comply with all of its duties under Part IV of the *Official Languages Act*;
- introduce, within six months of this judgment, a proper monitoring system and procedures to quickly identify, document and quantify potential violations of its language duties, ... particularly by introducing a procedure to identify and document occasions on which Jazz does not assign flight attendants able to provide services in French on board flights on which

linguistiques » : par. 145. Elle a cependant statué que « tout n’est pas parfait et qu’il y a encore du chemin à faire » : par. 146. Elle a fait remarquer que des améliorations importantes avaient été apportées à la suite des plaintes déposées par les Thibodeau, mais s’est dite surprise de constater qu’Air Canada ne dispose d’aucun système de suivi lui permettant de déterminer le nombre de fois où aucun agent de bord bilingue n’est affecté à un vol pour lequel il y a une demande importante de services en français : par. 151. Elle a conclu à l’existence d’un « problème de nature systémique » au sein d’Air Canada :

... bien qu’Air Canada fasse des efforts pour satisfaire à ses obligations linguistiques, les problèmes persistent et Air Canada (et Jazz) n’a pas complètement développé le réflexe de mettre en œuvre, de façon proactive, tous les outils et les processus requis pour respecter ses obligations, pour mesurer sa performance réelle en matière de services en français et pour se fixer des objectifs d’amélioration. Ce constat, ajouté à la reconnaissance par Jazz quant aux difficultés qu’elle éprouve encore à respecter l’ensemble de ses obligations linguistiques, m’amène à conclure qu’il existe un problème de nature systémique au sein d’Air Canada. [par. 153]

[121] La juge saisie de la demande a conclu, à la lumière de ces constatations, qu’il était « convenable et juste d’imposer à Air Canada de faire tous les efforts nécessaires pour respecter l’ensemble des obligations qui lui incombent en vertu de la partie IV de la LLO et de veiller à mettre en place un processus de suivi qui lui permettra d’identifier et de documenter les occasions où [elle] n’affecte pas le personnel bilingue requis à bord des vols à demande importante de services en français » : par. 154. Elle a donc ordonné à Air Canada

- de faire tous les efforts nécessaires pour respecter l’ensemble des obligations qui lui incombent en vertu de la partie IV de la *Loi sur les langues officielles*;
- d’instaurer, dans les six mois suivant le présent jugement, des procédures et un système de surveillance adéquats visant à rapidement identifier, documenter et quantifier d’éventuelles violations à ses obligations linguistiques, [...] notamment en instituant un processus permettant d’identifier et de documenter les occasions où Jazz n’affecte pas des agents de bord en

there is significant demand for services in French;
[application judge's reasons, at p. 153]

[122] The Federal Court of Appeal set this order aside. It held that the portion of the order that required Air Canada to “make every reasonable effort to comply with all of its duties” under Part IV of the *OLA* was simply a general order to comply with the law, a type of order that should be granted only in exceptional circumstances which did not exist here: paras. 55-60. Turning to the rest of the order, the court found that it was not supported by the evidence and that it, too, was not sufficiently precise: para. 63. As Trudel J.A. put it on behalf of the court:

The imprecise wording of the order leads me once again to expect that its implementation would be problematic for the appellant, and for any court called to intervene in the event of a future dispute. Nothing in the record reveals what a proper and quick monitoring system is. The use of the word “particularly” shows that the assignment of bilingual flight attendants by Jazz is only one of the elements which call for action on the part of the appellant. What are the other elements? By encompassing the obligations set out in Part IV of the *OLA*, the order concerns not only in-flight services, but services offered at the various sales and baggage check-in counters, call centres, etc. The scope of the order goes much further than what is necessary to remedy the violation of the Thibodeaus' language rights. [para. 76]

[123] The Commissioner submits that the Federal Court of Appeal exceeded its proper appellate role by weighing the evidence *de novo* and thereby not giving appropriate appellate deference to the findings at first instance. However, in my respectful view, the order was properly set aside.

[124] The first part of the order simply requires Air Canada to comply with the law. But those types of orders should only be made in exceptional circumstances which do not exist here. The appellants did not attempt to defend this part of the application

mesure d'assurer des services en français à bord des vols à demande importante de services en français;
[motifs de la juge saisie de la demande, p. 153]

[122] La Cour d'appel fédérale a annulé cette ordonnance. Selon elle, la partie de l'ordonnance qui enjoignait à Air Canada de « faire tous les efforts nécessaires pour respecter l'ensemble des obligations » que lui impose la partie IV de la *LLO* était simplement une ordonnance générale de respecter la loi, une ordonnance ne devant normalement être accordée que dans des circonstances exceptionnelles, qui n'étaient pas présentes en l'espèce : par. 55-60. Quant à l'autre aspect de l'ordonnance, la Cour d'appel a conclu qu'il n'était pas étayé par la preuve et qu'il n'était pas non plus suffisamment précis : par. 63. Comme l'a dit la juge Trudel au nom de la Cour d'appel :

Le libellé imprécis de l'ordonnance me porte, encore une fois, à prévoir que sa mise en œuvre sera problématique pour l'appelante et pour tout tribunal appelé à intervenir en cas de différend futur. Rien au dossier ne révèle ce qu'est un système de surveillance adéquat et rapide. L'usage du mot « notamment » démontre que l'affectation d'agents de bord bilingues par Jazz ne constitue qu'un des éléments qui appellent l'intervention de l'appelante. Quels sont les autres? L'ordonnance, en englobant les obligations énoncées à la partie IV de la *LLO*, affecte non seulement les services en vol, mais les services offerts aux différents comptoirs de vente et d'enregistrement de bagages, les centres d'appel, etc. La portée de l'ordonnance va beaucoup plus loin que ce qui est nécessaire pour remédier à la violation des droits linguistiques subie par les Thibodeau. [par. 76]

[123] Le commissaire fait valoir que la Cour d'appel fédérale a outrepassé le rôle de tribunal d'appel qui lui revient en appréciant de nouveau la preuve et, par le fait même, en ne faisant pas preuve, à ce titre, de la déférence qui s'impose à l'égard des conclusions tirées en première instance. J'estime toutefois que l'ordonnance a été annulée avec raison.

[124] La première partie de l'ordonnance exigeait simplement d'Air Canada qu'elle se conforme à la loi. Or, ce type d'ordonnance ne doit être rendu que dans des circonstances exceptionnelles, qui ne sont pas présentes en l'espèce. Les appelants n'ont

judge's order and, for the reasons given by the Federal Court of Appeal on this point, my view is that the application judge erred in making it.

[125] With respect to the second aspect of the order — requiring Air Canada to put a monitoring system in place — it too was correctly set aside. My view is that the order is too imprecise, risks ongoing litigation and court supervision in relation to whether it is being complied with, and is inappropriate particularly in light of the Commissioner's statutory powers and expertise in relation to monitoring compliance with the *OLA*.

(2) Legal Principles

[126] Structural orders play an important, but limited, role in the enforcement of rights through the courts: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 56. Orders of this nature are treated with special care because of two potential and related problems: first, insufficient clarity, which in turn may result in the second, namely the need for ongoing judicial supervision — ongoing supervision being something that courts only exceptionally undertake.

[127] With respect to clarity, we must bear in mind that the ultimate sanction for failure to abide by an order of this nature is a finding of contempt of court and consequent imposition of a fine or a period of incarceration. Orders must be sufficiently clear so that they give the parties bound by them fair guidance on what must be done to comply and to prevent a potentially endless round of further applications to determine whether the parties have complied. As the Court put it in *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612, at para. 24:

pas tenté de défendre cette partie de l'ordonnance prononcée par la juge saisie de la demande, et, pour les motifs exposés par la Cour d'appel fédérale sur ce point, j'estime que la juge de première instance a eu tort de la rendre.

[125] Quant au deuxième aspect de l'ordonnance — celui enjoignant à Air Canada d'instaurer un système de surveillance — c'est également à bon droit qu'il a été infirmé. À mon avis, l'ordonnance est trop imprécise, elle risque de donner lieu à d'incessantes procédures et mesures de supervision judiciaire visant à déterminer si elle est respectée, et, enfin, elle est inappropriée, surtout au vu des pouvoirs conférés par la loi au commissaire et de son expertise en matière de surveillance du respect de la *LLO*.

(2) Principes juridiques

[126] Les ordonnances structurelles jouent un rôle important, mais limité, dans l'exercice des droits par voie judiciaire : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 56. Les ordonnances de cette nature doivent faire l'objet d'une attention particulière en raison de deux problèmes potentiels connexes : le premier étant un manque de clarté, lequel, à son tour, peut en occasionner un deuxième, soit la nécessité d'une supervision judiciaire continue — la supervision continue étant en soi une tâche que les tribunaux n'exercent qu'exceptionnellement.

[127] S'agissant de la clarté, nous devons garder à l'esprit que la sanction ultime à laquelle s'expose quiconque ne respecte pas une ordonnance de cette nature est une condamnation pour outrage au tribunal et l'infliction conséquente d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement. L'ordonnance doit être suffisamment claire pour donner aux parties tenues de la respecter des indications convenables sur ce qu'il leur faut accomplir pour s'y conformer, et pour éviter une ronde potentiellement interminable de nouvelles demandes visant à déterminer si elles s'y sont conformées. Comme l'a expliqué la Cour dans l'arrêt *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612, par. 24 :

The terms of the order must be clear and specific. The party needs to know exactly what has to be done to comply with the order. . . . While the specificity requirement is linked to the claimant's ability to follow up non-performance with contempt of court proceedings, supervision by the courts often means relitigation and the expenditure of judicial resources.

[128] Ongoing judicial supervision will be appropriate in some cases, as discussed in *Doucet-Boudreau*. However, absent compelling circumstances, the courts generally should not make orders that have the almost inevitable effect of creating ongoing litigation about whether the order is being complied with. This is particularly so in this case given the statutory powers and expertise of the Commissioner to identify problems in relation to compliance with the *OLA* and to monitor whether appropriate progress is being made in implementing measures to correct them: ss. 49 to 75.

(3) Application

[129] Tested against these principles, my view is that the Federal Court erred in law by making the structural order in this case. I will focus on the monitoring provisions of the order as there was no serious effort on the appellants' part to defend the first part of the judge's order that simply directed Air Canada to obey the law.

[130] On its face, the monitoring aspects of the order immediately raise a number of questions about its scope and limits. In order to comply with the order, what would constitute a "proper" monitoring system? Would periodic inspections be sufficient or does the monitoring system have to be capable of documenting each and every "potential" violation? How "quickly" does it have to identify "potential violations"? For that matter, what is a "potential" violation? These rather obvious questions arising from a review of the order, and to which neither the order nor the record provides any answers, point to its lack of precision. While the application judge appears to have intended to focus on the assignment of flight attendants capable of providing services in French to

Son libellé doit être clair et spécifique. L'intéressé doit savoir exactement ce qu'il lui faut accomplir pour s'y conformer [. . .] Alors que l'exigence de la spécificité est justifiée par la possibilité d'une requête pour outrage au tribunal en cas de non-exécution, la supervision judiciaire entraîne souvent de nouvelles instances et l'affectation de ressources judiciaires.

[128] La supervision judiciaire continue sera parfois de mise, comme l'illustre l'arrêt *Doucet-Boudreau*. Or, en l'absence de circonstances impérieuses, les tribunaux devraient en général s'abstenir de prononcer des ordonnances qui susciteront presque inévitablement de perpétuelles procédures sur la question de savoir si elles sont respectées. C'est particulièrement vrai en l'espèce, compte tenu des pouvoirs légaux du commissaire et de son expertise pour ce qui est de cerner les problèmes en matière de respect de la *LLO*, et de vérifier si des progrès suffisants sont réalisés dans la mise en œuvre des mesures visant à y remédier : art. 49 à 75.

(3) Application

[129] À la lumière de ces principes, j'estime que la Cour fédérale a commis une erreur en prononçant l'ordonnance structurelle en l'espèce. Je me concentrerai sur ses dispositions qui traitent de la surveillance, étant donné que les appelants n'ont tenté avec conviction de défendre la première partie de l'ordonnance où la juge enjoint simplement à Air Canada de se conformer à la *LLO*.

[130] De prime abord, les dispositions de l'ordonnance qui traitent de la surveillance soulèvent un certain nombre de questions quant à son étendue et à ses limites. Pour se conformer à l'ordonnance, il faut savoir ce qu'est un système de surveillance « adéqua[t] ». Des inspections périodiques seraient-elles suffisantes ou le système de surveillance doit-il permettre de documenter la moindre violation « éventuelle »? Avec quelle « rapid[ité] » l'intéressée doit-elle déceler les « éventuelles violations »? D'ailleurs, qu'est-ce qu'une violation « éventuell[e] »? Ces questions plutôt évidentes, que suscite un examen de l'ordonnance et auxquelles ni celle-ci ni le dossier ne répondent, font ressortir son manque de précision. Bien que la juge saisie de la demande semble avoir voulu mettre

flights on which there is a significant demand for services in French, her order goes far beyond that, as the Federal Court of Appeal noted.

[131] In addition to these difficulties, there is also the fact that the Commissioner has both the statutory powers and the institutional expertise to monitor compliance and ameliorative efforts. This will generally make ongoing judicial supervision in relation to this statutory scheme something that should be undertaken in only truly compelling circumstances that did not exist here.

[132] I agree with the Federal Court of Appeal that the structural order should not have been made. The declaration, apology, and costs of the application constituted appropriate and just remedies in this case.

IV. Disposition

[133] I would dismiss the appeals. The respondent has not requested costs and I would order none.

The reasons of Abella and Wagner JJ. were delivered by

[134] ABELLA J. (dissenting) — International law is a work in progress. Courts in liberal democracies are increasingly grappling with the domestic effect of international human rights law. Most of these cases involve interpreting domestic rules in light of broader international human rights protection. This case presents the opposite scenario — how to interpret an international treaty that may be in conflict with the broader protection of fundamental rights available domestically.

l'accent sur l'affectation d'agents de bord capables d'assurer des services en français sur les vols pour lesquels il y a une demande importante de services dans cette langue, son ordonnance va beaucoup plus loin, comme l'a fait observer la Cour d'appel fédérale.

[131] À ces difficultés s'ajoute le fait que le commissaire dispose à la fois des pouvoirs légaux et de l'expertise institutionnelle nécessaires pour contrôler le respect de la *LLO* et la prise de mesures d'amélioration. Ainsi, la supervision judiciaire continue ne devrait, en général, s'exercer à l'égard de ce régime législatif que dans des circonstances véritablement impérieuses, qui ne sont pas présentes en l'espèce.

[132] À l'instar de la Cour d'appel fédérale, j'estime que l'ordonnance structurelle n'aurait pas dû être prononcée. Le jugement déclaratoire, les excuses et les dépens afférents à la demande constituaient une réparation convenable et juste en l'espèce.

IV. Dispositif

[133] Je suis d'avis de rejeter les pourvois. L'intimée n'ayant pas demandé les dépens, je n'en adjugerais aucuns.

Version française des motifs des juges Abella et Wagner rendus par

[134] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Le droit international est en constante évolution. Les tribunaux des démocraties libérales se butent de plus en plus aux conséquences dans leur pays de l'application du droit international des droits de la personne. Dans la plupart de ces cas, il s'agit d'interpréter les règles nationales à la lumière de la protection plus étendue accordée par le droit international aux droits de la personne. En l'espèce, nous sommes en présence du scénario opposé : comment faut-il interpréter un traité international qui est peut-être en conflit avec la protection plus étendue des droits fondamentaux en droit national?

[135] Air Canada breached its duty to provide services in French to Michel and Lynda Thibodeau on three flights between Canada and the United States. The Thibodeaus applied to the Federal Court for damages and for “structural” orders to redress Air Canada’s allegedly systemic violations of its bilingualism duties. Air Canada acknowledged that it is subject to the *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), but relied on the limitations on carrier liability in the *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air*, signed in Montréal, as set out in Schedule VI of the *Carriage by Air Act*, R.S.C. 1985, c. C-26 (the *Montreal Convention* or *Convention*) as a barrier to the Thibodeaus’ claims for damages.

[136] There is no dispute that Air Canada breached its obligations under s. 22 of the *Official Languages Act* by failing to provide services and announcements in French. The remaining issue is whether the *Montreal Convention* prevents the Thibodeaus from recovering damages from Air Canada for these breaches.

[137] In my respectful view, the *Montreal Convention* neither contemplates nor excludes the type of damages at issue on these appeals. I would therefore allow the appeals.

Analysis

[138] The general focus of these appeals is on the scope of the liability provisions in the *Montreal Convention*. The particular focus is on Article 29, which is found in Chapter III of the *Convention*, headed “Liability of the Carrier and Extent of Compensation for Damage”. Article 29 states:

ARTICLE 29 — BASIS OF CLAIMS

In the carriage of passengers, baggage and cargo, any action for damages, however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise,

[135] Air Canada a manqué à son devoir de fournir des services en français à Michel et à Lynda Thibodeau sur trois vols entre le Canada et les États-Unis. Les Thibodeau ont réclamé devant la Cour fédérale des dommages-intérêts ainsi qu’une ordonnance dite « structurelle » pour faire réparer les violations prétendument systémiques, par Air Canada, de ses obligations en matière de bilinguisme. Air Canada a reconnu qu’elle est assujettie à la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), mais a prétendu que les limites de la responsabilité des transporteurs prévues dans la *Convention pour l’unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, signée à Montréal, reproduite à l’annexe VI de la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. 1985, ch. C-26 (la *Convention de Montréal* ou *Convention*), rendent irrecevables les demandes de dommages-intérêts des Thibodeau.

[136] Il n’est pas contesté qu’Air Canada a manqué aux obligations que lui impose l’art. 22 de la *Loi sur les langues officielles* en omettant de fournir des services et des annonces en français. Il reste à décider si la *Convention de Montréal* empêche les Thibodeau d’obtenir des dommages-intérêts d’Air Canada pour ces manquements.

[137] Soit dit en tout respect, la *Convention de Montréal* ne prévoit ni n’exclut le type de dommages-intérêts en litige dans les présents appels. Je suis donc d’avis d’accueillir les pourvois.

Analyse

[138] Les présents pourvois portent, de façon générale, sur la portée des dispositions en matière de responsabilité de la *Convention de Montréal*. Ils portent tout particulièrement sur l’article 29, qui se trouve au chapitre III de la *Convention*, intitulé « Responsabilité du transporteur et étendue de l’indemnisation du préjudice ». L’article 29 est rédigé ainsi :

ARTICLE 29 — PRINCIPE DES RECOURS

Dans le transport de passagers, de bagages et de marchandises, toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit, en vertu de la présente convention,

can only be brought subject to the conditions and such limits of liability as are set out in this Convention without prejudice to the question as to who are the persons who have the right to bring suit and what are their respective rights. In any such action, punitive, exemplary or any other non-compensatory damages shall not be recoverable.

[139] Interpreting this language takes us to Article 31 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, which requires that treaties be interpreted “in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” (entered into force January 27, 1980).

[140] The process of treaty interpretation is a process of discernment. The literal meaning of the words is rarely reliably able to yield a clear and unequivocal answer. The intention of state parties must therefore be discerned by using a good faith approach not only to the words at issue, but also to the context, history, object and purpose of the treaty as a whole. In my respectful view, this exercise leads to the conclusion that Article 29 of the *Montreal Convention* does not exclusively govern the universe of damages for which carriers are liable during international carriage by air.

[141] The first words of Article 29 are words that restrict its scope by declaring that any action for damages “[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo” must be brought subject to the conditions set out in the *Convention*. I accept that the words which immediately follow — “however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise” — are, if read in isolation, broad in scope. But I do not see this as an independent, defining phrase, I see it as a clause dependent for its meaning on the preceding opening words. Thus, “action” refers only to an action for damages “[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo”.

en raison d’un contrat ou d’un acte illicite ou pour toute autre cause, ne peut être exercée que dans les conditions et limites de responsabilité prévues par la présente convention, sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d’agir et de leurs droits respectifs. Dans toute action de ce genre, on ne pourra pas obtenir de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ni de dommages à un titre autre que la réparation.

[139] L’interprétation de cette disposition nous amène à l’article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, selon lequel un traité doit être interprété « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » (entrée en vigueur le 27 janvier 1980).

[140] L’interprétation d’un traité est un exercice de discernement. Une réponse claire et sans équivoque se dégage rarement avec certitude du sens littéral des mots. Il faut donc saisir l’intention des États parties en examinant de bonne foi non seulement les mots en cause, mais aussi le contexte, l’historique, l’objet et le but du traité dans son ensemble. Soit dit en tout respect, cet exercice mène à la conclusion que l’article 29 de la *Convention de Montréal* ne régit pas à titre exclusif tous les dommages dont les transporteurs peuvent être tenus responsables pendant le transport aérien international.

[141] Les premiers mots de l’article 29 limitent son champ d’application en déclarant que toute action en dommages-intérêts « [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises » doit être exercée dans les conditions prévues par la *Convention*. Je conviens que les mots qui suivent immédiatement — « à quelque titre que ce soit, en vertu de la présente convention, en raison d’un contrat ou d’un acte illicite ou pour toute autre cause » — sont, si on les considère isolément, d’application large. Je n’estime toutefois pas que c’est une disposition indépendante et déterminante. Je la considère plutôt comme une disposition dont le sens dépend des mots introductifs qui la précèdent. Ainsi, le mot « action » renvoie uniquement à une action en dommages-intérêts « [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises ».

[142] It is, therefore, only an action for damages incurred “[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo” that must be brought “subject to the conditions and such limits of liability as are set out” in the *Convention*, whether or not the action is brought in contract or tort, under the *Convention* or otherwise. No other actions for damages are included in the scope of Article 29.

[143] What then does an action for damages “[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo” mean? For interpretive assistance, we look to other provisions of the *Convention*, and, in particular, to Chapter III in which we find Article 29.

[144] Chapter III sets out the limited liability of carriers in the carriage of passengers, baggage and cargo. Article 17(1) establishes the conditions of liability for “Death and Injury of Passengers”. Articles 17(2), 17(3) and 17(4) establish the conditions of liability for “Damage to Baggage”. Article 18 establishes the conditions of liability for “Damage to Cargo”. Article 19 establishes the conditions of liability “for damage occasioned by delay in the carriage by air of passengers, baggage or cargo”. Subsequent provisions establish the limits on recovery for these types of damage. Article 21 establishes the rules of “Compensation in Case of Death or Injury of Passengers” and Article 22 outlines the “Limits of Liability in Relation to Delay, Baggage and Cargo”.

[145] Article 19 actually tracks the opening words of Article 29 (“[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo”) and the other provisions refer to the same subject areas: death or bodily injury of a passenger, destruction or loss of, or damage to, baggage, destruction or loss of, or damage to, cargo, and delay in the carriage of persons, baggage or cargo. The rest of Article 29 (“any action for damages, however founded . . . can only be

[142] Par conséquent, seule l’action pour un préjudice subi « [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises » doit être exercée « dans les conditions et limites de responsabilité prévues » par la *Convention*, que l’action soit exercée en raison d’un contrat ou d’un acte illicite, de la *Convention* ou pour toute autre cause. Aucune autre action en dommages-intérêts ne relève de l’article 29.

[143] Alors, que signifie une action en dommages-intérêts « [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises »? Pour nous aider à interpréter ces termes, nous faisons appel à d’autres dispositions de la *Convention*, et plus particulièrement au chapitre III où figure l’article 29.

[144] Le chapitre III énonce la responsabilité limitée des transporteurs dans le transport des passagers, des bagages et des marchandises. Le paragraphe 17(1) établit les conditions de responsabilité en cas de « mort ou de lésion subie par le passager ». Les paragraphes 17(2), (3) et (4) établissent les conditions de responsabilité en cas de « dommage causé aux bagages ». L’article 18 établit les conditions de responsabilité en cas de « dommage causé à la marchandise ». L’article 19 établit les conditions de responsabilité en cas « d[e] dommage résultant d’un retard dans le transport aérien de passagers, de bagages ou de marchandises ». Les dispositions subséquentes établissent les limites de l’indemnisation pour ces types de dommages. L’article 21 établit les règles d’« indemnisation en cas de mort ou de lésion subie par le passager » et l’article 22 énonce les « limites de responsabilité relatives aux retards, aux bagages et aux marchandises ».

[145] L’article 19 reprend en fait la partie introductive de l’article 29 (« [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises ») et les autres dispositions portent sur les mêmes objets : la mort ou une lésion corporelle subie par un passager, la destruction, la perte ou l’avarie de bagages, la destruction, la perte ou l’avarie de la marchandise, et le retard dans le transport de personnes, de bagages ou de marchandises. Le reste de l’article 29

brought subject to the conditions and such limits of liability as are set out in this Convention”) merely confirms that the Treaty exclusively governs actions for damages in respect of these subjects.

[146] Significant support for this interpretation can be found in the relationship between Article 29 of the *Montreal Convention* and its predecessor, Article 24 of the *Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*, signed at Warsaw, October 12, 1929, as amended at The Hague, 1955, as set out at Schedule I of the *Carriage by Air Act* (the *Warsaw Convention*). Article 24 states:

ARTICLE 24

(1) *In the cases covered by Articles 18 and 19 any action for damages, however founded, can only be brought subject to the conditions and limits set out in this Convention.*

(2) *In the cases covered by Article 17 the provisions of the preceding paragraph also apply, without prejudice to the questions as to who are persons who have the right to bring suit and what are their respective rights.*

[147] Article 24 of the *Warsaw Convention* clearly limits the scope of the words “any action for damages, however founded” to “the cases covered by” Articles 17, 18 and 19. Those Articles had set out the conditions of liability for personal injury to passengers, for damage to baggage or cargo and for damage caused by delay. The language used in these provisions of the *Warsaw Convention* is almost identical to the language found in Articles 17, 18 and 19 of the *Montreal Convention*.

[148] The only real difference, in fact, between the language in Article 24 of the *Warsaw Convention* and Article 29 of the *Montreal Convention* is that the words in Article 24 clarifying that the actions for damages relate to the cases covered by Articles 17, 18 and 19, are not found in Article 29. I do not see this as particularly meaningful for two reasons.

(« toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit [. . .] ne peut être exercée que dans les conditions et limites de responsabilité prévues par la présente convention ») ne fait que confirmer que le Traité régit à titre exclusif les actions en dommages-intérêts exercées à l’égard de ces objets.

[146] Cette interprétation trouve un appui considérable dans le lien entre l’article 29 de la *Convention de Montréal* et la disposition qui l’a précédé, l’article 24 de la *Convention pour l’unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, signée à Varsovie le 12 octobre 1929, modifiée à La Haye en 1955, telle qu’elle est reproduite à l’annexe I de la *Loi sur le transport aérien* (la *Convention de Varsovie*). L’article 24 dispose :

ARTICLE 24

(1) *Dans les cas prévus aux articles 18 et 19 toute action en responsabilité, à quelque titre que ce soit, ne peut être exercée que dans les conditions et limites prévues par la présente Convention.*

(2) *Dans les cas prévus à l’article 17, s’appliquent également les dispositions de l’alinéa précédent, sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d’agir et de leurs droits respectifs.*

[147] L’article 24 de la *Convention de Varsovie* limite clairement la portée du membre de phrase « toute action en responsabilité, à quelque titre que ce soit » aux « cas prévus aux » articles 17, 18 et 19. Ces articles énoncent les conditions de responsabilité en cas de lésion corporelle subie par un voyageur, d’avarie de bagages ou de marchandises et de dommage résultant d’un retard. Le libellé de ces dispositions de la *Convention de Varsovie* est presque identique à celui des articles 17, 18 et 19 de la *Convention de Montréal*.

[148] De fait, la seule véritable différence entre le libellé de l’article 24 de la *Convention de Varsovie* et celui de l’article 29 de la *Convention de Montréal* est que les mots de l’article 24 précisant que les actions en dommages-intérêts se rapportent aux cas visés par les articles 17, 18 et 19 ne se retrouvent pas à l’article 29. Cette différence ne me semble pas particulièrement significative, et ce pour deux raisons.

[149] First, the U.S. Supreme Court examined this variation in language in *El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tsui Yuan Tseng*, 525 U.S. 155 (1999). Writing for eight of the members of the court, Ginsburg J. concluded that a shift from the words “[i]n the cases covered by” to the words “[i]n the carriage of passengers and baggage” does not change, but “merely clarifies” the scope of exclusivity of the provision (p. 175).

[150] Second, seeing this shift in language as reflecting an intention to expand protection for air carriers beyond the actions covered by Articles 17, 18 and 19 contradicts the historic reality that the *Montreal Convention* was the culmination of a decades-long effort to improve consumer protection, not restrict it.

[151] The predecessor *Warsaw Convention* came into being in 1929 to assist the fledgling airline industry take flight. At that time, aviation technology was in its initial stages. Accidents were common, and many pilots and passengers were injured or died as a result. The relative frequency of accidents exposed carriers to unpredictable and significant losses. This made it difficult to secure investment capital or insurance protection (Paul Stephen Dempsey, *Aviation Liability Law* (2nd ed. 2013), at pp. 309-10).

[152] Airlines responded by requiring passengers to sign waivers relieving carriers of any and all liability in the event of an injury. When accidents happened, those passengers were left with no remedy for their injuries or losses.

[153] The *Warsaw Convention* attempted a protective reconciliation for both airlines and passengers. Airlines would benefit from the introduction of a uniform scheme of limited liability to protect against the financial risks and uncertainty posed by accidents, passengers would benefit from access to

[149] Premièrement, la Cour suprême des États-Unis a examiné cette différence de formulation dans l’arrêt *El Al Israel Airlines, Ltd. c. Tsui Yuan Tseng*, 525 U.S. 155 (1999). S’exprimant au nom de huit juges de la cour, la juge Ginsburg a conclu que le remplacement des mots « [d]ans les cas prévus aux » par les mots « [d]ans le transport de passagers et de bagages » [TRADUCTION] « ne fait que clarifier » plutôt que modifier la portée du caractère exclusif de la disposition (p. 175).

[150] Deuxièmement, considérer que ce changement de formulation témoigne de l’intention d’étendre la protection accordée aux transporteurs aériens au-delà des actions visées par les articles 17, 18 et 19 contredit la réalité historique, à savoir que la *Convention de Montréal* était l’aboutissement d’efforts déployés pendant plusieurs décennies en vue d’accroître la protection des consommateurs et non pas de la limiter.

[151] La *Convention de Varsovie* qui l’a précédée a vu le jour en 1929 pour aider l’industrie naissante du transport aérien à prendre son envol. À l’époque, la technologie de l’aviation en était à ses débuts. Les accidents étaient monnaie courante, et de nombreux pilotes et passagers y ont été blessés ou y ont trouvé la mort. La fréquence relative des accidents exposait les transporteurs à des pertes imprévisibles et coûteuses, si bien qu’il était difficile d’obtenir des capitaux d’investissement ou une couverture d’assurance (Paul Stephen Dempsey, *Aviation Liability Law* (2^e éd. 2013), p. 309-310).

[152] Les transporteurs aériens ont réagi en obligeant les passagers à signer des renoncations déchargeant les transporteurs de toute responsabilité en cas de préjudice. Lorsqu’un accident se produisait, les passagers en question ne pouvaient obtenir réparation pour les blessures ou les pertes qu’ils subissaient.

[153] La *Convention de Varsovie* se voulait une tentative de protéger à la fois les transporteurs aériens et les passagers. Les transporteurs bénéficieraient de l’instauration d’un régime uniforme de responsabilité limitée qui les mettait à l’abri des risques financiers et de l’incertitude engendrée par

predetermined amounts of limited compensation for death or injury — about US\$8,300 per passenger — and a prohibition on airlines requiring passengers to waive all liability (Paul Stephen Dempsey and Michael Milde, *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999* (2005), at pp. 15-16 and 50-51; John E. J. Clare, “Evaluation of Proposals to Increase the ‘Warsaw Convention’ Limit of Passenger Liability” (1949), 16 *J. Air L. & Com.* 53). The *Warsaw Convention* thus sought “to accommodate or balance the interests of passengers seeking recovery for personal injuries, and the interests of air carriers seeking to limit potential liability” (*Tseng*, at p. 170).

[154] As safety in the industry improved, governments turned their attention from protecting the financial viability of airlines to introducing a more passenger-friendly legal regime. The focus tilted towards increasing the exceptionally low limits on carrier liability established in the *Warsaw Convention* (Dempsey, at pp. 315-16).

[155] States subsequently signed on to different international efforts to expand carrier liability. The *Hague Protocol* of 1955, for example, doubled liability limits for death and personal injury of passengers to about US\$16,600 (*Protocol to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*, done at The Hague, September 28, 1955, 478 U.N.T.S. 371, as set out in Schedule III of the *Carriage by Air Act*). The *Guatemala City Protocol* of 1971 introduced an absolute limit on carrier liability of about US\$100,000, and expanded the circumstances under which carriers could be found liable under the *Warsaw Convention* (*Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air Signed at Warsaw on 12 October 1929 as Amended by the Protocol Done at The Hague on 28 September 1955*, signed

les accidents, tandis que les passagers profiteraient de la possibilité d’obtenir une indemnité limitée au montant fixé d’avance en cas de décès ou de lésions — environ 8 300 \$US par passager — et de l’interdiction pour les transporteurs d’obliger les passagers à les décharger de toute responsabilité (Paul Stephen Dempsey et Michael Milde, *International Air Carrier Liability : The Montreal Convention of 1999* (2005), p. 15-16 et 50-51; John E. J. Clare, « Evaluation of Proposals to Increase the “Warsaw Convention” Limit of Passenger Liability » (1949), 16 *J. Air L. & Com.* 53). La *Convention de Varsovie* visait donc [TRADUCTION] « à concilier ou à équilibrer les intérêts des passagers qui demandent à être indemnisés des préjudices qu’ils pourraient subir et les intérêts des transporteurs aériens qui cherchent à limiter leur responsabilité éventuelle » (*Tseng*, p. 170).

[154] À mesure que s’améliorait la sécurité dans l’aviation civile, les gouvernements ont délaissé la protection de la viabilité financière des transporteurs aériens pour se pencher sur l’instauration d’un régime juridique plus favorable aux passagers. L’accent était désormais mis sur l’augmentation des limites exceptionnellement faibles de la responsabilité des transporteurs aériens établies dans la *Convention de Varsovie* (Dempsey, p. 315-316).

[155] Les États ont subséquemment adhéré à diverses initiatives internationales visant à accroître la responsabilité des transporteurs. Par exemple, le *Protocole de La Haye* de 1955 a doublé les limites de responsabilité en cas de décès ou de lésion corporelle subie par un passager, en les fixant à environ 16 600 \$US (*Protocole portant modification de la Convention pour l’unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, fait à La Haye le 28 septembre 1955, 478 R.T.N.U. 371, reproduit à l’annexe III de la *Loi sur le transport aérien*). Le *Protocole de Guatemala* de 1971 a limité de manière absolue la responsabilité des transporteurs à environ 100 000 \$US, et a étendu les circonstances dans lesquelles les transporteurs pouvaient être tenus responsables en application de la *Convention de Varsovie* (*Protocole portant modification de la Convention pour l’unification de*

at Guatemala City, March 8, 1971 (not in force)). The *Guadalajara Convention* of 1961 extended the *Warsaw Convention's* liability regime to cover both a contracting carrier *and* the carrier that actually provided service (*Convention, Supplementary to the Warsaw Convention, for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air Performed by a Person Other than the Contracting Carrier*, signed at Guadalajara, September 18, 1961, 500 U.N.T.S. 31, as set out in Schedule V of the *Carriage by Air Act*). And *Montreal Protocol No. 4* of 1999 increased cargo liability limits (*Montreal Protocol No. 4 to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*, September 25, 1975; Dempsey and Milde, at pp. 17-41).

[156] Notwithstanding the increasing recognition that compensation for passengers was too low, a single international instrument increasing ceilings on carrier liability proved elusive. Out of concern that this fractured response could lead to the demise of a unified system of international air law, the industry took action. The *Montreal Agreement* of 1966, a private arrangement between airlines, increased carrier liability under the *Warsaw Convention* for personal injury for carriage to, from or through the U.S. up to US\$75,000 (*Agreement Relating to Liability Limitations of the Warsaw Convention and the Hague Protocol*, May 13, 1966). In 1974, some European and Japanese carriers agreed to increase passenger liability under the *Warsaw Convention* through their tariffs up to US\$58,000, and later to US\$100,000 (the Malta Agreement) (see Dempsey and Milde, at pp. 29-31).

[157] In 1992, Japanese carriers effectively agreed to a liability regime for passenger injury of strict liability up to an initial limit greater than

certaines règles relatives au transport aérien international signée à Varsovie le 12 octobre 1929 amendée par le Protocole fait à La Haye le 28 septembre 1955, signé à Guatemala le 8 mars 1971 (non en vigueur)). La *Convention de Guadalajara* de 1961 a élargi le régime de responsabilité de la *Convention de Varsovie* pour qu'il protège à la fois le transporteur contractuel *et* le transporteur qui a effectivement fourni le service (*Convention, complémentaire à la Convention de Varsovie, pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international effectué par une personne autre que le transporteur contractuel*, signée à Guadalajara le 18 septembre 1961, 500 R.T.N.U. 31, reproduite à l'annexe V de la *Loi sur le transport aérien*). En outre, le *Protocole de Montréal N° 4* de 1999 a augmenté les limites de responsabilité à l'égard des marchandises (*Protocole de Montréal N° 4 portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, 25 septembre 1975; Dempsey et Milde, p. 17-41).

[156] Même si l'on reconnaissait de plus en plus que les indemnités versées aux passagers étaient trop faibles, la conclusion d'un instrument international unique accroissant les plafonds de responsabilité des transporteurs se révélait hors d'atteinte. Craignant que cette réponse hétéroclite entraîne la disparition d'un système unifié de droit aérien international, l'industrie a agi. L'*Accord de Montréal* de 1966, un accord privé entre transporteurs aériens, a augmenté à un maximum de 75 000 \$US la responsabilité des transporteurs prévue dans la *Convention de Varsovie* au titre des lésions corporelles subies pendant le transport au départ ou à destination des États-Unis ou pendant le transport transitant par ce pays (*Agreement Relating to Liability Limitations of the Warsaw Convention and the Hague Protocol*, 13 mai 1966). En 1974, certains transporteurs européens et japonais ont convenu d'augmenter par leurs tarifs la responsabilité à l'égard des passagers prévue dans la *Convention de Varsovie* jusqu'à concurrence de 58 000 \$, puis jusqu'à 100 000 \$ (l'accord de Malte) (voir Dempsey et Milde, p. 29-31).

[157] En 1992, les transporteurs japonais ont effectivement convenu d'un régime de responsabilité stricte pour les lésions subies par un passager

that established in the *Warsaw Convention*, and “a fault-based reversed burden of proof” that would apply thereafter without any limit (the Japanese Initiative) (Dempsey and Milde, at p. 32). In 1995, the International Air Transport Association (IATA), the trade association for the world’s airlines, endorsed an intercarrier agreement revising the “grossly inadequate” liability limits installed by the *Warsaw Convention* and adopting a two-tier fault system of strict and then presumed liability (*IATA Intercarrier Agreement on Passenger Liability*, preamble; Dempsey and Milde, at p. 417). The signatory carriers to the *IATA Intercarrier Agreement* resolved “[t]o take action to waive the limitation of liability on recoverable compensatory damages in Article 22 paragraph 1 of the Warsaw Convention as to claims for death, wounding, or other bodily injury of a passenger . . . so that recoverable compensatory damages may be determined and awarded by reference to the law of the domicile of the passenger” (Article 1; see Dempsey, at pp. 332-34; Dempsey and Milde, at pp. 32-35 and 417).

[158] Having been “upstaged” by industry initiatives to address the low ceilings on carrier liability, States began to work towards updating the *Warsaw Convention* (Dempsey, at p. 336; Dempsey and Milde, at pp. 36-38). Through the International Civil Aviation Organization, the *Montreal Convention* came into being in 1999, adopting the two-tier liability schemes for passenger injury or death outlined in the Japanese Initiative of 1992 and the *IATA Intercarrier Agreement* of 1995, as well as an initial limit on recovery of around US\$150,000 (Dempsey and Milde, at pp. 40-41).

[159] The *Montreal Convention* thereby sought to replace the patchwork system that had attempted

jusqu’à concurrence d’une limite initiale supérieure à celle établie dans la *Convention de Varsovie*, et d’un [TRADUCTION] « régime fondé sur la faute avec inversion du fardeau de la preuve » qui s’appliquerait par la suite, sans limites (l’Initiative japonaise) (Dempsey et Milde, p. 32). En 1995, l’Association du transport aérien international (IATA), l’association commerciale des transporteurs aériens du monde, a entériné un accord entre transporteurs qui revoyait les limites de responsabilité [TRADUCTION] « tout à fait inadéquates » établies par la *Convention de Varsovie* et a adopté un régime à deux volets, fondé sur la faute, de responsabilité stricte, puis de responsabilité présumée (*Accord entre transporteurs aériens relatif à la responsabilité envers les passagers* de l’IATA, préambule; Dempsey et Milde, p. 417). Les transporteurs signataires de l’*Accord entre transporteurs de l’IATA* ont décidé [TRADUCTION] « [d]’agir afin de renoncer à la limite de responsabilité à l’égard des dommages-intérêts compensatoires recouvrables prévue au paragraphe 22(1) de la Convention de Varsovie relativement aux recours en cas de mort, de blessure ou de toute autre lésion corporelle subie par un passager [. . .] pour que les dommages-intérêts compensatoires recouvrables puissent être fixés et accordés en fonction du droit du domicile du passager » (article 1; voir Dempsey, p. 332-334; Dempsey et Milde, p. 32-35 et 417).

[158] Ayant été « pris de court » par les initiatives de l’industrie en vue de s’attaquer aux plafonds peu élevés de responsabilité des transporteurs, les États ont entrepris de mettre à jour la *Convention de Varsovie* (Dempsey, p. 336; Dempsey et Milde, p. 36-38). C’est par la voie de l’Organisation de l’aviation civile internationale que la *Convention de Montréal* a vu le jour en 1999, adoptant les régimes de responsabilité à deux volets en cas de lésion ou de décès d’un passager énoncés dans l’Initiative japonaise de 1992 et dans l’*Accord entre transporteurs de l’IATA* conclu en 1995, ainsi qu’une limite initiale d’indemnité d’environ 150 000 \$US (Dempsey et Milde, p. 40-41).

[159] La *Convention de Montréal* se voulait ainsi une solution de rechange au régime à la pièce qui

to expand the limits on liability set by the *Warsaw Convention* in 1929. The drafters of the *Montreal Convention* continued to maintain a uniform liability scheme, as had the *Warsaw Convention*, but while the primary goal of the *Warsaw Convention* had been to limit the liability of carriers in order to foster the growth of the nascent commercial aviation industry, the state parties to the *Montreal Convention* were more focused on the importance of “ensuring protection of the interests of consumers in international carriage by air and the need for equitable compensation based on the principle of restitution” (*Montreal Convention*, preamble; *Ehrlich v. American Airlines, Inc.*, 360 F.3d 366 (2d Cir. 2004), at p. 371 (fn. 4)).

[160] As this history shows, interpreting the change in language from Article 24 of the *Warsaw Convention* to Article 29 of the *Montreal Convention* in a way that narrows protection for consumers and expands it for carriers, is both counter-intuitive and historically anomalous. At no time was there ever any suggestion that the new *Convention* was designed to *reduce* the ability of passengers to sue carriers.

[161] There is, in fact, no evidence that state parties intended to replace the subject-specific scope of exclusivity established in Article 24 of the *Warsaw Convention* with a *universal* rule of exclusivity in Article 29 of the *Montreal Convention*. What little evidence there is of the preparatory work preceding the adoption of the *Montreal Convention* suggests the opposite. As Dempsey and Milde point out, “[a] study of the history of drafting in the convoluted procedure rather indicates that there was no creative courage to innovate with new concepts” (p. 42).

[162] I also find the absence of any reference in the Parliamentary record to the changes in language between Article 24 of the *Warsaw Convention* and Article 29 of the *Montreal Convention* revealing.

visait à augmenter les limites de responsabilité établies par la *Convention de Varsovie* de 1929. Les rédacteurs de la *Convention de Montréal* ont maintenu un régime de responsabilité uniforme, semblable à celui de la *Convention de Varsovie*, mais alors que la *Convention de Varsovie* avait pour principal objectif de limiter la responsabilité des transporteurs afin de favoriser la croissance de l’industrie naissante de l’aviation civile, les États parties à la *Convention de Montréal* se souciaient davantage de l’importance d’« assurer la protection des intérêts des consommateurs dans le transport aérien international et [de] la nécessité d’une indemnisation équitable fondée sur le principe de réparation » (*Convention de Montréal*, préambule; *Ehrlich c. American Airlines, Inc.*, 360 F.3d 366 (2d Cir. 2004), p. 371 (note en bas de page 4)).

[160] Comme le montrent ces faits, il est à la fois paradoxal et anormal d’un point de vue historique de donner au changement de formulation entre l’article 24 de la *Convention de Varsovie* et l’article 29 de la *Convention de Montréal* une interprétation qui a pour effet de réduire la protection accordée aux consommateurs et d’accroître celle accordée aux transporteurs. Personne n’a prétendu à quelque moment que ce soit que la nouvelle *Convention* visait à *réduire* la faculté des passagers de poursuivre les transporteurs.

[161] En fait, rien ne prouve que les États parties entendaient remplacer la portée exclusive, limitée à certains objets, de l’article 24 de la *Convention de Varsovie* par une règle *universelle* d’exclusivité à l’article 29 de la *Convention de Montréal*. Le peu de preuve dont on dispose à l’égard des travaux préparatoires qui ont précédé l’adoption de la *Convention de Montréal* tend à établir le contraire. Comme le soulignent MM. Dempsey et Milde, [TRADUCTION] « [un] examen de l’historique de la rédaction dans ce processus alambiqué indique plutôt que les rédacteurs n’ont pas eu l’ambition créative d’innover par de nouveaux concepts » (p. 42).

[162] Qui plus est, l’absence, dans les procès-verbaux des travaux parlementaires, de toute mention des changements de formulation entre l’article 24 de la *Convention de Varsovie* et l’article 29 de

The sponsors of the *Convention's* implementing bill never mentioned Article 24 or Article 29 in the House of Commons or the Senate (speech of André Harvey (Parliamentary Secretary to the Minister of Transport), opening second reading in Parliament of Bill S-33, *An Act to amend the Carriage by Air Act*, *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., November 20, 2001, at p. 7346; see also speech of the Hon. Ross Fitzpatrick, moving the second reading in the Senate of Bill S-33, *Debates of the Senate*, vol. 139, 1st Sess., 37th Parl., October 2, 2001, at p. 1346). Nor did any of the witnesses who gave evidence before the House of Commons and Senate committees that reviewed the implementation of the *Convention* into federal law (transcript of statement of Mr. Vayzel Lee (Policy Advisor, Domestic Air Policy, Department of Transport) to the House of Commons Standing Committee on Transport and Government Operations, Meeting No. 40 — Evidence, November 29, 2001 (online); *Proceedings of the Standing Senate Committee on Transport and Communications*, Issue No. 15 — Evidence, October 31, 2001 (online)).

[163] Given the suggestion that the wording in Article 29 of the *Montreal Convention* changes the focus from Article 24 of the *Warsaw Convention* by expanding protection for air carriers to *all* actions for damages, this silence is, to say the least, surprising. Dramatic changes in law tend to attract dramatic reactions. This purported change attracted none. The most logical explanation for the silence, therefore, is that there was no change in law. In fact, it is hard to imagine such a drastic domestic intrusion without either express language or Parliamentary disclosure. The silence about such consequences suggests that no such consequence was either contemplated or intended.

[164] Finally, it is worth noting that Article 3(4) of the *Montreal Convention* also confirms a narrow

la *Convention de Montréal* me paraît révélatrice. Les parrains du projet de loi de mise en œuvre de la *Convention* n'ont jamais mentionné l'article 24 ou l'article 29 à la Chambre des communes ou au Sénat (discours de M. André Harvey (secrétaire parlementaire du ministre des Transports), ouvrant la deuxième lecture au Parlement du projet de loi S-33, *Loi modifiant la Loi sur le transport aérien*, *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 20 novembre 2001, p. 7346; voir aussi le discours de l'hon. Ross Fitzpatrick, proposant la deuxième lecture au Sénat du projet de loi S-33, *Débats du Sénat*, vol. 139, 1^{re} sess., 37^e lég., 2 octobre 2001, p. 1346). Il en est de même des témoins ayant comparu devant les comités de la Chambre des communes ou du Sénat qui ont examiné la mise en œuvre de la *Convention* en droit fédéral (transcription de la déclaration de M. Vayzel Lee (conseiller en politiques, Politiques du transport aérien intérieur, ministère des Transports) au Comité permanent des Transports et des opérations gouvernementales de la Chambre des communes, réunion n° 40 — Témoignages, 29 novembre 2001 (en ligne); *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Transports et des communications*, fascicule n° 15 — Témoignages, 31 octobre 2001 (en ligne)).

[163] Si, comme on le prétend, le libellé de l'article 29 de la *Convention de Montréal* représente un changement par rapport au champ d'application de l'article 24 de la *Convention de Varsovie* en étendant la protection accordée aux transporteurs aériens à *toutes* les actions en dommages-intérêts, ce silence est pour le moins surprenant. Les changements radicaux du droit tendent à susciter des réactions radicales. Or, ce changement, si changement il y a, n'en a suscité aucune. Par conséquent, l'explication la plus plausible du silence est qu'il n'y a eu aucun changement du droit. En fait, il est difficile d'imaginer qu'une intrusion aussi draconienne dans le droit national puisse se faire sans texte explicite ou communication du Parlement. Le silence à l'égard de telles conséquences tend à indiquer que celles-ci n'étaient ni envisagées ni souhaitées.

[164] Enfin, il convient de noter que le paragraphe 3(4) de la *Convention de Montréal* confirme

interpretation of the scope of claims governed by the Treaty. It states:

ARTICLE 3 — PASSENGERS AND BAGGAGE

4. The passenger shall be given written notice to the effect that where this Convention is applicable it governs and may limit the liability of carriers in respect of death or injury and for destruction or loss of, or damage to, baggage, and for delay.

This sets out what information passengers are entitled to know about the range of liability limitations covered by the *Convention*, namely, “death or injury and for destruction or loss of, or damage to, baggage, and for delay”. Article 29 must, it seems to me, be read harmoniously with this provision. Concluding instead that Article 29 expands this list to include *all* claims for damages arising in the course of international carriage by air, suggests that the intention of the *Convention* was to give passengers notice only about some aspects of a carrier’s limited liability, without warning them that all other actions are simply barred. This, it seems to me, contradicts the consumer protection purpose of the *Convention* by inferring that the state parties’ intention was to mislead passengers by providing notice to them about only some, but not all, of the limits on a carrier’s liability.

[165] All Article 29 does, therefore, is direct that the *Montreal Convention* exclusively governs only those actions brought for damages incurred “[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo”, which in turn means those actions covered by Articles 17, 18 and 19.

[166] The Thibodeaus, on the other hand, seek damages for violations of a statute that reifies constitutionally protected rights. This Court has held that those laws “which seek to protect individuals from discrimination acquire a quasi-constitutional status, which gives them preeminence over ordinary legislation” (*Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, at p. 1154, *per* L’Heureux-Dubé J., dissenting; *Winnipeg School Division No. 1*

lui aussi une interprétation étroite de l’étendue des demandes régies par le Traité. Cette disposition est rédigée ainsi :

ARTICLE 3 — PASSAGERS ET BAGAGES

4. Il sera donné au passager un avis écrit indiquant que, lorsque la présente convention s’applique, elle régit la responsabilité des transporteurs en cas de mort ou de lésion ainsi qu’en cas de destruction, de perte ou d’avarie des bagages, ou de retard.

Cette disposition énonce les renseignements que les passagers ont le droit de connaître au sujet de l’ensemble des limites de responsabilité visées par la *Convention*, à savoir « en cas de mort ou de lésion ainsi qu’en cas de destruction, de perte ou d’avarie des bagages, ou de retard ». L’article 29 doit, il me semble, être lu en harmonie avec cette disposition. Conclure plutôt que l’article 29 ajoute à cette liste *toutes* les réclamations pour préjudice subi pendant le transport aérien international laisse entendre que la *Convention* vise à n’informer les passagers que de certains aspects de la responsabilité limitée du transporteur, sans les prévenir que toute autre action est purement et simplement irrecevable. À mon sens, cela contredit l’objectif de protection du consommateur visé par la *Convention* en postulant que les États parties entendaient induire les passagers en erreur en leur donnant avis de certaines limites de la responsabilité du transporteur, mais non pas de toutes ces limites.

[165] Par conséquent, tout ce que fait l’article 29, c’est de prescrire que la *Convention de Montréal* ne régit à titre exclusif que les actions intentées au titre du préjudice subi « [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises », c’est-à-dire les actions visées par les articles 17, 18 et 19.

[166] Or, les Thibodeau réclament des dommages-intérêts pour les violations d’une loi qui concrétise des droits protégés par la Constitution. Notre Cour a jugé que les lois « visant à protéger les personnes contre toute discrimination acquièrent un statut quasi constitutionnel, qui leur donne préséance sur les lois ordinaires » (*Dickason c. Université de l’Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, p. 1154, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente; *Winnipeg*

v. *Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150, at p. 156). As stated in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, at para. 23, quoting *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373 (C.A.), at p. 386, the *Official Languages Act* has a special status because “[i]t reflects both the Constitution of the country and the social and political compromise out of which it arose.” The *Official Languages Act* is therefore synergistically aligned with the language protections in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[167] Why does this matter? Because it helps broker the interpretive outcome. In my view, Article 29 of the *Montreal Convention* should be interpreted in a way that is respectful of the protections given to fundamental rights, including language rights, in domestic legislation.

[168] And this goes to the object and purpose of the *Convention*. There is no evidence in the Parliamentary record or the legislative history of the *Convention* to suggest that Canada, as a state party, intended to extinguish domestic language rights protection by ratifying or implementing the *Montreal Convention*. Given the significance of the rights protected by the *Official Languages Act* and their constitutional and historic antecedents, the *Montreal Convention* ought to be interpreted in a way that respects Canada’s express commitment to these fundamental rights, rather than as reflecting an intention to subvert them.

[169] I am aware of the jurisprudential division about the scope of the Treaty. Some courts, as in *Walker v. Eastern Air Lines, Inc.*, 785 F.Supp. 1168 (S.D.N.Y. 1992), and *Beaudet v. British Airways, PLC*, 853 F.Supp. 1062 (N.D. Ill. 1994), have assumed limits on the range of actions covered. Others, as in *Sidhu v. British Airways Plc.*, [1997] A.C. 430 (H.L.), *Tseng, King v. American Airlines, Inc.*, 284 F.3d 352 (2d Cir. 2002), *In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation*, [2005]

School Division No. 1 c. Craton, [1985] 2 R.C.S. 150, p. 156). Comme l’a précisé la Cour dans *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 23, citant *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.), p. 386, la *Loi sur les langues officielles* jouit d’un statut privilégié parce qu’« [e]lle reflète à la fois la Constitution du pays et le compromis social et politique dont il est issu ». La *Loi sur les langues officielles* s’accorde donc de façon synergétique avec les garanties linguistiques de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[167] Pourquoi cela importe-t-il? Parce que cela nous aide à déterminer l’issue de l’interprétation. À mon avis, l’article 29 de la *Convention de Montréal* doit être interprété dans le respect des protections accordées aux droits fondamentaux, y compris les droits linguistiques, dans la législation nationale.

[168] Et cette conclusion vaut pour l’objet et le but de la *Convention*. On ne trouve dans les procès-verbaux des débats parlementaires ou dans l’historique législatif de la *Convention* aucun élément de preuve qui laisse entendre que le Canada, en tant qu’État partie, entendait mettre fin à la protection des droits linguistiques au pays en ratifiant ou en mettant en œuvre la *Convention de Montréal*. Compte tenu de l’importance des droits protégés par la *Loi sur les langues officielles* et de leurs antécédents constitutionnels et historiques, il convient de donner à la *Convention de Montréal* une interprétation qui respecte l’engagement explicite du Canada à l’égard de ces droits fondamentaux, plutôt qu’une interprétation qui témoignerait de l’intention d’y porter atteinte.

[169] Je suis consciente du débat jurisprudentiel entourant la portée du Traité. Certains tribunaux, comme dans *Walker c. Eastern Air Lines, Inc.*, 785 F.Supp. 1168 (S.D.N.Y. 1992), et dans *Beaudet c. British Airways, PLC*, 853 F.Supp. 1062 (N.D. Ill. 1994), ont présumé que l’étendue des actions visées était limitée. D’autres, comme dans *Sidhu c. British Airways Plc.*, [1997] A.C. 430 (H.L.), *Tseng, King c. American Airlines, Inc.*, 284 F.3d 352 (2d Cir. 2002), *In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel*

UKHL 72, [2006] 1 A.C. 495, and *Stott v. Thomas Cook Tour Operators Ltd.*, [2014] UKSC 15, [2014] 2 W.L.R. 521, have attributed it significantly wider coverage. But it seems to me that it would be an aberrant rule of treaty interpretation, and one which is hard to see as being consistent with the “good faith” required by Article 31 of the *Vienna Convention*, to conclude that a treaty which is silent as to its effect on domestic legislation protecting fundamental, let alone constitutional rights, can be construed as silencing those rights.

[170] Finally, although it is not determinative, we cannot ignore the fact that we are dealing with a commercial treaty. This Court has often said that domestic law should be generously interpreted in alignment with international law and its human rights values. It has never said that international law should be interpreted in a way that diminishes human rights protected by domestic law.

[171] Just as Parliament is not presumed to legislate in breach of a treaty, it should not be presumed to implement treaties that extinguish fundamental rights protected by domestic legislation.

[172] The meaning of Article 29, considered in context and in light of the object and purpose of the *Montreal Convention*, therefore, points to a limited scope of exclusivity, and should be interpreted as directing that the *Montreal Convention* governs only those actions brought for damages incurred “[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo”, namely, actions covered by Articles 17, 18 and 19.

[173] The remaining question is whether the Thibodeaus’ action for damages falls within those Articles.

[174] Articles 17(2), (3) and (4), 18 and 19 contemplate damages sustained in respect of baggage, cargo and delay. The only substantive provision of

Group Litigation, [2005] UKHL 72, [2006] 1 A.C. 495, et *Stott c. Thomas Cook Tour Operators Ltd.*, [2014] UKSC 15, [2014] 2 W.L.R. 521, lui ont attribué un champ d’application sensiblement plus large. Toutefois, à mon avis, cela équivaldrait à appliquer une règle d’interprétation des traités aberrante et difficilement compatible avec la « bonne foi » exigée par l’article 31 de la *Convention de Vienne* que de conclure qu’un traité muet quant à son effet sur la législation nationale protégeant des droits fondamentaux, voire constitutionnels, puisse être interprété comme réduisant au silence ces droits.

[170] Enfin, bien que ce ne soit pas déterminant, nous ne pouvons pas négliger le fait que nous sommes en présence d’un traité commercial. Notre Cour a souvent affirmé que le droit national devait être interprété généreusement, en accord avec le droit international et ses valeurs en matière de droits de la personne. Elle n’a jamais dit que le droit international devait être interprété de façon à affaiblir les droits de la personne protégés par le droit national.

[171] Tout comme le Parlement n’est pas présumé légiférer en violation d’un traité, il ne saurait être présumé mettre en œuvre des traités qui éteignent des droits fondamentaux protégés par la législation nationale.

[172] Par conséquent, compte tenu du sens de l’article 29, considéré dans son contexte et à la lumière de l’objet et du but de la *Convention de Montréal*, cette disposition ne s’applique de manière exclusive qu’à certains recours et doit être interprétée comme prescrivant que la *Convention de Montréal* ne régit que les actions intentées pour un dommage subi « [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises », à savoir les actions visées par les articles 17, 18 et 19.

[173] Il reste à déterminer si l’action en dommages-intérêts intentée par les Thibodeau est visée par ces articles.

[174] Les paragraphes 17(2), (3) et (4) ainsi que les articles 18 et 19 portent sur les dommages subis à l’égard des bagages, des marchandises et

the *Convention*, therefore, that might relate to the Thibodeaus' action is Article 17(1), which states:

*ARTICLE 17 — DEATH AND INJURY OF PASSENGERS —
DAMAGE TO BAGGAGE*

1. The carrier is liable for damage sustained in case of death or bodily injury of a passenger upon condition only that the accident which caused the death or injury took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking.

[175] The majority concludes that the Thibodeaus' claim for damages relates to the circumstances contemplated by Article 17(1) because they suffered the breach of their language rights "aboard the aircraft" (para. 86). The language of Article 17(1) makes it clear that the provision does not apply to all events that take place on board an aircraft or in the course of the operations of embarking or disembarking. Rather, Article 17(1) imposes the requirements that (1) there must have been an accident, (2) which caused (3) death or bodily injury, (4) while the passenger was on board the aircraft or was in the course of embarking or disembarking (Dempsey and Milde, at p. 124; *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*, 499 U.S. 530 (1991), at pp. 535-36).

[176] There is no complaint of an accident. That, in my view, is dispositive since Article 17(1) talks of "death or bodily injury" caused by an accident. That makes the rest of the provision redundant in this case. The Thibodeaus have not suffered any bodily injury. The fact that the breaches of the Thibodeaus' language rights occurred "on board the aircraft" is irrelevant since those circumstances are only pertinent if there was an accident.

[177] Consequently, the *Montreal Convention* does not bar a damage award for breach of language rights during international carriage by air.

des retards. Par conséquent, la seule disposition de fond de la *Convention* susceptible de se rapporter à l'action des Thibodeau est le paragraphe 17(1), qui prévoit ce qui suit :

*ARTICLE 17 — MORT OU LÉSION SUBIE PAR LE PASSAGER —
DOMMAGE CAUSÉ AUX BAGAGES*

1. Le transporteur est responsable du préjudice survenu en cas de mort ou de lésion corporelle subie par un passager, par cela seul que l'accident qui a causé la mort ou la lésion s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement ou de débarquement.

[175] Les juges majoritaires concluent que la demande de dommages-intérêts des Thibodeau se rapporte à la situation visée par le paragraphe 17(1) parce que ces derniers ont subi la violation de leurs droits linguistiques « à bord de l'aéronef » (par. 86). Il ressort clairement du texte du paragraphe 17(1) que la disposition ne s'applique pas à tous les faits qui se produisent à bord d'un aéronef ou pendant les opérations d'embarquement ou de débarquement. Le paragraphe 17(1) établit plutôt les conditions suivantes : (1) il doit y avoir eu un accident (2) qui a causé (3) la mort ou une lésion corporelle (4) alors que le passager était à bord de l'aéronef, ou en train d'embarquer à bord de celui-ci ou d'en débarquer (Dempsey et Milde, p. 124; *Eastern Airlines, Inc. c. Floyd*, 499 U.S. 530 (1991), p. 535-536).

[176] Personne n'a signalé d'accident. À mon avis, ce fait est déterminant puisqu'il est question, au paragraphe 17(1), de « mort ou de lésion corporelle » causée par un accident. Le reste de la disposition est donc redondant en l'espèce. Les Thibodeau n'ont pas subi de lésion corporelle. Le fait que la violation de leurs droits linguistiques soit survenue « à bord de l'aéronef » est sans importance parce que ces circonstances ne sont pertinentes que s'il y a eu accident.

[177] En conséquence, la *Convention de Montréal* ne fait pas obstacle à l'octroi de dommages-intérêts pour violation des droits linguistiques pendant le transport aérien international.

[178] Accordingly, while I am not persuaded that a structural order was justified in the circumstances, I would allow the appeals with respect to the damages claims and restore the damages awarded by the Application Judge.

APPENDIX

Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, signed at Warsaw, October 12, 1929, as set out at Schedule I of the *Carriage by Air Act*, R.S.C. 1985, c. C-26

[Note: The paragraphs of the Convention shown in italics were deleted and replaced (except in the case of paragraph (2) of Article 20) by the Protocol set out in Schedule III, *infra*.]

. . .

ARTICLE 17

The carrier is liable for damage sustained in the event of the death or wounding of a passenger or any other bodily injury suffered by a passenger, if the accident which caused the damage so sustained took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking.

ARTICLE 18

(1) The carrier is liable for damage sustained in the event of the destruction or loss of, or of damage to, any registered baggage or any cargo, if the occurrence which caused the damage so sustained took place during the carriage by air.

(2) The carriage by air within the meaning of the preceding paragraph comprises the period during which the baggage or cargo is in charge of the carrier, whether in an aerodrome or on board an aircraft, or, in the case of a landing outside an aerodrome, in any place whatsoever.

(3) The period of the carriage by air does not extend to any carriage by land, by sea or by river performed outside an aerodrome. If, however, such a carriage takes place in the performance of a contract for carriage by air, for the purpose of loading, delivery or transshipment, any

[178] Par conséquent, même si je ne suis pas convaincue qu'une ordonnance structurelle était justifiée dans les circonstances, je suis d'avis d'accueillir les pourvois relativement aux demandes de dommages-intérêts et de rétablir les dommages-intérêts accordés par la juge saisie de la demande.

ANNEXE

Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée à Varsovie, le 12 octobre 1929, reproduite à l'annexe I de la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. 1985, ch. C-26

[Note : Les dispositions de la convention imprimées en italiques ont été supprimées et remplacées par les dispositions du protocole reproduit à l'annexe III, sauf dans le cas de l'alinéa (2) de l'article 20.]

. . .

ARTICLE 17

Le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de mort, de blessure ou de toute autre lésion corporelle subie par un voyageur lorsque l'accident qui a causé le dommage s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement et de débarquement.

ARTICLE 18

(1) Le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de destruction, perte ou avarie de bagages enregistrés ou de marchandises lorsque l'événement qui a causé le dommage s'est produit pendant le transport aérien.

(2) Le transport aérien, au sens de l'alinéa précédent, comprend la période pendant laquelle les bagages ou marchandises se trouvent sous la garde du transporteur, que ce soit dans un aéroport ou à bord d'un aéronef ou dans un lieu quelconque en cas d'atterrissage en dehors d'un aéroport.

(3) La période du transport aérien ne couvre aucun transport terrestre, maritime ou fluvial effectué en dehors d'un aéroport. Toutefois lorsqu'un tel transport est effectué dans l'exécution du contrat de transport aérien en vue du chargement, de la livraison ou du transbordement,

damage is presumed, subject to proof to the contrary, to have been the result of an event which took place during the carriage by air.

ARTICLE 19

The carrier is liable for damage occasioned by delay in the carriage by air of passengers, baggage or cargo.

ARTICLE 20

(1) The carrier is not liable if he proves that he and his agents have taken all necessary measures to avoid the damage or that it was impossible for him or them to take such measures.

(2) *In the carriage of cargo and baggage the carrier is not liable if he proves that the damage was occasioned by negligent pilotage or negligence in the handling of the aircraft or in navigation and that, in all other respects, he and his agents have taken all necessary measures to avoid the damage.*

ARTICLE 22

(1) *In the carriage of passengers the liability of the carrier for each passenger is limited to the sum of 125,000 francs. Where, in accordance with the law of the Court seized of the case, damages may be awarded in the form of periodical payments, the equivalent capital value of the said payments shall not exceed 125,000 francs. Nevertheless, by special contract, the carrier and the passenger may agree to a higher limit of liability.*

(2) *In the carriage of registered baggage and of cargo, the liability of the carrier is limited to a sum of 250 francs per kilogram, unless the consignor has made, at the time when the package was handed over to the carrier, a special declaration of the value at delivery and has paid a supplementary sum if the case so requires. In that case the carrier will be liable to pay a sum not exceeding the declared sum, unless he proves that that sum is greater than the actual value to the consignor at delivery.*

(3) *As regards objects of which the passenger takes charge himself the liability of the carrier is limited to 5,000 francs per passenger.*

(4) *The sums mentioned above shall be deemed to refer to the French franc consisting of 65 ½ milligrams gold of millesimal fineness 900. These sums may be converted into any national currency in round figures.*

tout dommage est présumé, sauf preuve contraire, résulter d'un événement survenu pendant le transport aérien.

ARTICLE 19

Le transporteur est responsable du dommage résultant d'un retard dans le transport aérien de voyageurs, bagages ou marchandises.

ARTICLE 20

(1) Le transporteur n'est pas responsable s'il prouve que lui et ses préposés ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou qu'il leur était impossible de les prendre.

(2) *Dans les transports de marchandises et de bagages, le transporteur n'est pas responsable, s'il prouve que le dommage provient d'une faute de pilotage, de conduite de l'aéronef ou de navigation, et que, à tous autres égards, lui et ses préposés ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage.*

ARTICLE 22

(1) *Dans le transport des personnes, la responsabilité du transporteur envers chaque voyageur est limitée à la somme de cent vingt-cinq mille francs. Dans le cas où, d'après la loi du tribunal saisi, l'indemnité peut être fixée sous forme de rente, le capital de la rente ne peut dépasser cette limite. Toutefois par une convention spéciale avec le transporteur, le voyageur pourra fixer une limite de responsabilité plus élevée.*

(2) *Dans le transport de bagages enregistrés et de marchandises, la responsabilité du transporteur est limitée à la somme de deux cent cinquante francs par kilogramme, sauf déclaration spéciale d'intérêt à la livraison faite par l'expéditeur au moment de la remise du colis au transporteur et moyennant le paiement d'une taxe supplémentaire éventuelle. Dans ce cas, le transporteur sera tenu de payer jusqu'à concurrence de la somme déclarée, à moins qu'il ne prouve qu'elle est supérieure à l'intérêt réel de l'expéditeur à la livraison.*

(3) *En ce qui concerne les objets dont le voyageur conserve la garde, la responsabilité du transporteur est limitée à cinq mille francs par voyageur.*

(4) *Les sommes indiquées ci-dessus sont considérées comme se rapportant au franc français constitué par soixante-cinq et demi milligrammes d'or au titre de neuf cents millièmes de fin. Elles pourront être converties dans chaque monnaie nationale en chiffres ronds.*

ARTICLE 23

Any provision tending to relieve the carrier of liability or to fix a lower limit than that which is laid down in this Convention shall be null and void, but the nullity of any such provision does not involve the nullity of the whole contract, which shall remain subject to the provisions of this Convention.

[Note: This provision was renumbered as paragraph (1) and another provision added as paragraph (2) by Article XII of the Protocol set out in Schedule III, *infra*.]

ARTICLE 24

(1) In the cases covered by Articles 18 and 19 any action for damages, however founded, can only be brought subject to the conditions and limits set out in this Convention.

(2) In the cases covered by Article 17 the provisions of the preceding paragraph also apply, without prejudice to the questions as to who are persons who have the right to bring suit and what are their respective rights.

ARTICLE 25

(1) *The carrier shall not be entitled to avail himself of the provisions of this Convention which exclude or limit his liability, if the damage is caused by his wilful misconduct or by such default on his part as, in accordance with the law of the Court seized of the case, is considered to be equivalent to wilful misconduct.*

(2) *Similarly the carrier shall not be entitled to avail himself of the said provisions, if the damage is caused as aforesaid by any agent of the carrier acting within the scope of his employment.*

[Note: A new article numbered as Article 25A was added by Article XIV of the Protocol set out in Schedule III, *infra*.]

Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, signed at Montréal, as set out at Schedule VI of the *Carriage by Air Act*, R.S.C. 1985, c. C-26

ARTICLE 17 — DEATH AND INJURY TO PASSENGERS —
DAMAGE TO BAGGAGE

1. The carrier is liable for damage sustained in case of death or bodily injury of a passenger upon condition only

ARTICLE 23

Toute clause tendant à exonérer le transporteur de sa responsabilité ou à établir une limite inférieure à celle qui est fixée dans la présente Convention est nulle et de nul effet, mais la nullité de cette clause n'entraîne pas la nullité du contrat qui reste soumis aux dispositions de la présente Convention.

[Note : La disposition précédente est devenue l'alinéa (1) de l'article 23, auquel on a ajouté un alinéa (2), selon l'article XII du protocole reproduit à l'annexe III.]

ARTICLE 24

(1) Dans les cas prévus aux articles 18 et 19 toute action en responsabilité, à quelque titre que ce soit, ne peut être exercée que dans les conditions et limites prévues par la présente Convention.

(2) Dans les cas prévus à l'article 17, s'appliquent également les dispositions de l'alinéa précédent, sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d'agir et de leurs droits respectifs.

ARTICLE 25

(1) *Le transporteur n'aura pas le droit de se prévaloir des dispositions de la présente Convention qui excluent ou limitent sa responsabilité, si le dommage provient de son dol ou d'une faute qui, d'après la loi du tribunal saisi, est considérée comme équivalente au dol.*

(2) *Ce droit lui sera également refusé si le dommage a été causé dans les mêmes conditions par un de ses préposés agissant dans l'exercice de ses fonctions.*

[Note : Un nouvel article, l'article 25A, a été ajouté par l'article XIV du protocole reproduit à l'annexe III.]

Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée à Montréal, reproduite dans l'annexe VI de la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. 1985, ch. C-26

ARTICLE 17 — MORT OU LÉSION SUBIE PAR LE PASSAGER —
DOMMAGE CAUSÉ AUX BAGAGES

1. Le transporteur est responsable du préjudice survenu en cas de mort ou de lésion corporelle subie par

that the accident which caused the death or injury took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking.

2. The carrier is liable for damage sustained in case of destruction or loss of, or of damage to, checked baggage upon condition only that the event which caused the destruction, loss or damage took place on board the aircraft or during any period within which the checked baggage was in the charge of the carrier. However, the carrier is not liable if and to the extent that the damage resulted from the inherent defect, quality or vice of the baggage. In the case of unchecked baggage, including personal items, the carrier is liable if the damage resulted from its fault or that of its servants or agents.

3. If the carrier admits the loss of the checked baggage, or if the checked baggage has not arrived at the expiration of twenty-one days after the date on which it ought to have arrived, the passenger is entitled to enforce against the carrier the rights which flow from the contract of carriage.

4. Unless otherwise specified, in this Convention the term “baggage” means both checked baggage and unchecked baggage.

ARTICLE 18 — DAMAGE TO CARGO

1. The carrier is liable for damage sustained in the event of the destruction or loss of, or damage to, cargo upon condition only that the event which caused the damage so sustained took place during the carriage by air.

2. However, the carrier is not liable if and to the extent it proves that the destruction, or loss of, or damage to, the cargo resulted from one or more of the following:

- (a) inherent defect, quality or vice of that cargo;
- (b) defective packing of that cargo performed by a person other than the carrier or its servants or agents;
- (c) an act of war or an armed conflict;
- (d) an act of public authority carried out in connection with the entry, exit or transit of the cargo.

un passager, par cela seul que l'accident qui a causé la mort ou la lésion s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement ou de débarquement.

2. Le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de destruction, perte ou avarie de bagages enregistrés, par cela seul que le fait qui a causé la destruction, la perte ou l'avarie s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toute période durant laquelle le transporteur avait la garde des bagages enregistrés. Toutefois, le transporteur n'est pas responsable si et dans la mesure où le dommage résulte de la nature ou du vice propre des bagages. Dans le cas des bagages non enregistrés, notamment des effets personnels, le transporteur est responsable si le dommage résulte de sa faute ou de celle de ses préposés ou mandataires.

3. Le transporteur admet la perte des bagages enregistrés ou si les bagages enregistrés ne sont pas arrivés à destination dans les vingt et un jours qui suivent la date à laquelle ils auraient dû arriver, le passager est autorisé à faire valoir contre le transporteur les droits qui découlent du contrat de transport.

4. Sous réserve de dispositions contraires, dans la présente convention le terme « bagages » désigne les bagages enregistrés aussi bien que les bagages non enregistrés.

ARTICLE 18 — DOMMAGE CAUSÉ À LA MARCHANDISE

1. Le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de destruction, perte ou avarie de la marchandise par cela seul que le fait qui a causé le dommage s'est produit pendant le transport aérien.

2. Toutefois, le transporteur n'est pas responsable s'il établit, et dans la mesure où il établit, que la destruction, la perte ou l'avarie de la marchandise résulte de l'un ou de plusieurs des faits suivants :

- a) la nature ou le vice propre de la marchandise;
- b) l'emballage défectueux de la marchandise par une personne autre que le transporteur ou ses préposés ou mandataires;
- c) un fait de guerre ou un conflit armé;
- d) un acte de l'autorité publique accompli en relation avec l'entrée, la sortie ou le transit de la marchandise.

3. The carriage by air within the meaning of paragraph 1 of this Article comprises the period during which the cargo is in the charge of the carrier.

4. The period of the carriage by air does not extend to any carriage by land, by sea or by inland waterway performed outside an airport. If, however, such carriage takes place in the performance of a contract for carriage by air, for the purpose of loading, delivery or transshipment, any damage is presumed, subject to proof to the contrary, to have been the result of an event which took place during the carriage by air. If a carrier, without the consent of the consignor, substitutes carriage by another mode of transport for the whole or part of a carriage intended by the agreement between the parties to be carriage by air, such carriage by another mode of transport is deemed to be within the period of carriage by air.

ARTICLE 19 — DELAY

The carrier is liable for damage occasioned by delay in the carriage by air of passengers, baggage or cargo. Nevertheless, the carrier shall not be liable for damage occasioned by delay if it proves that it and its servants and agents took all measures that could reasonably be required to avoid the damage or that it was impossible for it or them to take such measures.

ARTICLE 21 — COMPENSATION IN CASE OF DEATH OR INJURY OF PASSENGERS

1. For damages arising under paragraph 1 of Article 17 not exceeding 100 000 Special Drawing Rights for each passenger, the carrier shall not be able to exclude or limit its liability.

2. The carrier shall not be liable for damages arising under paragraph 1 of Article 17 to the extent that they exceed for each passenger 100 000 Special Drawing Rights if the carrier proves that:

(a) such damage was not due to the negligence or other wrongful act or omission of the carrier or its servants or agents; or

(b) such damage was solely due to the negligence or other wrongful act or omission of a third party.

3. Le transport aérien, au sens du paragraphe 1 du présent article, comprend la période pendant laquelle la marchandise se trouve sous la garde du transporteur.

4. La période du transport aérien ne couvre aucun transport terrestre, maritime ou par voie d'eau intérieure effectué en dehors d'un aéroport. Toutefois, lorsqu'un tel transport est effectué dans l'exécution du contrat de transport aérien en vue du chargement, de la livraison ou du transbordement, tout dommage est présumé, sauf preuve du contraire, résulter d'un fait survenu pendant le transport aérien. Si, sans le consentement de l'expéditeur, le transporteur remplace en totalité ou en partie le transport convenu dans l'entente conclue entre les parties comme étant le transport par voie aérienne, par un autre mode de transport, ce transport par un autre mode sera considéré comme faisant partie de la période du transport aérien.

ARTICLE 19 — RETARD

Le transporteur est responsable du dommage résultant d'un retard dans le transport aérien de passagers, de bagages ou de marchandises. Cependant, le transporteur n'est pas responsable du dommage causé par un retard s'il prouve que lui, ses préposés et mandataires ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement s'imposer pour éviter le dommage, ou qu'il leur était impossible de les prendre.

ARTICLE 21 — INDEMNISATION EN CAS DE MORT OU DE LÉSION SUBIE PAR LE PASSAGER

1. Pour les dommages visés au paragraphe 1 de l'article 17 et ne dépassant pas 100 000 droits de tirage spéciaux par passager, le transporteur ne peut exclure ou limiter sa responsabilité.

2. Le transporteur n'est pas responsable des dommages visés au paragraphe 1 de l'article 17 dans la mesure où ils dépassent 100 000 droits de tirage spéciaux par passager, s'il prouve :

a) que le dommage n'est pas dû à la négligence ou à un autre acte ou omission préjudiciable du transporteur, de ses préposés ou de ses mandataires, ou

b) que ces dommages résultent uniquement de la négligence ou d'un autre acte ou omission préjudiciable d'un tiers.

*ARTICLE 22 — LIMITS OF LIABILITY IN RELATION TO DELAY,
BAGGAGE AND CARGO*

1. In the case of damage caused by delay as specified in Article 19 in the carriage of persons, the liability of the carrier for each passenger is limited to 4 150 Special Drawing Rights.

2. In the carriage of baggage, the liability of the carrier in the case of destruction, loss, damage or delay is limited to 1 000 Special Drawing Rights for each passenger unless the passenger has made, at the time when the checked baggage was handed over to the carrier, a special declaration of interest in delivery at destination and has paid a supplementary sum if the case so requires. In that case the carrier will be liable to pay a sum not exceeding the declared sum, unless it proves that the sum is greater than the passenger's actual interest in delivery at destination.

3. In the carriage of cargo, the liability of the carrier in the case of destruction, loss, damage or delay is limited to a sum of 17 Special Drawing Rights per kilogramme, unless the consignor has made, at the time when the package was handed over to the carrier, a special declaration of interest in delivery at destination and has paid a supplementary sum if the case so requires. In that case the carrier will be liable to pay a sum not exceeding the declared sum, unless it proves that the sum is greater than the consignor's actual interest in delivery at destination.

4. In the case of destruction, loss, damage or delay of part of the cargo, or of any object contained therein, the weight to be taken into consideration in determining the amount to which the carrier's liability is limited shall be only the total weight of the package or packages concerned. Nevertheless, when the destruction, loss, damage or delay of a part of the cargo, or of an object contained therein, affects the value of other packages covered by the same air waybill, or the same receipt or, if they were not issued, by the same record preserved by the other means referred to in paragraph 2 of Article 4, the total weight of such package or packages shall also be taken into consideration in determining the limit of liability.

5. The foregoing provisions of paragraphs 1 and 2 of this Article shall not apply if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier, its servants or agents, done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result;

*ARTICLE 22 — LIMITES DE RESPONSABILITÉ RELATIVES AUX
RETARDS, AUX BAGAGES ET AUX MARCHANDISES*

1. En cas de dommage subi par des passagers résultant d'un retard, aux termes de l'article 19, la responsabilité du transporteur est limitée à la somme de 4 150 droits de tirage spéciaux par passager.

2. Dans le transport de bagages, la responsabilité du transporteur en cas de destruction, perte, avarie ou retard est limitée à la somme de 1 000 droits de tirage spéciaux par passager, sauf déclaration spéciale d'intérêt à la livraison faite par le passager au moment de la remise des bagages enregistrés au transporteur et moyennant le paiement éventuel d'une somme supplémentaire. Dans ce cas, le transporteur sera tenu de payer jusqu'à concurrence de la somme déclarée, à moins qu'il prouve qu'elle est supérieure à l'intérêt réel du passager à la livraison.

3. Dans le transport de marchandises, la responsabilité du transporteur, en cas de destruction, de perte, d'avarie ou de retard, est limitée à la somme de 17 droits de tirage spéciaux par kilogramme, sauf déclaration spéciale d'intérêt à la livraison faite par l'expéditeur au moment de la remise du colis au transporteur et moyennant le paiement d'une somme supplémentaire éventuelle. Dans ce cas, le transporteur sera tenu de payer jusqu'à concurrence de la somme déclarée, à moins qu'il prouve qu'elle est supérieure à l'intérêt réel de l'expéditeur à la livraison.

4. En cas de destruction, de perte, d'avarie ou de retard d'une partie des marchandises, ou de tout objet qui y est contenu, seul le poids total du ou des colis dont il s'agit est pris en considération pour déterminer la limite de responsabilité du transporteur. Toutefois, lorsque la destruction, la perte, l'avarie ou le retard d'une partie des marchandises, ou d'un objet qui y est contenu, affecte la valeur d'autres colis couverts par la même lettre de transport aérien ou par le même récépissé ou, en l'absence de ces documents, par les mêmes indications consignées par les autres moyens visés à l'article 4, paragraphe 2, le poids total de ces colis doit être pris en considération pour déterminer la limite de responsabilité.

5. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article ne s'appliquent pas s'il est prouvé que le dommage résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur, de ses préposés ou de ses mandataires, fait soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit

provided that, in the case of such act or omission of a servant or agent, it is also proved that such servant or agent was acting within the scope of its employment.

6. The limits prescribed in Article 21 and in this Article shall not prevent the court from awarding, in accordance with its own law, in addition, the whole or part of the court costs and of the other expenses of the litigation incurred by the plaintiff, including interest. The foregoing provision shall not apply if the amount of the damages awarded, excluding court costs and other expenses of the litigation, does not exceed the sum which the carrier has offered in writing to the plaintiff within a period of six months from the date of the occurrence causing the damage, or before the commencement of the action, if that is later.

ARTICLE 26 — INVALIDITY OF CONTRACTUAL PROVISIONS

Any provision tending to relieve the carrier of liability or to fix a lower limit than that which is laid down in this Convention shall be null and void, but the nullity of any such provision does not involve the nullity of the whole contract, which shall remain subject to the provisions of this Convention.

ARTICLE 29 — BASIS OF CLAIMS

In the carriage of passengers, baggage and cargo, any action for damages, however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise, can only be brought subject to the conditions and such limits of liability as are set out in this Convention without prejudice to the question as to who are the persons who have the right to bring suit and what are their respective rights. In any such action, punitive, exemplary or any other non-compensatory damages shall not be recoverable.

ARTICLE 49 — MANDATORY APPLICATION

Any clause contained in the contract of carriage and all special agreements entered into before the damage occurred by which the parties purport to infringe the rules laid down by this Convention, whether by deciding the law to be applied, or by altering the rules as to jurisdiction, shall be null and void.

témérement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement, pour autant que, dans le cas d'un acte ou d'une omission de préposés ou de mandataires, la preuve soit également apportée que ceux-ci ont agi dans l'exercice de leurs fonctions.

6. Les limites fixées par l'article 21 et par le présent article n'ont pas pour effet d'enlever au tribunal la faculté d'allouer en outre, conformément à sa loi, une somme correspondant à tout ou partie des dépens et autres frais de procès exposés par le demandeur, intérêts compris. La disposition précédente ne s'applique pas lorsque le montant de l'indemnité allouée, non compris les dépens et autres frais de procès, ne dépasse pas la somme que le transporteur a offerte par écrit au demandeur dans un délai de six mois à dater du fait qui a causé le dommage ou avant l'introduction de l'instance si celle-ci est postérieure à ce délai.

ARTICLE 26 — NULLITÉ DES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES

Toute clause tendant à exonérer le transporteur de sa responsabilité ou à établir une limite inférieure à celle qui est fixée dans la présente convention est nulle et de nul effet, mais la nullité de cette clause n'entraîne pas la nullité du contrat qui reste soumis aux dispositions de la présente convention.

ARTICLE 29 — PRINCIPE DES RECOURS

Dans le transport de passagers, de bagages et de marchandises, toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit, en vertu de la présente convention, en raison d'un contrat ou d'un acte illicite ou pour toute autre cause, ne peut être exercée que dans les conditions et limites de responsabilité prévues par la présente convention, sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d'agir et de leurs droits respectifs. Dans toute action de ce genre, on ne pourra pas obtenir de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ni de dommages à un titre autre que la réparation.

ARTICLE 49 — OBLIGATION D'APPLICATION

Sont nulles et de nul effet toutes clauses du contrat de transport et toutes conventions particulières antérieures au dommage par lesquelles les parties dérogeaient aux règles de la présente convention soit par une détermination de la loi applicable, soit par une modification des règles de compétence.

Carriage by Air Act, R.S.C. 1985, c. C-26

2. (1) Subject to this section, the provisions of the Convention set out in Schedule I and of the Convention set out in Schedule V, in so far as they relate to the rights and liabilities of carriers, carriers' servants and agents, passengers, consignors, consignees and other persons, have the force of law in Canada in relation to any carriage by air to which the provisions apply, irrespective of the nationality of the aircraft performing that carriage.

(2) Subject to this section, the provisions of the Convention set out in Schedule I, as amended by the Protocol set out in Schedule III or by the Protocols set out in Schedules III and IV, in so far as they relate to the rights and liabilities of carriers, carriers' servants and agents, passengers, consignors, consignees and other persons, have the force of law in Canada in relation to any carriage by air to which the provisions apply, irrespective of the nationality of the aircraft performing that carriage.

(2.1) Subject to this section, the provisions of the Convention set out in Schedule VI, in so far as they relate to the rights and liabilities of carriers, carriers' servants and agents, passengers, consignors, consignees and other persons, have the force of law in Canada in relation to any carriage by air to which the provisions apply, irrespective of the nationality of the aircraft performing that carriage.

(3) The Governor in Council may from time to time, by proclamation published in the *Canada Gazette*, certify who are the parties to any convention or protocol set out in a schedule to this Act, in respect of what territories they are respectively parties, to what extent they have availed themselves of the Additional Protocol to the Convention set out in Schedule I, which of those parties have made a declaration under the Protocol set out in Schedule III or IV and which of those parties have made a declaration under the Convention set out in Schedule VI.

(4) Any reference in Schedule I to the territory of any party shall be construed as a reference to the territories subject to its sovereignty, suzerainty, mandate or authority, in respect of which it is a party.

(5) Any liability imposed by Article 17 of Schedule I or Article 17 of Schedule VI on a carrier in respect of the death of a passenger shall be in substitution for any liability of the carrier in respect of the death of that passenger under any law in force in Canada, and the

Loi sur le transport aérien, L.R.C. 1985, ch. C-26

2. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les dispositions de la convention figurant à l'annexe I et celles de la convention figurant à l'annexe V, dans la mesure où elles se rapportent aux droits et responsabilités des personnes concernées par le transport aérien — notamment les transporteurs et leurs préposés, les voyageurs, les consignateurs et les consignataires —, ont force de loi au Canada relativement au transport aérien visé par ces dispositions, indépendamment de la nationalité de l'aéronef en cause.

(2) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les dispositions de la convention figurant à l'annexe I, modifiée soit par le protocole figurant à l'annexe III, soit par les protocoles figurant aux annexes III et IV, dans la mesure où elles se rapportent aux droits et responsabilités des personnes concernées par le transport aérien, ont force de loi au Canada relativement au transport aérien visé par ces dispositions, indépendamment de la nationalité de l'aéronef en cause.

(2.1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les dispositions de la convention figurant à l'annexe VI, dans la mesure où elles se rapportent aux droits et responsabilités des personnes concernées par le transport aérien — notamment les transporteurs et leurs préposés, les voyageurs, les consignateurs et les consignataires —, ont force de loi au Canada relativement au transport aérien visé par ces dispositions, indépendamment de la nationalité de l'aéronef en cause.

(3) Le gouverneur en conseil peut, par proclamation publiée dans la *Gazette du Canada*, attester l'identité des parties à une convention ou un protocole figurant en annexe de la présente loi, les territoires à l'égard desquels elles sont respectivement parties, la mesure dans laquelle elles se sont prévaluées des dispositions du protocole additionnel de la convention figurant à l'annexe I, ainsi que l'identité des parties qui ont fait une déclaration en vertu du protocole figurant aux annexes III ou IV ou en vertu de la convention figurant à l'annexe VI.

(4) Toute mention, à l'annexe I, du territoire d'une partie vaut mention des territoires sur lesquels elle exerce sa souveraineté, sa suzeraineté, son mandat ou son autorité et au nom desquels elle est partie.

(5) L'article 17 de l'annexe I et l'article 17 de l'annexe VI, qui fixent la responsabilité d'un transporteur en cas de décès d'un passager, se substituent aux règles de droit pertinentes en vigueur au Canada. Les dispositions énoncées à l'annexe II sont exécutoires en ce qui

provisions set out in Schedule II shall have effect with respect to the persons by whom and for whose benefit the liability so imposed is enforceable and with respect to the manner in which it may be enforced.

(6) Any sum in francs mentioned in Article 22 of Schedule I shall, for the purposes of any action against a carrier, be converted into Canadian dollars at the rate of exchange prevailing on the date on which the amount of any damage to be paid by the carrier is ascertained by a court.

(7) For the purposes of subsection (6), the Canadian dollar equivalents of francs or Special Drawing Rights, as defined in Article 22 of the Convention set out in Schedule I, are determined by

(a) converting francs into Special Drawing Rights at the rate of one Special Drawing Right for 15.075 francs; and

(b) converting Special Drawing Rights into Canadian dollars at the rate established by the International Monetary Fund.

Air Canada Public Participation Act, R.S.C. 1985, c. 35 (4th Supp.)

10. (1) The *Official Languages Act* applies to the Corporation [Air Canada].

(2) Subject to subsection (5), if air services, including incidental services, are provided or made available by a subsidiary of the Corporation, the Corporation has the duty to ensure that any of the subsidiary's customers can communicate with the subsidiary in respect of those services, and obtain those services from the subsidiary, in either official language in any case where those services, if provided by the Corporation, would be required under Part IV of the *Official Languages Act* to be provided in either official language.

Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.)

2. The purpose of this Act is to

(a) ensure respect for English and French as the official languages of Canada and ensure equality of status and equal rights and privileges as to their use in all federal institutions, in particular with respect to

concerne tant les personnes par qui et pour le compte desquelles réparation peut être obtenue au titre de la responsabilité ainsi imposée que les modalités de mise en œuvre de celle-ci.

(6) Les sommes mentionnées en francs à l'article 22 de l'annexe I sont, aux fins des actions intentées contre les transporteurs, converties en dollars canadiens au taux de change en vigueur le jour où le tribunal fixe le montant des dommages-intérêts à payer par le transporteur.

(7) Pour l'application du paragraphe (6), l'équivalent, en dollars canadiens, des sommes exprimées en droits de tirage spéciaux ou en francs, aux termes de l'article 22 de la convention figurant à l'annexe I, est déterminé de la manière suivante :

a) pour la conversion des francs en droits de tirage spéciaux, le taux de change est de 15,075 francs par droit de tirage spécial;

b) pour la conversion des droits de tirage spéciaux en dollars canadiens, le taux de change sera celui établi par le Fonds monétaire international.

Loi sur la participation publique au capital d'Air Canada, L.R.C. 1985, ch. 35 (4^e suppl.)

10. (1) La *Loi sur les langues officielles* s'applique à la Société [Air Canada].

(2) Sous réserve du paragraphe (5), la Société est tenue de veiller à ce que les services aériens, y compris les services connexes, offerts par ses filiales à leurs clients le soient, et à ce que ces clients puissent communiquer avec celles-ci relativement à ces services, dans l'une ou l'autre des langues officielles dans le cas où, offrant elle-même les services, elle serait tenue, au titre de la partie IV de la *Loi sur les langues officielles*, à une telle obligation.

Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.)

2. La présente loi a pour objet :

a) d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans les institutions fédérales, notamment en ce

their use in parliamentary proceedings, in legislative and other instruments, in the administration of justice, in communicating with or providing services to the public and in carrying out the work of federal institutions;

(b) support the development of English and French linguistic minority communities and generally advance the equality of status and use of the English and French languages within Canadian society; and

(c) set out the powers, duties and functions of federal institutions with respect to the official languages of Canada.

22. Every federal institution has the duty to ensure that any member of the public can communicate with and obtain available services from its head or central office in either official language, and has the same duty with respect to any of its other offices or facilities

(a) within the National Capital Region; or

(b) in Canada or elsewhere, where there is significant demand for communications with and services from that office or facility in that language.

76. In this Part, “Court” means the Federal Court.

77. (1) Any person who has made a complaint to the Commissioner in respect of a right or duty under sections 4 to 7, sections 10 to 13 or Part IV, V or VII, or in respect of section 91, may apply to the Court for a remedy under this Part.

(4) Where, in proceedings under subsection (1), the Court concludes that a federal institution has failed to comply with this Act, the Court may grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances.

78. (1) The Commissioner may

(a) within the time limits prescribed by paragraph 77(2)(a) or (b), apply to the Court for a remedy under this Part in relation to a complaint investigated by the Commissioner if the Commissioner has the consent of the complainant;

qui touche les débats et travaux du Parlement, les actes législatifs et autres, l’administration de la justice, les communications avec le public et la prestation des services, ainsi que la mise en œuvre des objectifs de ces institutions;

b) d’appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et, d’une façon générale, de favoriser, au sein de la société canadienne, la progression vers l’égalité de statut et d’usage du français et de l’anglais;

c) de préciser les pouvoirs et les obligations des institutions fédérales en matière de langues officielles.

22. Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leur siège ou leur administration centrale, et en recevoir les services, dans l’une ou l’autre des langues officielles. Cette obligation vaut également pour leurs bureaux — auxquels sont assimilés, pour l’application de la présente partie, tous autres lieux où ces institutions offrent des services — situés soit dans la région de la capitale nationale, soit là où, au Canada comme à l’étranger, l’emploi de cette langue fait l’objet d’une demande importante.

76. Le tribunal visé à la présente partie est la Cour fédérale.

77. (1) Quiconque a saisi le commissaire d’une plainte visant une obligation ou un droit prévus aux articles 4 à 7 et 10 à 13 ou aux parties IV, V, ou VII, ou fondée sur l’article 91, peut former un recours devant le tribunal sous le régime de la présente partie.

(4) Le tribunal peut, s’il estime qu’une institution fédérale ne s’est pas conformée à la présente loi, accorder la réparation qu’il estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

78. (1) Le commissaire peut selon le cas :

a) exercer lui-même le recours, dans les soixante jours qui suivent la communication au plaignant des conclusions de l’enquête ou des recommandations visées au paragraphe 64(2) ou dans le délai supérieur accordé au titre du paragraphe 77(2), si le plaignant y consent;

(b) appear before the Court on behalf of any person who has applied under section 77 for a remedy under this Part; or

(c) with leave of the Court, appear as a party to any proceedings under this Part.

(2) Where the Commissioner makes an application under paragraph (1)(a), the complainant may appear as a party to any proceedings resulting from the application.

(3) Nothing in this section abrogates or derogates from the capacity of the Commissioner to seek leave to intervene in any adjudicative proceedings relating to the status or use of English or French.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

16. (1) English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada.

(2) English and French are the official languages of New Brunswick and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the legislature and government of New Brunswick.

(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37

ARTICLE 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

b) comparaître devant le tribunal pour le compte de l'auteur d'un recours;

c) comparaître, avec l'autorisation du tribunal, comme partie à une instance engagée sur le fondement de la présente partie.

(2) Dans le cas prévu à l'alinéa (1)a), le plaignant peut comparaître comme partie à l'instance.

(3) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte au pouvoir du commissaire de demander l'autorisation d'intervenir dans toute instance judiciaire relative au statut ou à l'usage du français ou de l'anglais.

Charte canadienne des droits et libertés

16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

(2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

(3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37

ARTICLE 31

Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

- (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
- (b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account together with the context:

- (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
- (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
- (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Appeals dismissed, ABELLA and WAGNER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants Michel and Lynda Thibodeau: CazaSaikaley, Ottawa.

Solicitor for the appellant the Commissioner of Official Languages of Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Air Canada, Dorval; Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

- a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;
- b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

- a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
- b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
- c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Pourvois rejetés, les juges ABELLA et WAGNER sont dissidents.

Procureurs des appelants Michel et Lynda Thibodeau : CazaSaikaley, Ottawa.

Procureur de l'appelant le Commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Air Canada, Dorval; Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Luis Alberto Hernandez Febles *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and

Amnesty International, United Nations High Commissioner for Refugees, Canadian Association of Refugee Lawyers, Canadian Council for Refugees and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: FEBLES v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

2014 SCC 68

File No.: 35215.

2014: March 25; 2014: October 30.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Immigration law — Convention refugees — Exclusion based on commission of serious crime prior to admission to country of refuge — Cuban national seeking refugee protection in Canada — Immigration and Refugee Board rejecting claim for refugee protection on grounds that claimant committed serious crimes prior to admission to Canada — Whether consideration of grounds for exclusion should include matters or events after commission of crime, such as whether claimant is fugitive from justice or unmeritorious or dangerous at the time of the application for refugee protection — Whether claimant who has committed serious crime in the past may nevertheless qualify for refugee protection because he or she has served sentence or because of redeeming conduct in the interim — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 98 — United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, art. 1F(b).

Luis Alberto Hernandez Febles *Appellant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration *Intimé*

et

Amnistie internationale, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : FEBLES c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

2014 CSC 68

N° du greffe : 35215.

2014 : 25 mars; 2014 : 30 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit de l'immigration — Réfugiés au sens de la Convention — Exclusion fondée sur la commission d'un crime grave avant l'admission dans le pays d'accueil — Cubain demandant l'asile au Canada — Rejet de la demande d'asile par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié au motif que le demandeur avait commis des crimes graves avant son admission au Canada — Dans l'examen des motifs d'exclusion, faut-il prendre en compte des faits ou événements postérieurs au crime, notamment si le demandeur est un criminel fugitif, s'il est indigne de l'asile ou s'il est dangereux au moment de la présentation de sa demande d'asile? — Un demandeur qui a commis des crimes graves peut-il quand même obtenir l'asile parce qu'il a purgé sa peine ou qu'il s'est racheté depuis? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 98 — Convention relative au Statut des Réfugiés des Nations Unies, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 1Fb).

Febles was admitted to the United States as a refugee from Cuba. While living in the United States, he was convicted and served time in prison for two assaults with a deadly weapon — in the first case he struck a roommate on the head with a hammer, and in the second, he threatened to kill a roommate's girlfriend at knifepoint. The U.S. revoked his refugee status and issued a removal warrant. Febles subsequently fled to Canada and sought Canadian refugee protection.

Refugee protection claims in Canada are governed by the *Immigration and Refugee Protection Act* (“IRPA”). Section 98 of the IRPA excludes from refugee protection in Canada all persons referred to in Article 1F(b) of the United Nations *Convention Relating to the Status of Refugees* (“Refugee Convention”). Article 1F(b) of the *Refugee Convention* excludes from refugee protection all persons who have committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to admission to that country as a refugee. Refugee protection claims in Canada are adjudicated by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (“Board”). In deciding Febles' refugee protection claim, the Board concluded that Febles was among the persons referred to by Article 1F(b) of the *Refugee Convention*, and therefore ineligible for refugee protection in Canada pursuant to s. 98 of the IRPA. Both the Federal Court and the Federal Court of Appeal dismissed Febles' application for judicial review.

Held (Abella and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Moldaver and Wagner JJ.: Section 98 of the IRPA excludes from refugee protection in Canada all persons “referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention”. Article 1F(b) of the *Refugee Convention* refers to “any person with respect to whom there are serious reasons for considering that . . . he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee”. The primary issue in this case is how to interpret the meaning of Article 1F(b) of the *Refugee Convention*.

Interpretation of an international treaty is governed by the *Vienna Convention on the Law of Treaties* (“Vienna Convention”). Pursuant to Article 31(1) of the *Vienna Convention*, interpretation of a treaty should be approached by considering: (1) the “ordinary meaning” of its terms; (2) the context; and (3) the object and purpose of the treaty.

Febles a été admis aux États-Unis en qualité de réfugié en provenance de Cuba. Alors qu'il vivait aux États-Unis, il a été reconnu coupable et incarcéré relativement à deux infractions d'agression avec une arme meurtrière — dans le premier cas, il a frappé un colocataire à la tête avec un marteau, et dans le second cas, il a menacé de tuer l'amie d'un colocataire à la pointe du couteau. Sa qualité de réfugié a été révoquée aux États-Unis et une mesure de renvoi le visant a été prise. Febles a fui au Canada où il a demandé l'asile.

Au Canada, les demandes d'asile sont régies par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (« LIPR »). L'article 98 de la LIPR exclut de l'asile au Canada toutes les personnes visées à l'article 1Fb) de la *Convention relative au Statut des Réfugiés* des Nations Unies (« *Convention relative aux réfugiés* »). L'article 1Fb) de cette *Convention* exclut de la protection offerte aux réfugiés toutes les personnes qui ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés. Au Canada, c'est la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (« Commission ») qui tranche les demandes d'asile. Dans sa décision au sujet de la demande d'asile de Febles, la Commission a conclu que ce dernier était visé par l'article 1Fb) de la *Convention relative aux réfugiés* et qu'il ne pouvait obtenir l'asile au Canada aux termes de l'art. 98 de la LIPR. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par Febles.

Arrêt (les juges Abella et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Rothstein, Moldaver et Wagner : L'article 98 de la LIPR exclut du régime de protection des réfugiés au Canada toute personne « visée aux sections E ou F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ». L'article 1Fb) de la *Convention relative aux réfugiés* fait mention des « personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser [. . .] qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés ». L'interprétation de l'article 1Fb) de la *Convention relative aux réfugiés* constitue la principale question à trancher en l'espèce.

L'interprétation d'un traité international est régie par la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (« *Convention de Vienne* »). Aux termes de l'article 31(1) de la *Convention de Vienne*, il faut aborder l'interprétation d'un traité en examinant : (1) le « sens ordinaire » de ses termes, (2) le contexte, et (3) l'objet et le but du

Article 32 of the *Vienna Convention* further specifies that, aside from confirming an interpretation resulting from the application of Article 31, recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, only if application of Article 31 leaves the meaning ambiguous or obscure, or leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

The ordinary meaning of Article 1F(b)'s terms "has committed a serious . . . crime" refers only to the crime at the time it was committed and not to anything subsequent to the commission of the crime. There is nothing in the text of the provision suggesting that Article 1F(b) only applies to fugitives, or that factors such as current lack of dangerousness or post-crime expiation or rehabilitation are to be considered or balanced against the seriousness of the crime.

The context around Article 1F(b) supports this interpretation. The immediate context of Article 1F(b) is Article 1F as a whole. There is nothing in the wording of Articles 1F(a) and 1F(c) to support the view that the exclusion from refugee protection under Article 1F(b) is confined to fugitives. Nor does Article 33(2) of the *Refugee Convention* support the view that Article 1F(b) is confined to fugitives. The reason Article 33(2) applies only to particularly serious crimes, and has the additional requirement that "danger to the community" be demonstrated, is because it authorizes removal of a person whose need for protection has been recognized.

Likewise, the object and purposes of the *Refugee Convention* do not support the contention that Article 1F(b) is confined to fugitives. The *Refugee Convention* has twin purposes: it aims to strike a balance between helping victims of oppression by allowing them to start new lives in other countries, while also protecting the interests of receiving countries, which they did not renounce simply by negotiating specific provisions to aid victims of oppression. The *Refugee Convention* is not itself an abstract principle, but an agreement among sovereign states in certain specified terms, negotiated by them in consideration of the entirety of their interests. Accordingly, exclusion clauses should not be enlarged in a manner inconsistent with the *Refugee Convention's* broad humanitarian aims, but neither should overly narrow interpretations be adopted which ignore the contracting states' need to control who enters their territory. Ultimately, the purpose of an exclusion clause is to exclude, and broad purposes do not

traité. L'article 32 de la *Convention de Vienne* ajoute que l'on peut avoir recours à des moyens complémentaires d'interprétation, notamment les travaux préparatoires au traité et les circonstances dans lesquelles il a été conclu, en vue de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, mais seulement si l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Le sens ordinaire des termes employés à l'article 1F(b) « ont commis un crime grave » renvoie uniquement au crime au moment où il a été commis et non à des faits subséquents à la commission de ce crime. Le texte de cette disposition n'indique aucunement qu'elle s'applique uniquement aux criminels fugitifs, ou que des facteurs tels l'absence de dangerosité actuelle de la personne ou le fait que celle-ci ait purgé sa peine et se soit réadaptée postérieurement au crime doivent être examinés ou soupesés au regard de la gravité du crime.

Le contexte de l'article 1F(b) appuie cette interprétation. Le texte intégral de la section 1F constitue le contexte immédiat de l'article 1F(b). Rien dans le libellé des articles 1F(a) et 1F(c) ne permet d'affirmer que seuls les criminels fugitifs sont exclus de l'asile par l'effet de l'article 1F(b). L'article 33(2) de la *Convention relative aux réfugiés* ne permet pas non plus d'affirmer que l'article 1F(b) vise uniquement les criminels fugitifs. Cet article autorise le renvoi des personnes dont le besoin de protection est reconnu; c'est pourquoi il s'applique uniquement dans les cas de crimes particulièrement graves et exige en outre la preuve d'une « menace pour la communauté ».

De même, l'objet et les buts de la *Convention relative aux réfugiés* n'appuient pas la thèse voulant que l'article 1F(b) s'applique uniquement aux criminels fugitifs. Le but de cette *Convention* est double : elle vise à établir un juste équilibre entre l'aide qui permettra aux victimes d'oppression d'entreprendre une nouvelle vie dans un autre pays et la protection des intérêts des pays d'accueil, des intérêts auxquels ils n'ont pas renoncé simplement en négociant certaines dispositions pour venir en aide aux victimes d'oppression. La *Convention relative aux réfugiés* n'est pas elle-même un principe abstrait mais une entente rédigée en termes précis que certains États souverains ont négociée en tenant compte de l'intégralité de leurs intérêts. En conséquence, il ne faut pas élargir la portée des dispositions d'exclusion d'une manière qui serait incompatible avec les vastes objectifs humanitaires de la *Convention relative aux réfugiés*, mais il ne faut pas non plus adopter une interprétation trop

invite interpretations of exclusion clauses unsupported by the text. Article 1F(b) is not directed solely at fugitives and neither is it directed solely at some subset of serious criminals who are undeserving at the time of the refugee application. Rather, in excluding all claimants who have committed serious non-political crimes, Article 1F(b) expresses the contracting states' agreement that such persons by definition would be undeserving of refugee protection by reason of their serious criminality.

Excluding people who have committed serious crimes may support a number of subsidiary rationales — it may prevent people fleeing from justice; it may prevent dangerous and particularly undeserving people from entering the host country. It may help preserve the integrity and legitimacy and ultimate viability of the refugee protection system. It may deter states from exporting criminals as refugees. It may allow states to reduce danger to their society from serious criminality cases as a class, given the difficult task and potential for error when attempting to determine the ongoing dangerousness of criminals from abroad on whom they may often have limited reliable information. Whatever rationales for Article 1F(b) may or may not exist, its purpose is clear in excluding persons from protection who previously committed serious crimes abroad.

With respect to the *Travaux préparatoires*, the *Vienna Convention* conditions for their use in interpretation are not present in this case. The meaning of Article 1F(b) is clear, and admits of no ambiguity, obscurity or absurd or unreasonable result. Therefore, the *Travaux préparatoires* should not be considered. Further, even if they were considered, the *Travaux préparatoires* do not support the contention that Article 1F(b) is confined to fugitives.

A review of the jurisprudence demonstrates the difficulty of confining Article 1F(b) to a narrow category of people, like fugitives from justice, and confirms that it applies, as its words suggest, to anyone who has ever committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee. The dominant tide of the jurisprudence also

étroite qui ne tient pas compte du besoin des États contractants de contrôler l'entrée des personnes sur leur territoire. En fin de compte, l'objectif d'une clause d'exclusion est justement d'exclure, et les vastes objectifs du traité n'appellent pas une interprétation des clauses d'exclusion qui ne s'appuie pas sur le texte du traité. L'article 1F(b) ne vise pas uniquement les criminels fugitifs; il ne vise pas non plus uniquement un sous-groupe de grands criminels qui sont indignes de l'asile au moment où ils en font la demande. Au contraire, en excluant tous les demandeurs qui ont commis un crime grave de droit commun, l'article 1F(b) exprime l'accord des États contractants selon lequel ces personnes, par définition, seront indignes de l'asile en raison de leur grande criminalité.

L'exclusion des personnes qui ont commis un crime grave peut appuyer un certain nombre de raisons d'être subsidiaires — empêcher les personnes de se dérober à la justice, et empêcher les personnes dangereuses et particulièrement indignes d'entrer dans le pays d'accueil. Cela peut contribuer à préserver l'intégrité, la légitimité et, en définitive, la viabilité du système de protection des réfugiés. Cela peut dissuader les États d'exporter des criminels en tant que réfugiés. Cela peut permettre aux États de réduire le danger pour leur société qui ressort de l'ensemble des cas de grande criminalité, compte tenu de la tâche difficile qui consiste à déterminer, souvent au moyen de renseignements fiables limités, si les criminels provenant de l'étranger sont ou non encore dangereux, et compte tenu du risque d'erreur que comporte un tel exercice. Quels que soient les raisonnements qui peuvent ou non exister à l'égard de l'article 1F(b), son objet est clair, soit d'exclure de l'asile toute personne qui a commis un crime grave à l'étranger.

Pour ce qui est des travaux préparatoires, les conditions que prévoit la *Convention de Vienne* pour qu'ils servent dans l'exercice d'interprétation ne se retrouvent pas en l'espèce. Le sens de l'article 1F(b) est clair et ne laisse aucune ambiguïté, obscurité ni aucun résultat absurde ou déraisonnable, et il n'y a donc pas lieu de les examiner. En outre, même à l'issue d'une analyse, les travaux préparatoires n'appuient pas la thèse voulant que l'article 1F(b) ne vise que les criminels fugitifs.

L'examen de la jurisprudence illustre la difficulté de restreindre l'application de l'article 1F(b) à une catégorie étroite de personnes, comme les criminels fugitifs, et confirme que cet article s'applique, comme le suggèrent ses termes, à toute personne qui a déjà commis en dehors du pays d'accueil un crime grave de droit commun avant son admission dans ce pays en tant que réfugié.

supports the conclusion that the seriousness of the crime is not to be balanced against factors extraneous to commission of the crime such as current dangerousness or post-crime rehabilitation or expiation.

In terms of what constitutes a “serious crime” under Article 1F(b), consideration of whether a maximum sentence of ten years or more could have been imposed had the crime been committed in Canada is a useful guideline. However, the ten-year rule should not be applied in a mechanistic, decontextualized, or unjust manner.

In the present case, Febles is covered under Article 1F(b) as a result of his commission of serious non-political crimes outside Canada prior to admission to Canada as a refugee. As a result, the Board was correct to conclude that he is ineligible for refugee protection in Canada pursuant to s. 98 of the *IRPA*. If his removal to Cuba would place him at risk of death, torture or cruel and unusual treatment or punishment, his recourse is to apply for a stay of removal under ss. 97, 112, 113(d)(i) and 114(1)(b) of the *IRPA*. If he wishes to challenge the revocation by U.S. authorities of the refugee status he was previously granted in the United States, he must do so in the justice system of the United States. The Canadian justice system is not to be invoked to determine the correctness or the constitutionality of decisions made by U.S. officials pursuant to U.S. laws.

Per Abella and Cromwell JJ. (dissenting): The claim for refugee status in this case depends on a determination of when the commission of a serious non-political crime outside the country of refuge will disqualify an individual from the protective scope of the *Refugee Convention*.

The consequences of exclusion are significant. If an individual becomes ineligible for the status of a “refugee” on the basis of one of the exclusionary grounds in Article 1F, the humanitarian protections provided in the *Refugee Convention* are denied altogether, including the protection from *refoulement* under Article 33. An excluded individual is consequently at risk of being returned to face persecution in his or her country of origin, barring the availability of any residual protection under domestic or international human rights law. In light of the human rights purposes of the *Refugee Convention*, and the dramatic consequences of exclusion from the status of a refugee, Article 1F requires a particularly cautious interpretation.

La tendance dominante de la jurisprudence permet également de conclure que la gravité du crime ne doit pas être mise en balance avec des facteurs extrinsèques à la commission du crime tels que la dangerosité actuelle ou la réadaptation ou l’expiation subséquentes au crime.

Quant à savoir en quoi consiste un « crime grave » aux termes de l’article 1F(b), le fait qu’une peine maximale d’au moins dix ans d’emprisonnement aurait pu être infligée si le crime avait été perpétré au Canada s’avère un guide utile. Toutefois, la règle des dix ans ne devrait pas être appliquée machinalement, sans tenir compte du contexte, ou de manière injuste.

En l’espèce, l’article 1F(b) s’applique à Febles parce qu’il a commis un crime grave de droit commun à l’extérieur du Canada avant d’y être admis comme réfugié. En conséquence, la Commission a eu raison de conclure qu’il ne peut obtenir l’asile au Canada en application de l’art. 98 de la *LIPR*. Si son renvoi à Cuba l’expose à la mort, à la torture ou à des traitements ou peines cruels ou inusités, son recours consiste en une demande de sursis à l’exécution du renvoi aux termes des art. 97, 112, 113(d)(i) et 114(1) de la *LIPR*. S’il souhaite contester la décision des autorités américaines de révoquer la qualité de réfugié qui lui était reconnue aux États-Unis, il doit s’adresser au système de justice américain. Il ne peut agir en justice au sein du système de justice canadien pour que soit déterminée la justesse ou la constitutionnalité des décisions prises par les responsables américains aux termes des lois américaines.

Les juges Abella et Cromwell (dissidents) : Pour statuer sur la demande d’asile en l’espèce, il faut déterminer les situations dans lesquelles la perpétration d’un crime grave de droit commun à l’extérieur du pays d’accueil privera une personne de la protection accordée par la *Convention relative aux réfugiés*.

L’exclusion entraîne des conséquences importantes. Si une personne devient inhabile à revendiquer le statut de « réfugié » en raison d’un des motifs d’exclusion prévus à la section 1F, la protection humanitaire qu’offre la *Convention relative aux réfugiés* lui est refusée complètement, y compris la protection contre le *refoulement* prévue à l’article 33. Une personne exclue risque donc d’être renvoyée dans son pays d’origine pour y être persécutée, la privant de toute protection résiduelle qu’offrent les règles de droit internes ou internationales relatives aux droits de la personne. Compte tenu des objets en rapport avec les droits de la personne de la *Convention relative aux réfugiés* et des conséquences dramatiques de l’exclusion de la protection qu’offre le statut de réfugié, la section 1F appelle une interprétation particulièrement prudente.

There is little doubt that the primary purpose of Article 1F(b) was to exclude those individuals who would abuse the status of a refugee by avoiding accountability through prosecution or punishment for a serious crime outside the country of refuge. There is considerable debate, however, as to the extent to which Article 1F(b) was also intended to fulfill the additional purpose of excluding individuals who, as a result of having committed and been prosecuted for serious non-political crimes in the past, are considered undeserving of refugee protection under the *Refugee Convention*. The human rights approach to interpretation mandated by the *Vienna Convention* suggests that except in the case of very serious crimes, an individual is not automatically disqualified from the humanitarian protection of the *Refugee Convention* and should be entitled to have any expiation or rehabilitation taken into account.

To be fully understood, the text of Article 1F(b) must be situated in its surrounding context and considered in light of its drafting history. Given the widely divergent interpretations of Article 1F(b) adopted by courts in other jurisdictions and the uncertainty created by the territorial limits described in Article 1F(b), recourse to the interpretive assistance of the preparatory work is helpful.

The *travaux préparatoires* provide some insight into why the signatories to the *Convention* adopted the text which is currently found in Article 1F(b). They illustrate that the discussions were only about refugee claimants who had committed a crime outside the country of refuge *but had not been convicted or served a sentence for that crime*. The origins of these discussions was to expand the scope of those who were entitled to refugee status. In this context, there was broad agreement among the representatives that only fugitives from *serious* non-political crimes be excluded from entitlement. The issue was never about those who had committed serious crimes *and* had already served their sentences outside the receiving country. The language adopted with the intent of expanding protection should not be used to narrow the category of those entitled to protection.

Courts in other jurisdictions have widely accepted that the original purpose of Article 1F(b) was to deny refugee status to fugitives, namely, those individuals who had avoided prosecution for serious non-political crimes committed abroad. This was based on the premise that

Il fait peu de doute que l'article 1Fb) avait pour objectif premier d'exclure les personnes qui abuseraient du statut de réfugié en évitant d'avoir à rendre des comptes sous forme de poursuites ou de peines pour un crime grave commis en dehors du pays d'accueil. Toutefois, une grande controverse concerne la mesure dans laquelle l'article 1Fb) vise également à satisfaire l'objectif supplémentaire d'exclure les personnes qui seraient indignes d'asile aux termes de la *Convention relative aux réfugiés* parce qu'elles ont par le passé commis des crimes graves de droit commun pour lesquels elles ont été poursuivies. L'approche en fonction des droits de la personne pour l'interprétation prescrite par la *Convention de Vienne* laisse croire que, sauf dans les cas de crimes très graves, une personne ne devrait pas être automatiquement privée de la protection humanitaire de la *Convention relative aux réfugiés*, et l'expiation ou la réadaptation, le cas échéant, devraient être prises en compte.

Pour bien comprendre le texte de l'article 1Fb), il faut le situer dans son contexte et l'examiner à la lumière de l'historique de sa rédaction. Compte tenu des interprétations fort diverses données à l'article 1Fb) par les tribunaux d'autres pays et l'incertitude que créent les limites territoriales décrites à l'article 1Fb), il est utile d'avoir recours aux travaux préparatoires pour interpréter cette disposition.

Les travaux préparatoires nous éclairent un peu sur la raison pour laquelle les signataires de la *Convention* ont adopté le texte que l'on trouve actuellement à l'article 1Fb). Ils indiquent que les discussions n'ont porté que sur les demandeurs d'asile qui avaient commis un crime en dehors du pays d'accueil, *mais qui n'avaient pas été déclarés coupables ou n'avaient pas purgé une peine pour ce crime*. Ces discussions portaient au départ sur l'opportunité d'élargir la catégorie de personnes qui avaient droit au statut de réfugié. Dans ce contexte, les représentants s'accordaient globalement pour dire que seuls les fugitifs ayant commis des crimes *graves* de droit commun devaient être exclus du régime de protection. Il n'a jamais été question des personnes qui avaient commis des crimes graves *et* qui avaient déjà purgé leurs peines en dehors du pays d'accueil. Le libellé retenu en vue d'élargir la portée de la protection ne devrait pas servir pour restreindre la catégorie de personnes qui ont droit à cette protection.

Dans d'autres pays, il est largement reconnu que l'article 1Fb) avait à l'origine pour objectif de refuser de reconnaître la qualité de réfugié aux fugitifs, soit les personnes qui s'étaient soustraites aux poursuites relatives à des crimes graves de droit commun commis à

enabling those individuals to obtain refugee status would compromise the integrity of the international system of refugee protection. All jurisdictions also appear to agree that there are other circumstances in which Article 1F(b) excludes individuals from the *Refugee Convention*, but there seems to be little agreement as to when those circumstances arise.

But recent international jurisprudence shows that it remains far from clear that the signatories to the *Refugee Convention* intended to exclude all individuals who were believed to have committed serious non-political crimes, without regard for whether they had been rehabilitated. This leaves it open to this Court to reach its own conclusion as to how to interpret the scope of 1F(b).

The requisite good faith interpretive approach mandates not divorcing the text of Article 1F(b) from its human rights purpose. This is particularly so given the clear concern reflected by the *travaux préparatoires* that the basis for exclusion under Article 1F(b) should be restrictively written so that it would not be “too easy” for states to deny the humanitarian protections guaranteed by the *Refugee Convention*. Moreover, there is little or no authority for the proposition that *everyone* who has committed a serious crime outside the country of refuge remains permanently undeserving of the *Refugee Convention*’s protection regardless of their supervening personal circumstances. Such a relentlessly exclusionary — and literal — approach would contradict both the “good faith” approach to interpretation required by the *Vienna Convention*, as well as the *Refugee Convention*’s human rights purpose.

Depending on the seriousness of the crime, if an individual is believed to have committed a serious non-political crime, the purpose of Article 1F(b) can be met where the individual’s circumstances reflect a sufficient degree of rehabilitation or expiation that the claimant ought not to be disqualified from the humanitarian protection of the *Refugee Convention*. The completion of a sentence, along with factors such as the passage of time since the commission of the offence, the age at which the crime was committed, and the individual’s rehabilitative conduct, will all be relevant. On the other hand, individuals who have committed such serious crimes that they must be considered undeserving of the status of

l’étranger. On se fondait sur la prémisse que le fait de permettre à ces personnes d’obtenir le statut de réfugié compromettrait l’intégrité du régime international de protection des réfugiés. Tous les tribunaux semblent aussi reconnaître l’existence d’autres circonstances dans lesquelles l’article 1Fb) exclut des personnes du régime de protection de la *Convention relative aux réfugiés*, mais il ne semble pas y avoir de consensus quant aux situations où ces circonstances se présentent.

La jurisprudence internationale récente montre qu’il est loin d’être évident que les signataires de la *Convention relative aux réfugiés* entendaient exclure toutes les personnes soupçonnées d’avoir commis des crimes graves de droit commun, sans égard à leur réadaptation éventuelle. Il est donc loisible à notre Cour de tirer sa propre conclusion quant à la manière d’interpréter la portée de l’article 1Fb).

Selon la méthode d’interprétation requise, qui fait appel à la bonne foi, il ne faut pas dissocier le texte de l’article 1Fb) de son objet axé sur les droits de la personne. Ceci est d’autant plus vrai si on prend en compte le souhait clair, exprimé dans les travaux préparatoires, que les critères d’exclusion aux termes de l’article 1Fb) soient rédigés de façon limitative pour que les pays ne puissent pas refuser « trop facilement » les protections humanitaires garanties par la *Convention relative aux réfugiés*. En outre, bien peu de sources, s’il en est, appuient la thèse voulant que *toute personne* qui a commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil demeure à jamais indigne de la protection qu’offre la *Convention relative aux réfugiés*, peu importe les changements qui peuvent subséquemment affecter sa situation personnelle. Une approche aussi obstinée exclusive — et littérale — serait contraire à la méthode d’interprétation « de bonne foi » que prescrit la *Convention de Vienne* ainsi qu’à l’objet axé sur les droits de la personne de la *Convention relative aux réfugiés*.

Selon la gravité du crime, si l’on croit qu’une personne a commis un crime grave de droit commun, l’objectif de l’article 1Fb) peut être satisfait lorsque la situation personnelle de l’intéressé témoigne d’un degré suffisamment élevé de réadaptation ou d’expiation, de sorte que le demandeur ne devrait pas être exclu du régime de protection de la *Convention relative aux réfugiés*. Le fait d’avoir purgé une peine ainsi que d’autres facteurs, comme l’écoulement du temps depuis la commission de l’infraction, l’âge de la personne lorsqu’elle a commis le crime et son comportement pendant la réadaptation, seront tous pertinents. Par ailleurs, seraient exclues les personnes qui ont commis des crimes d’une gravité telle

being a refugee would be excluded. This approach accords with the intention of the signatories to the *Refugee Convention* to protect the integrity and viability of the international system of protection for refugees by limiting the obligations of the contracting parties towards individuals who have committed very serious crimes.

The claimant in this case expressed remorse immediately after the commission of the offence and turned himself in to the police. He pleaded guilty and served his sentence for his criminal conduct. He also admitted that he was suffering from problems with alcohol at the time of the offence. While it is clear that the criminal conduct was serious, what has yet to be determined is whether the crime is so serious that the claimant's personal circumstances since serving his sentence in 1984 ought to be disregarded in considering whether he is entitled to refugee status. As a result, the appeal should be allowed and the matter returned to the Immigration and Refugee Board for redetermination.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; *Januzi v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 5, [2006] 2 A.C. 426; *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678; *R. (European Roma Rights Centre) v. Immigration Officer at Prague Airport*, [2004] UKHL 55, [2005] 2 A.C. 1; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *B (Area of Freedom, Security and Justice)* (2008), BVerwG 10 C 48.07, OVG 8 A 2632/06.A; *Bundesrepublik Deutschland v. B.*, [2010] EUECJ C-57/09; *T. v. Secretary of State for the Home Department*, [1996] 2 All E.R. 865; *AH (Algeria) v. Secretary of State for the Home Department*, [2013] UKUT 00382; *Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556; *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 88 F.C.R. 173; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh*, [2002] HCA 7, 209 C.L.R. 533; *Attorney-General (Minister of Immigration) v. Tamil X*, [2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721; *X v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, No. 27.479, May 18, 2009; *X v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, No. 69656, November 8, 2011; *Office français de protection des réfugiés et apatrides v. Hykaj*, No. 320910,

qu'elles doivent être considérées comme indignes du statut de réfugié. Cette approche est conforme à l'intention des signataires de la *Convention relative aux réfugiés* de protéger l'intégrité et la viabilité du régime international de protection des réfugiés en limitant les obligations des parties contractantes à l'égard des personnes qui ont commis des crimes très graves.

Le demandeur en l'espèce a exprimé du remords immédiatement après avoir commis le crime et il s'est livré à la police. Il a plaidé coupable et a purgé la peine infligée en conséquence de sa conduite criminelle. Il a également admis avoir eu un problème d'alcoolisme au moment de l'infraction. Certes, la conduite criminelle était grave, mais pour déterminer s'il y a lieu de lui accorder l'asile, il faut encore examiner si le crime est d'une gravité telle qu'il faille faire abstraction de la situation personnelle du demandeur depuis qu'il a purgé sa peine en 1984. En conséquence, il y aurait lieu d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour qu'elle rende une nouvelle décision.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Januzi c. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 5, [2006] 2 A.C. 426; *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678; *R. (European Roma Rights Centre) c. Immigration Officer at Prague Airport*, [2004] UKHL 55, [2005] 2 A.C. 1; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *B (Espace de liberté, de sécurité et de justice)* (2008), BVerwG 10 C 48.07, OVG 8 A 2632/06.A; *Bundesrepublik Deutschland c. B.*, [2010] EUECJ C-57/09; *T. c. Secretary of State for the Home Department*, [1996] 2 All E.R. 865; *AH (Algeria) c. Secretary of State for the Home Department*, [2013] UKUT 00382; *Dhayakpa c. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556; *Ovcharuk c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 88 F.C.R. 173; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Singh*, [2002] HCA 7, 209 C.L.R. 533; *Attorney-General (Minister of Immigration) c. Tamil X*, [2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721; *X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, n° 27.479, 18 mai 2009; *X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, n° 69656, 8 novembre 2011; *Office français de protection des réfugiés et apatrides c. Hykaj*, n° 320910, 4 mai

May 4, 2011; *Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 404, [2009] 4 F.C.R. 164; *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 390; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3.

By Abella J. (dissenting)

Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp., 2010 SCC 19, [2010] 1 S.C.R. 649; *Peracom Inc. v. TELUS Communications Co.*, 2014 SCC 29, [2014] 1 S.C.R. 621; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678; *Al-Sirri v. Secretary of State for the Home Department*, [2012] UKSC 54, [2013] 1 A.C. 745; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *Bundesrepublik Deutschland v. B.*, [2010] EUECJ C-57/09; *SRYYY v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, [2005] FCAFC 42, 220 A.L.R. 394; *Attorney-General (Minister of Immigration) v. Tamil X*, [2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721; *AH (Algeria) v. Secretary of State for the Home Department*, [2013] UKUT 00382; *Office français de protection des réfugiés et apatrides v. Hykaj*, No. 320910, May 4, 2011; *Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh*, [2002] HCA 7, 209 C.L.R. 533; *X v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, No. 69656, November 8, 2011; *XXX v. État belge*, No. 199.079, A. 192.074/XI-16.797, December 18, 2009; *X v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, No. 27.479, May 18, 2009; *KK (Turkey) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKIAT 00101; *Secretary of State for the Home Department v. AA (Palestine)*, [2005] UKIAT 00104; *R. (JS (Sri Lanka)) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2010] 3 All E.R. 881.

Statutes and Regulations Cited

Aliens and Nationality, 8 U.S.C. § 1158(c)(2)(B), (3).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 95 to 98, 100 to 102, 112, 113, 114.
Penal Code of California, s. 245(a)(1).

Treaties and Other International Instruments

Constitution of the International Refugee Organization, 18 U.N.T.S. 3, Ann. I, Part II.

2011; *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 404, [2009] 4 R.C.F. 164; *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp., 2010 CSC 19, [2010] 1 R.C.S. 649; *Peracom Inc. c. Société TELUS Communications*, 2014 CSC 29, [2014] 1 R.C.S. 621; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678; *Al-Sirri c. Secretary of State for the Home Department*, [2012] UKSC 54, [2013] 1 A.C. 745; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Bundesrepublik Deutschland c. B.*, [2010] EUECJ C-57/09; *SRYYY c. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, [2005] FCAFC 42, 220 A.L.R. 394; *Attorney-General (Minister of Immigration) c. Tamil X*, [2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721; *AH (Algeria) c. Secretary of State for the Home Department*, [2013] UKUT 00382; *Office français de protection des réfugiés et apatrides c. Hykaj*, n° 320910, 4 mai 2011; *Dhayakpa c. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Singh*, [2002] HCA 7, 209 C.L.R. 533; *X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, n° 69656, 8 novembre 2011; *XXX c. État belge*, n° 199.079, A. 192.074/XI-16.797, 18 décembre 2009; *X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, n° 27.479, 18 mai 2009; *KK (Turkey) c. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKIAT 00101; *Secretary of State for the Home Department c. AA (Palestine)*, [2005] UKIAT 00104; *R. (JS (Sri Lanka)) c. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2010] 3 All E.R. 881.

Lois et règlements cités

Aliens and Nationality, 8 U.S.C. § 1158(c)(2)(B), (3).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 95 à 98, 100 à 102, 112, 113, 114.
Penal Code of California, art. 245(a)(1).

Traité et autres instruments internationaux

Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés, 18 R.T.N.U. 3, ann. I, deuxième partie.

Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, Preamble, arts. 1, 33.

Declaration of States Parties to the 1951 Convention and or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, HCR/MMSP/2001/09.

Protocol relating to the Status of Refugees, 606 U.N.T.S. 267.

Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, G.A. Res. 428(V) (1950), s. 7.

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 14.

Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, arts. 31, 32.

Authors Cited

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.

Goodwin-Gill, Guy S., and Jane McAdam. *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 2007.

Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, *Refugee Character*. Leyden, Netherlands: Sijthoff, 1966.

Hathaway, James C., and Michelle Foster. *The Law of Refugee Status*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

United Nations. *Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees*, vol. III, *The Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, 2-25 July 1951, Geneva, Switzerland. Compiled by Alex Takkenberg and Christopher C. Tahbaz. Amsterdam: Dutch Refugee Council, 1989.

United Nations. General Assembly. *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Twenty-fourth Meeting*, U.N. Doc. A/CONF.2/SR.24 (1951).

United Nations. General Assembly. *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Twenty-ninth Meeting*, U.N. Doc. A/CONF.2/SR.29 (1951).

United Nations High Commissioner for Refugees. “Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees” (2003) (online: <http://www.refworld.org/docid/3f5857d24.html>).

United Nations High Commissioner for Refugees. “Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees”, HCR/GIP/03/05, September 4, 2003 (online: www.unhcr.org).

Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31, 32.

Convention relative au Statut des Réfugiés, R.T. Can. 1969 n° 6, préambule, art. 1, 33.

Déclaration des États parties à la Convention de 1951 et/ou à son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/MMSP/2001/09.

Déclaration universelle des droits de l’homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 14.

Protocole relatif au statut des réfugiés, 606 R.T.N.U. 267.

Statut de l’Office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, A.G. Rés. 428(V) (1950), art. 7.

Doctrine et autres documents cités

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.

Goodwin-Gill, Guy S., and Jane McAdam. *The Refugee in International Law*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, *Refugee Character*. Leyden, Netherlands: Sijthoff, 1966.

Hathaway, James C., and Michelle Foster. *The Law of Refugee Status*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. « Note d’information sur l’application des clauses d’exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés » (2003) (en ligne : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4110d7334.html>).

Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. « Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d’exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003 (en ligne : www.unhcr.fr).

Nations Unies. Assemblée générale. *Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides : Compte rendu analytique de la vingt-quatrième séance*, Doc. N.U. A/CONF.2/SR.24 (1951).

Nations Unies. Assemblée générale. *Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides : Compte rendu analytique de la vingt-neuvième séance*, Doc. N.U. A/CONF.2/SR.29 (1951).

Nations Unies. *Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees*, vol. III, *The Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, 2-25 July 1951, Geneva, Switzerland. Compiled by Alex Takkenberg and Christopher C. Tahbaz. Amsterdam: Dutch Refugee Council, 1989.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Evans, Sharlow and Stratas J.J.A.), 2012 FCA 324, 442 N.R. 290, 357 D.L.R. (4th) 343, [2012] F.C.J. No. 1609 (QL), 2012 CarswellNat 5012, affirming a decision of Scott J., 2011 FC 1103, 397 F.T.R. 179, [2011] F.C.J. No. 1360 (QL), 2011 CarswellNat 3917. Appeal dismissed, Abella and Cromwell J.J. dissenting.

Jared Will and Peter Shams, for the appellant.

François Joyal, for the respondent.

Jennifer Klinck, Perri Ravon, Michael Sabet and Justin Dubois, for the intervener Amnesty International.

John Terry, Ryan Lax and Rana R. Khan, for the intervener the United Nations High Commissioner for Refugees.

Aviva Basman and Alyssa Manning, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Catherine Dauvergne, Angus Grant and Pia Zambelli, for the intervener the Canadian Council for Refugees.

Peter Edelmann, Lorne Waldman and Aris Daghigian, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Moldaver and Wagner J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The issue in this case is whether Luis Alberto Hernandez Febles is ineligible for refugee protection because of crimes committed before he came to Canada. Mr. Febles was admitted to the United States as a refugee from Cuba. While living in the United States, he was convicted and served time in prison for two assaults with a deadly weapon — in

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Evans, Sharlow et Stratas), 2012 CAF 324, 442 N.R. 290, 357 D.L.R. (4th) 343, [2012] A.C.F. n° 1609 (QL), 2012 CarswellNat 5870, qui a confirmé une décision du juge Scott, 2011 CF 1103, 397 F.T.R. 179, [2011] A.C.F. n° 1360 (QL), 2011 CarswellNat 4666. Pourvoi rejeté, les juges Abella et Cromwell sont dissidents.

Jared Will et Peter Shams, pour l'appelant.

François Joyal, pour l'intimé.

Jennifer Klinck, Perri Ravon, Michael Sabet et Justin Dubois, pour l'intervenante Amnistie internationale.

John Terry, Ryan Lax et Rana R. Khan, pour l'intervenant le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

Aviva Basman et Alyssa Manning, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Catherine Dauvergne, Angus Grant et Pia Zambelli, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Peter Edelmann, Lorne Waldman et Aris Daghigian, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

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

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Il s'agit en l'espèce de déterminer si la demande d'asile de Luis Alberto Hernandez Febles est irrecevable en raison de crimes commis avant son arrivée au Canada. Monsieur Febles a été admis aux États-Unis en qualité de réfugié en provenance de Cuba. Alors qu'il vivait aux États-Unis, il a été reconnu coupable et incarcéré relativement à deux

the first case, he struck a roommate on the head with a hammer, and in the second, he threatened to kill a roommate's girlfriend at knifepoint. The U.S. revoked his refugee status and issued a removal warrant, which is still outstanding.

[2] After his refugee status in the U.S. was revoked, Mr. Febles fled to Canada, entering illegally. He now claims refugee protection in Canada. The question is whether Article 1F(b) (the "serious criminality" exclusion) of the *Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969 No. 6 ("*Refugee Convention*"), incorporated in Canada by s. 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 ("*IRPA*"), bars him from refugee protection because of the crimes he committed in the past.

[3] Essentially, different interpretations of Article 1F(b) of the *Refugee Convention* are in contention. The Minister of Citizenship and Immigration ("Minister") says that the Article 1F(b) serious criminality exclusion is triggered whenever the refugee claimant has committed a serious non-political crime before coming to Canada. It is not confined to fugitives from justice. Nor are post-crime events, like rehabilitation or expiation, relevant, in the Minister's view. The only question is whether the claimant committed a serious non-political crime before seeking refugee protection in Canada.

[4] Mr. Febles and the United Nations High Commissioner for Refugees ("UNHCR") advocate narrower interpretations of Article 1F(b). Mr. Febles argues that the exclusion in Article 1F(b) is confined to fugitives from justice (which Mr. Febles, having served his sentences, is not). The UNHCR (with whom Mr. Febles agrees) argues that the question is whether the refugee claimant is "deserving" of refugee protection *at the time of the application*, which requires consideration not only of the seriousness

infractions d'agression avec une arme meurtrière — dans le premier cas, il a frappé un colocataire à la tête avec un marteau, et dans le second cas, il a menacé de tuer l'amie d'un colocataire à la pointe du couteau. Sa qualité de réfugié a été révoquée aux États-Unis et une mesure de renvoi le visant a été prise et demeure toujours exécutoire.

[2] Après la révocation de sa qualité de réfugié aux États-Unis, M. Febles a fui au Canada où il est entré illégalement. Il demande maintenant l'asile au Canada. La question est de savoir si l'article 1Fb) — l'exclusion relative à la « grande criminalité » — de la *Convention relative au Statut des Réfugiés*, R.T. Can. 1969 n° 6 (la « *Convention relative aux réfugiés* »), incorporée au Canada à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la « *LIPR* ») par son art. 98, le prive de l'asile en raison des crimes qu'il a commis par le passé.

[3] Essentially, des interprétations différentes de l'article 1Fb) de la *Convention relative aux réfugiés* s'opposent. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le « ministre ») affirme que l'exclusion relative à la grande criminalité que prévoit l'article 1Fb) entre en jeu dès que le demandeur d'asile a commis un crime grave de droit commun avant d'entrer au Canada. Cette exclusion ne vise pas seulement les criminels fugitifs. Selon le ministre, les circonstances postérieures au crime, telles la réadaptation ou l'expiation de la peine, ne sont pas pertinentes non plus. La seule question est de savoir si le demandeur a commis un crime grave de droit commun avant de demander l'asile au Canada.

[4] Monsieur Febles et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (le « HCR ») préconisent des interprétations plus restrictives de l'article 1Fb). Monsieur Febles plaide que l'exclusion prévue à cette disposition s'applique uniquement aux fugitifs qui se dérobent à la justice (ce qu'il n'est pas puisqu'il a purgé ses peines). Le HCR (avec l'accord de M. Febles) plaide que la question est de savoir si le demandeur « mérite » l'asile *au moment où il en fait la demande*, et qu'il

of the offence itself, but of how long ago the offence was committed, the conduct of the claimant since the commission of the offence, whether the claimant has expressed regret or renounced criminal activities, and whether the claimant poses a threat to the security of Canada at the present time.

[5] In a nutshell, the Minister says that serious criminality under Article 1F(b) is simply a matter of looking at the seriousness of the crime when it was committed, while Mr. Febles and the UNHCR say it requires consideration of other matters — whether the claimant is a fugitive and/or his current situation, including rehabilitation, expiation and current dangerousness.

[6] For the reasons that follow, I agree with the conclusion of the Immigration and Refugee Board (“Board”), upheld in the courts below, that only factors related to the commission of the criminal offences can be considered, and whether those offences were serious within the meaning of Article 1F(b). On this interpretation of Article 1F(b), Mr. Febles does not qualify for refugee protection because of the serious crimes he committed in the U.S. before seeking admission to Canada as a refugee.

II. The Statutory Scheme

[7] Refugee protection claims in Canada are adjudicated by the Board under the *IRPA*. Three procedures under the *IRPA* are relevant to the present appeal.

[8] The first procedure (ss. 100 to 102 of the *IRPA*) determines whether a claim for refugee protection is eligible for referral to the Board. At the time of Mr. Febles’ application, ss. 101(1)(f) and 101(2)(b) provided that a claim was ineligible to be referred to the Board if the claimant had been convicted of an offence outside Canada, where the same offence in Canada is punishable by a maximum term of imprisonment of at least ten years, and the claimant represented a danger to the public

faut prendre en compte non seulement la gravité de l’infraction en soi, mais aussi le temps écoulé depuis qu’elle a été commise, la conduite du demandeur depuis la commission de l’infraction, si le demandeur a exprimé des regrets ou a renoncé aux activités criminelles et s’il constitue actuellement une menace pour la sécurité du Canada.

[5] En résumé, le ministre affirme que le fait de grande criminalité aux termes de l’article 1Fb) est simplement fonction de la gravité du crime au moment où il a été commis, alors que M. Febles et le HCR affirment qu’il faut tenir compte d’autres facteurs — à savoir si le demandeur est un criminel fugitif ainsi que sa situation actuelle, y compris sa réadaptation, l’expiation de sa peine et le danger qu’il présente actuellement.

[6] Pour les motifs qui suivent, je suis d’accord avec la conclusion de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la « Commission ») — une conclusion que les tribunaux inférieurs ont maintenue — selon laquelle seuls peuvent être pris en compte les facteurs liés à la commission des infractions criminelles et qu’il s’agissait de crimes graves au sens de l’article 1Fb). Suivant cette interprétation de cet article, M. Febles ne répond pas aux critères pour obtenir l’asile vu les crimes graves qu’il a commis aux États-Unis avant de chercher refuge au Canada.

II. Le régime législatif

[7] Au Canada, les demandes d’asile sont tranchées par la Commission aux termes de la *LIPR*. Au présent pourvoi, trois procédures d’examen prévues à cette loi sont pertinentes.

[8] La première procédure (les art. 100 à 102 de la *LIPR*) permet de déterminer si les demandes d’asile sont irrecevables sans qu’elles soient transmises à la Commission. Au moment où M. Febles a présenté sa demande, les al. 101(1)f) et 101(2)b) prévoyaient que la demande était irrecevable si le demandeur avait été déclaré coupable à l’extérieur du Canada d’une infraction qui, commise au Canada, serait punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans et si le ministre estimait que le demandeur

in the Minister's opinion. This procedure did not bar Mr. Febles' claim for refugee protection because the Minister did not file an opinion of dangerousness.

[9] The second procedure (ss. 95 to 98 of the *IRPA*) determines whether a claimant is entitled to refugee protection. Section 98 — the provision at issue here — requires the Board to reject a refugee protection claim by any person referred to in Articles 1E or 1F of the *Refugee Convention*. Article 1F(b) of the *Refugee Convention* provides that a person with respect to whom there are serious reasons for considering that “he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee” is excluded from the protection of the *Refugee Convention*. Interpretation of the meaning of that article is the primary issue in this case.

[10] Finally, even where a refugee protection claim is rejected by application of s. 98 and a removal order is issued, a claimant may still apply to the Minister for protection against a removal order. In determining whether to stay the removal order, the Minister must balance any danger to the public in Canada against the risk that a claimant would face death, torture or cruel and unusual treatment or punishment if removed from Canada to the place designated in the removal order (ss. 97, 112, 113(d)(i) and 114(1)(b) of the *IRPA*).

III. Analysis

A. *Interpretation of a Canadian Statute That Incorporates an International Treaty*

[11] Parliament has incorporated Articles 1E and 1F of the *Refugee Convention* into s. 98 of the *IRPA*. Interpretation of an international treaty that has been directly incorporated into Canadian law is governed by Articles 31 and 32 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37 (“*Vienna Convention*”): *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paras. 51-52; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3

constituait un danger pour le public. Cette procédure n'a pas empêché la demande d'asile de M. Febles puisque le ministre n'a pas déposé une opinion sur sa dangerosité.

[9] La deuxième procédure (les art. 95 à 98 de la *LIPR*) permet de déterminer si le demandeur a droit d'obtenir l'asile. L'article 98 — la disposition en cause en l'espèce — exige que la Commission rejette la demande d'asile de toute personne visée aux sections 1E ou 1F de la *Convention relative aux réfugiés*. L'article 1Fb) de cette *Convention* prévoit que les personnes dont on a des raisons sérieuses de penser « qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés » sont exclues de la protection qu'offre la *Convention relative aux réfugiés*. La principale question en litige en l'espèce porte sur l'interprétation de cet article.

[10] Enfin, même si une demande d'asile est rejetée en application de l'art. 98 et qu'une mesure de renvoi est prise, le demandeur peut encore demander la protection du ministre contre l'effet de cette mesure. En déterminant s'il y a lieu de surseoir à la mesure de renvoi, le ministre doit mettre en balance le danger pour le public au Canada et le risque que le demandeur soit tué ou soumis à la torture ou à des traitements ou peines cruels ou inusités s'il est renvoyé du Canada vers le lieu indiqué dans la mesure de renvoi (art. 97, 112, 113d)(i) et 114(1) de la *LIPR*).

III. Analyse

A. *Interprétation d'une loi canadienne qui incorpore un traité international*

[11] Le législateur a incorporé à l'art. 98 de la *LIPR* les sections 1E et 1F de la *Convention relative aux réfugiés*. L'interprétation d'un traité international incorporé directement dans une loi canadienne est régie par les articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37 (la « *Convention de Vienne* ») : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 51-52; *Thomson*

S.C.R. 551, at pp. 577-78. It follows that the meaning of the incorporated Articles of the *Refugee Convention* must be determined in accordance with the *Vienna Convention*.

[12] Articles 31 and 32 of the *Vienna Convention* set out the principles of treaty interpretation which are similar to general principles of statutory interpretation:

Article 31. GENERAL RULE OF INTERPRETATION

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

- (a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;
- (b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

- (a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
- (b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
- (c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

*Article 32. SUPPLEMENTARY MEANS
OF INTERPRETATION*

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application

c. Thomson, [1994] 3 R.C.S. 551, p. 577-578. Il s'ensuit que le sens des articles de la *Convention relative aux réfugiés* incorporés dans la *LIPR* doit être déterminé conformément à la *Convention de Vienne*.

[12] Les articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne* énoncent les principes d'interprétation des traités, lesquels sont similaires aux principes généraux d'interprétation législative :

Article 31. RÈGLE GÉNÉRALE D'INTERPRÉTATION

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

- a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;
- b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

- a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
- b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
- c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

*Article 32. MOYENS COMPLÉMENTAIRES
D'INTERPRÉTATION*

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application

of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) Leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

B. *The Scope of Article 1F(b) of the Refugee Convention*

[13] Article 1F(b) excludes any person from refugee protection “with respect to whom there are serious reasons for considering that . . . he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee”.

[14] Despite its facial clarity, the meaning of the phrase “has committed a serious non-political crime” is the subject of debate by courts and academic writers. While there are many variations of these debates, the main issue in the present case is whether “has committed a serious . . . crime” is confined to matters relating to the crime committed, or should be read as also referring to matters or events after the commission of the crime, such as whether the claimant is a fugitive from justice or is unmeritorious or dangerous at the time of the application for refugee protection. If Article 1F(b) is read as including consideration of matters occurring after the commission of the crime, people who have committed a serious crime in the past may nevertheless qualify as refugees because they have served their sentence or because of redeeming conduct subsequent to the crime.

[15] Article 31(1) of the *Vienna Convention* states how interpretation of the *Refugee Convention* should be approached — by considering: (1) the “ordinary meaning” of its terms; (2) the context; and (3) the object and purpose of the *Refugee Convention*. For the reasons that follow, these considerations, as well as the *Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees* (1989), vol. III (“*Travaux préparatoires*”) and the jurisprudence, lead me to conclude that the

de l’article 31, soit de déterminer le sens lorsque l’interprétation donnée conformément à l’article 31 :

- a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

B. *La portée de l’article 1Fb) de la Convention relative aux réfugiés*

[13] L’article 1Fb) exclut du régime de protection des réfugiés toutes les personnes « dont on aura des raisons sérieuses de penser [. . .] qu’elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil avant d’y être admises comme réfugiés ».

[14] En dépit de cette apparente clarté, le sens des termes « ont commis un crime grave de droit commun » fait l’objet de débats parmi les tribunaux et les auteurs. Bien que ces débats comportent plusieurs variantes, la principale question en l’espèce est de savoir si les mots « ont commis un crime grave » se rapportent uniquement aux circonstances du crime commis ou s’ils devraient aussi renvoyer aux faits ou aux événements postérieurs à la perpétration du crime, par exemple le fait que le demandeur soit un fugitif qui se dérobe à la justice, qu’il soit indigne ou qu’il constitue un danger au moment de sa demande d’asile. Si l’on interprète l’article 1Fb) comme englobant l’examen des faits postérieurs à la perpétration du crime, les personnes qui ont commis un crime grave dans le passé pourraient tout de même se voir reconnaître la qualité de réfugié parce qu’elles ont purgé leur peine ou qu’elles se sont rachetées depuis la perpétration du crime.

[15] L’article 31(1) de la *Convention de Vienne* énonce la façon d’aborder l’interprétation de la *Convention relative aux réfugiés* — en examinant (1) le « sens ordinaire » de ses termes, (2) le contexte, et (3) l’objet et le but de la *Convention relative aux réfugiés*. Pour les raisons qui suivent, ces considérations, ainsi que les *Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees* (1989), vol. III (les « travaux préparatoires ») et la jurisprudence,

phrase “has committed a serious . . . crime” refers to the crime at the time it was committed. Article 1F(b), in excluding from refugee protection people who have committed serious crimes in the past, does not exempt from this exclusion persons who are not fugitives from justice, or because of their rehabilitation, expiation or non-dangerousness at the time they claim refugee protection.

(1) The Ordinary Meaning of Article 1F(b)

[16] The point of departure for interpreting a provision of a treaty is the plain meaning of the text. As the House of Lords put it in *Januzi v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 5, [2006] 2 A.C. 426, at para. 4: “. . . the starting point of the construction exercise must be the text of the Convention itself . . ., because it expresses what the parties to it have agreed. The parties to an international convention are not to be treated as having agreed something they did not agree, unless it is clear by necessary implication from the text . . .”.

[17] The ordinary meaning of the terms used in Article 1F(b) — “has committed a serious . . . crime outside the country of refuge prior to his admission to that country” — refers only to the crime at the time it was committed. The words do not refer to anything subsequent to the commission of the crime. There is nothing in the text of the provision suggesting that it only applies to fugitives, or that factors such as current lack of dangerousness or post-crime expiation or rehabilitation are to be considered or balanced against the seriousness of the crime.

[18] The mandatory wording of the Article (“shall not apply”) chosen by the parties to the *Refugee Convention* unequivocally supports the view that all a subscribing country can consider in determining whether a claimant is excluded under Article 1F(b) is whether the claimant committed a serious crime

m’amènent à conclure que les termes « ont commis un crime grave » renvoient au crime au moment où il a été commis. En privant de la protection offerte aux réfugiés les personnes qui ont commis un crime grave dans le passé, l’article 1F(b) n’exempte pas de l’exclusion les personnes qui ne sont pas des fugitifs, ou qui se sont réadaptées, qui ont purgé leur peine ou qui ne constituent pas un danger au moment de leur demande d’asile.

(1) Le sens ordinaire de l’article 1F(b)

[16] Le point de départ de l’interprétation d’une disposition d’un traité consiste en l’examen du sens ordinaire de ses termes. Comme l’a indiqué la Chambre des lords dans l’arrêt *Januzi c. Secretary of State for the Home Department*, [2006] UKHL 5, [2006] 2 A.C. 426, par. 4 : [TRADUCTION] « le texte de la Convention doit être le point de départ de l’exercice d’interprétation [. . .] parce qu’il exprime ce sur quoi les parties sont convenues. Il ne faut pas considérer que les parties à une convention internationale se soient entendues sur quelque chose sur lequel elles ne se sont pas entendues, à moins que cela apparaisse clairement dans le texte par inférence nécessaire . . . »

[17] Le sens ordinaire des termes employés à l’article 1F(b) — « ont commis un crime grave [. . .] en dehors du pays d’accueil avant d’y être admises comme réfugiés » — renvoie uniquement au crime au moment où il a été commis. Ces mots ne renvoient pas à des faits subséquents à la commission du crime. Le texte de cette disposition n’indique aucunement qu’elle s’applique uniquement aux criminels fugitifs, ou que des facteurs tels l’absence de dangerosité actuelle de la personne ou le fait que celle-ci ait purgé sa peine et se soit réadaptée postérieurement au crime doivent être examinés ou mis en balance avec la gravité du crime.

[18] Les termes impératifs de cette disposition (« ne seront pas applicables ») qu’ont choisis les parties à la *Convention relative aux réfugiés* appuient sans équivoque le point de vue suivant lequel tout ce qu’un État qui y a souscrit peut prendre en considération, en déterminant si un demandeur est

outside the country of refuge prior to applying for refugee status there. Nothing in the words used suggests that the parties to the *Refugee Convention* intended subsequent considerations, like rehabilitation, expiation and actual dangerousness, to be taken into account.

(2) The Context

[19] The second interpretive consideration is the context. The immediate context of Article 1F(b) is Article 1F as a whole. Article 1F is comprised of three provisions, each of which excludes certain classes of persons from the *Refugee Convention's* protection. Article 1F(a) excludes anyone who has “committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity”. Article 1F(c) excludes anyone “guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations”.

[20] Mr. Febles argues that this context suggests that Article 1F(b) is limited to fugitives. He appears to concede that Articles 1F(a) and 1F(c) are not themselves limited to fugitives, and that they operate to exclude all persons who have committed the acts listed in those provisions. Nevertheless, he argues that limiting Article 1F(b) to fugitives would not be incongruous. He submits that, unlike Article 1F(b), Articles 1F(a) and 1F(c) are designed to prevent people who are themselves persecutors from seeking protection from persecution, and that it would undermine the *Refugee Convention's* viability if persecutors who create refugees could seek refugee protection. Persons who have committed serious crimes under Article 1F(b) are in a different situation, Mr. Febles argues. It would not undermine the *Refugee Convention's* viability to allow non-fugitives who have already served sentences for standard crimes to seek refugee protection. On this basis, he invites this Court to confine Article 1F(b) to fugitives from justice.

exclu aux termes de l'article 1Fb), est de savoir si ce dernier a commis un crime grave en dehors du pays d'accueil avant d'y demander l'asile. Les termes employés ne laissent aucunement entendre que les parties à la *Convention relative aux réfugiés* voulaient que soient prises en considération des circonstances subséquentes au crime telles la réadaptation, l'expiation ou la dangerosité du demandeur.

(2) Le contexte

[19] Le contexte constitue le second facteur d'interprétation. Le texte intégral de la section 1F constitue le contexte immédiat de l'article 1Fb). La section 1F comprend trois dispositions, et chacune d'elles exclut du régime de protection de la *Convention relative aux réfugiés* certaines catégories de personnes. L'article 1Fa) exclut les personnes qui ont « commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité ». L'article 1Fc) exclut les personnes qui se sont rendues « coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ».

[20] Monsieur Febles plaide que ce contexte laisse entendre que l'article 1Fb) ne vise que les criminels fugitifs. Il semble admettre que les articles 1Fa) et 1Fc) ne visent pas uniquement les criminels fugitifs et qu'ils ont pour effet d'exclure toutes les personnes qui ont commis les actes qui y sont énumérés. Il plaide néanmoins qu'il ne serait pas incongru de limiter l'application de l'article 1Fb) aux criminels fugitifs. Il affirme que, contrairement à l'article 1Fb), les articles 1Fa) et 1Fc) visent à empêcher les personnes qui sont elles-mêmes des persécuteurs de demander la protection contre la persécution, et que le fait que des persécuteurs à l'origine du problème des réfugiés puissent demander l'asile minerait la viabilité de la *Convention relative aux réfugiés*. Selon M. Febles, la situation des personnes qui ont commis un crime grave visé à l'article 1Fb) est différente. Le fait de permettre aux personnes qui ne sont pas des criminels fugitifs et qui ont déjà purgé leur peine de demander l'asile ne minerait pas la viabilité de la *Convention relative aux réfugiés*. Sur cette base, il demande à notre Cour de limiter l'application de l'article 1Fb) aux seuls criminels fugitifs.

[21] Against this, the Minister argues that the word “committed” should be given the same meaning in Articles 1F(a) and 1F(b): these provisions apply to anyone who has ever committed the offences, not only to fugitives or some other subset of those persons who have in fact committed the described offences.

[22] I agree. I cannot accept Mr. Febles’ argument that Articles 1F(a) and 1F(c) support the view that the exclusion from refugee protection under Article 1F(b) is confined to fugitives. There is nothing in the wording of these provisions or in the jurisprudence to support this contention. (See *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678, at paras. 38 and 101, and *Pushpanathan*, at paras. 65-66 and 70 where the scope of these articles is discussed.) While Article 1F(c) uses the word “guilty”, Articles 1F(a) and 1F(b) both use the word “committed”.

[23] The immediate context therefore supports the Minister’s interpretation. It would be anomalous if the word “committed” were ascribed different meanings in Articles 1F(a) and 1F(b) and the use of consistent language in these two articles was meant to evince an intention on the part of the drafters that they be applied inconsistently. As nobody has suggested that Article 1F(a) is confined to fugitives, it follows that Article 1F(b) would similarly not be restricted to fugitives.

[24] Mr. Febles also says that Article 33(2) of the *Refugee Convention* supports the view that Article 1F(b) is confined to fugitives. Article 33(2) allows a host country to expel a refugee who has been “convicted by a final judgment of a particularly serious crime” and “constitutes a danger to the community of that country”. As far as *Refugee Convention* provisions go, Article 1F(b) only applies to crimes committed *outside* the country of refuge, whereas a refugee who commits a crime *in* the country of refuge can only be expelled under Article 33(2). Mr. Febles argues that this results

[21] En réponse, le ministre plaide qu’il faut attribuer le même sens aux mots « ont commis » employés aux articles 1Fa) et 1Fb); ces dispositions s’appliquent à toutes les personnes qui ont commis les infractions et non seulement aux criminels fugitifs ou à quelque autre sous-groupe de ces personnes qui ont de fait commis les infractions mentionnées.

[22] Je suis d’accord avec cela. Je ne puis accepter l’argument de M. Febles selon lequel les articles 1Fa) et 1Fc) permettent d’affirmer que seuls les criminels fugitifs sont exclus de l’asile par l’effet de l’article 1Fb). Rien dans le libellé de ces dispositions ou dans la jurisprudence n’appuie cette prétention. (Voir *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678, par. 38 et 101, et *Pushpanathan*, par. 65-66 et 70, où la portée de ces dispositions est discutée.) Alors que l’article 1Fc) emploie les mots « se sont rendues coupables », les articles 1Fa) et 1Fb) emploient tous deux les mots « ont commis ».

[23] Ainsi, le contexte immédiat appuie l’interprétation que propose le ministre. Il ne serait pas normal d’attribuer aux mots « ont commis » des sens différents aux articles 1Fa) et 1Fb), non plus que l’emploi d’un libellé uniforme dans ces deux dispositions visait à témoigner de la volonté des rédacteurs que leur application ne soit pas uniforme. Puisque personne n’a prétendu que l’article 1Fa) vise uniquement les criminels fugitifs, il s’ensuit que l’article 1Fb) ne viserait pas lui non plus uniquement ces derniers.

[24] Monsieur Febles affirme aussi que l’article 33(2) de la *Convention relative aux réfugiés* permet de conclure que l’article 1Fb) vise uniquement les criminels fugitifs. L’article 33(2) permet au pays d’accueil d’expulser un réfugié « ayant été l’objet d’une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave » et qui « constitue une menace pour la communauté dudit pays ». Pour ce qui est des dispositions de la *Convention relative aux réfugiés*, l’article 1Fb) s’applique uniquement à l’égard des crimes commis *en dehors* du pays d’accueil, alors qu’un réfugié qui commet un crime

in an absurdity. Why should someone who has served his sentence for a crime committed outside the country of refuge be automatically disentitled to refugee protection, when someone who commits a serious crime inside the country of refuge is allowed to retain refugee protection absent a danger to the public? This apparent absurdity disappears, Mr. Febles says, if Article 1F(b) is read as being restricted to fugitives.

[25] Again, the argument fails to persuade. Article 33(2) is an exception to the Article 33(1) principle of non-*refoulement* of persons whose need for protection has been recognized (or not yet adjudicated). That is why the drafters used different language in Article 33(2) than they did in Article 1F(b): Article 33(2) allows persons to nevertheless be removed in the exceptional circumstances it describes, including in the event of *particularly* serious crimes, and “danger to the community”.

[26] That the *Refugee Convention* drafters intended that persons who commit crimes in the country of refuge be treated differently than those who commit crimes outside the country of refuge prior to claiming refugee protection makes sense. When a person commits a crime inside the country of refuge, the country of refuge is called to rely on *its own* sovereign legal system, rather than on an international treaty. In Canada’s case, it has done so by enacting a parallel and virtually identical provision regarding the effect of commission of a crime: s. 101(2)(a) of the *IRPA* specifies that a refugee protection claim cannot be made in the event “of a conviction *in Canada* [where] the conviction is for an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years”. Therefore, the discrepancy and resultant absurdity contended by Mr. Febles do not exist. In any event, different concerns arise when a country is asked to take in claimants who have committed crimes abroad, and the context provided by

dans le pays d’accueil ne peut être expulsé qu’aux termes de l’article 33(2). Monsieur Febles plaide que le résultat alors obtenu est absurde. Pourquoi une personne qui a purgé sa peine pour un crime commis en dehors du pays d’accueil devrait-elle être automatiquement exclue de l’asile alors que la personne qui commet un crime grave dans le pays d’accueil peut conserver l’asile si elle ne constitue pas un danger pour la population? Selon M. Febles, ce résultat d’apparence absurde disparaît si l’on considère que l’article 1F(b) s’applique aux seuls criminels fugitifs.

[25] Là encore, l’argument n’est pas convaincant. L’article 33(2) énonce une exception à l’article 33(1) qui affirme le principe de non-refoulement des personnes dont le besoin de protection est reconnu (ou n’a pas encore fait l’objet d’une décision). C’est pourquoi les rédacteurs ont employé à l’article 33(2) des termes différents de ceux employés à l’article 1F(b) : l’article 33(2) permet tout de même le renvoi de ces personnes dans les circonstances exceptionnelles qu’il décrit, notamment dans le cas de crimes ou de délits *particulièrement* graves et d’une « menace pour la communauté ».

[26] Il est logique que les rédacteurs de la *Convention relative aux réfugiés* aient voulu que les personnes qui commettent des crimes dans le pays d’accueil soient traitées différemment de celles qui ont commis des crimes en dehors du pays d’accueil avant de demander l’asile. Lorsqu’une personne commet un crime dans le pays d’accueil, ce pays est appelé à avoir recours à *son propre* système de justice souveraine plutôt qu’à un traité international. Dans le contexte canadien, le législateur a adopté une disposition parallèle et pratiquement identique concernant l’effet de la perpétration d’un crime : l’al. 101(2)a) de la *LIPR* précise qu’une demande d’asile est irrecevable si le demandeur a fait l’objet d’« une déclaration de culpabilité *au Canada* pour une infraction à une loi fédérale punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans ». En conséquence, la divergence et le résultat absurde qui en résultent selon M. Febles n’existent tout simplement pas. Quoi qu’il en soit, les préoccupations ne sont pas les mêmes lorsqu’un

Article 33(2) of the *Refugee Convention* does not aid in the interpretive task at hand.

(3) The Object and Purpose of the *Refugee Convention*

(a) *The Refugee Convention as a Whole*

[27] The purposes of the *Refugee Convention* include the international community’s “profound concern for refugees” and commitment to “assure refugees the widest possible exercise of . . . fundamental rights and freedoms”: see *Ezokola*, at para. 32, and *Pushpanathan*, at para. 57. While Article 1F(b) has a more specific exclusionary purpose, that purpose must be consistent with the broader protective aims of the *Refugee Convention*.

[28] Mr. Febles argues that broad construction of exclusion provisions risks subverting the *Refugee Convention*’s humanitarian aims — courts should accordingly construe exclusion provisions as narrowly as is possible while still preserving the viability of the *Refugee Convention*.

[29] The problem with this approach is that it risks upsetting the balance between humane treatment of victims of oppression and the other interests of signatory countries, which they did not renounce simply by together making certain provisions to aid victims of oppression. The *Refugee Convention* is not itself an abstract principle, but an agreement among sovereign states in certain specified terms, negotiated by them in consideration of the entirety of their interests. In *R. (European Roma Rights Centre) v. Immigration Officer at Prague Airport*, [2004] UKHL 55, [2005] 2 A.C. 1, the U.K. House of Lords stated that the *Refugee Convention* “represent[s] a compromise between competing interests,

pays se voit demander d’accepter un demandeur d’asile qui a commis des crimes à l’étranger, et le contexte de l’article 33(2) de la *Convention relative aux réfugiés* n’est d’aucun secours dans l’exercice d’interprétation en cours.

(3) L’objet et le but de la *Convention relative aux réfugiés*

a) *L’ensemble de la Convention relative aux réfugiés*

[27] Les objectifs de la *Convention relative aux réfugiés* ont trait notamment à la « profonde sollicitude que [la communauté internationale] éprouve pour les réfugiés » et son souci « d’assurer à ceux-ci l’exercice le plus large possible des droits de l’homme et des libertés fondamentales » : voir *Ezokola*, par. 32, et *Pushpanathan*, par. 57. Bien que l’objectif de l’article 1Fb) vise plus précisément l’exclusion, cet objectif doit être compatible avec l’objectif plus large d’assurer la protection des réfugiés que recherche la *Convention relative aux réfugiés*.

[28] Monsieur Febles plaide qu’une interprétation large des dispositions d’exclusion risque de porter atteinte aux objectifs humanitaires de la *Convention relative aux réfugiés* — les tribunaux devraient donc interpréter aussi étroitement que possible les dispositions d’exclusion tout en préservant la viabilité de la *Convention relative aux réfugiés*.

[29] Cette approche pose problème car elle risque de rompre l’équilibre entre le traitement humanitaire des victimes d’oppression et les autres intérêts des pays signataires de la *Convention relative aux réfugiés*, des intérêts auxquels ils n’ont pas renoncé simplement par l’adoption de certaines dispositions pour venir en aide aux victimes d’oppression. La *Convention relative aux réfugiés* n’est pas elle-même un principe abstrait mais une entente rédigée en termes précis par certains États souverains qui l’ont négociée en tenant compte de l’intégralité de leurs intérêts. Dans l’arrêt *R. (European Roma Rights Centre) c. Immigration Officer at Prague Airport*, [2004] UKHL 55, [2005] 2

in this case between the need to ensure humane treatment of the victims of oppression on the one hand and the wish of sovereign states to maintain control over those seeking entry to their territory on the other” (para. 15).

[30] I agree with this statement of the *Refugee Convention*’s twin purposes. While exclusion clauses should not be enlarged in a manner inconsistent with the *Refugee Convention*’s broad humanitarian aims, neither should overly narrow interpretations be adopted which ignore the contracting states’ need to control who enters their territory. Nor do a treaty’s broad purposes alter the fact that the purpose of an exclusion clause is to exclude. In short, broad purposes do not invite interpretations of exclusion clauses unsupported by the text.

[31] For these reasons, I conclude that consideration of the purposes of the *Refugee Convention* as a whole do not support Mr. Febles’ argument that Article 1F(b) is confined to fugitives.

(b) *Article 1F(b)*

[32] This brings me to the purpose of Article 1F(b) itself. Mr. Febles argues that the main rationale for Article 1F(b) is the exclusion of fugitives (although he allows for the possibility that Article 1F(b) may apply to non-fugitives in certain rare circumstances where the crimes at issue are especially heinous and contribute to the creation of refugees). It follows, he says, that since Article 1F(b) is directed at preventing fugitives from evading justice, it should generally have no application to persons who have already served their sentences for prior crimes. Mr. Febles relies on *obiter dicta* of this Court in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R.

A.C. 1, la Chambre des lords du Royaume-Uni a affirmé que la *Convention relative aux réfugiés* [TRADUCTION] « représent[e] un compromis entre des intérêts opposés, dans le présent cas entre le besoin d’assurer aux victimes d’oppression un traitement humanitaire, d’une part, et la volonté des États souverains de garder un contrôle sur les personnes qui cherchent à entrer sur leur territoire, d’autre part » (par. 15).

[30] Je suis d’accord avec cet énoncé du double objet de la *Convention relative aux réfugiés*. S’il ne faut pas élargir la portée des dispositions d’exclusion d’une manière qui serait incompatible avec les vastes objectifs humanitaires de la *Convention relative aux réfugiés*, il ne faut pas non plus adopter une interprétation trop étroite qui ne tient pas compte du besoin des États contractants de contrôler l’entrée des personnes sur leur territoire. Les objectifs généraux d’un traité ne changent non plus rien au fait que l’objectif d’une clause d’exclusion est justement d’exclure. Bref, les vastes objectifs du traité n’appellent pas une interprétation des clauses d’exclusion qui ne s’appuie pas sur le texte du traité.

[31] Pour ces motifs, je conclus que l’examen des objectifs de la *Convention relative aux réfugiés* dans son ensemble n’appuie pas l’argument de M. Febles selon lequel l’article 1F(b) vise uniquement les criminels fugitifs.

b) *L’article 1F(b)*

[32] Ce qui m’amène à l’examen de l’objectif que vise l’article 1F(b) lui-même. Monsieur Febles plaide que l’exclusion des criminels fugitifs est la principale raison d’être de l’article 1F(b) (bien qu’il reconnaisse la possibilité que cette disposition puisse s’appliquer à des criminels non fugitifs dans certaines circonstances rares lorsque les crimes en question sont particulièrement odieux et contribuent à la création d’un problème de réfugiés). Selon lui, il s’ensuit que, puisque l’article 1F(b) vise à empêcher les fugitifs de se soustraire à la justice, il ne devrait pas généralement s’appliquer aux personnes qui ont déjà purgé la peine

689, and *Pushpanathan* that Article 1F(b) is directed at the exclusion of fugitives.

[33] The Minister counters that the main rationale for Article 1F(b) is the exclusion of serious criminals because persons who have committed serious offences are by definition undeserving of refugee protection, supported by a secondary rationale of protection of the host society. By the Minister's interpretation, determination of a crime's seriousness requires an evaluation of the elements of the crime, the mode of prosecution, the penalty prescribed, the facts and the mitigating and aggravating circumstances underlying the conviction, but does not include post-offence considerations. A person who commits a serious non-political crime is forever barred from claiming refugee protection. This interpretation was adopted by the courts below, and was recently endorsed by the European Court of Justice.

[34] The UNHCR argues that Article 1F(b) has two purposes — exclusion of fugitives and exclusion of claimants undeserving of refugee protection at the time it is claimed. If a person has committed a crime within the scope of Article 1F(b), but has since served a sentence commensurate with that criminal conduct or has been otherwise rehabilitated, the decision maker on the refugee application must in each case determine whether such a person is *deserving* of refugee protection at that time, having regard to: the passage of time since the commission of the offence; the seriousness of the offence (and whether it can be characterized as “truly heinous”); the age at which the person committed the crime; the conduct of the individual since then; whether the individual has expressed regret or renounced criminal activities; and whether the individual poses a threat to the community or security of the receiving state. Justice Abella similarly suggests that for

infligée relativement au crime commis dans le passé. Monsieur Febles invoque à l'appui les remarques incidentes formulées par notre Cour dans *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, et *Pushpanathan*, selon lesquelles l'article 1F(b) vise l'exclusion des criminels fugitifs.

[33] Le ministre rétorque que la principale raison d'être de l'article 1F(b) est l'exclusion des personnes qui ont commis des crimes graves parce que ces personnes, par définition, ne méritent pas la protection accordée aux réfugiés. Une raison d'être secondaire, soit la protection de la société du pays d'accueil, appuie cette raison d'être principale. Suivant l'interprétation qu'offre le ministre, pour déterminer la gravité d'un crime, il faut examiner ses éléments, la façon dont il a été poursuivi, la peine infligée, les faits et les circonstances atténuantes et aggravantes prises en compte pour la déclaration de culpabilité, mais il ne faut pas tenir compte des circonstances postérieures à l'infraction. Une personne qui commet un crime grave de droit commun ne pourra jamais demander l'asile. Cette interprétation a été retenue par les tribunaux inférieurs et, récemment, par la Cour européenne de justice.

[34] Le HCR plaide que l'article 1F(b) comporte deux objectifs — l'exclusion des criminels fugitifs ainsi que l'exclusion des demandeurs qui sont indignes de l'asile au moment où ils en font la demande. Si une personne a commis un crime au sens de l'article 1F(b) mais a depuis purgé une peine proportionnée à sa conduite criminelle ou s'est autrement réadaptée, le décideur saisi de sa demande d'asile doit déterminer dans chaque cas si cette personne est alors *digne* de l'asile à ce moment, compte tenu des facteurs suivants : le temps écoulé depuis la perpétration du crime, la gravité du crime (et si on peut le qualifier de « vraiment odieux »), l'âge de la personne au moment où elle a commis le crime, la conduite de cette personne depuis lors, si elle a exprimé du regret ou elle a renoncé aux activités criminelles, et si la personne constitue un danger pour la société ou pour la sécurité du pays d'accueil. La juge Abella estime de

all but “very” serious crimes, expiation and rehabilitation must be considered (para. 74).

[35] I cannot accept the arguments of Mr. Febles and the UNHCR on the purposes of Article 1F(b). I conclude that Article 1F(b) serves one main purpose — to exclude persons who have committed a serious crime. This exclusion is central to the balance the *Refugee Convention* strikes between helping victims of oppression by allowing them to start new lives in other countries and protecting the interests of receiving countries. Article 1F(b) is not directed solely at fugitives and neither is it directed solely at some subset of serious criminals who are undeserving at the time of the refugee application. Rather, in excluding all claimants who have committed serious non-political crimes, Article 1F(b) expresses the contracting states’ agreement that such persons by definition would be undeserving of refugee protection by reason of their serious criminality.

[36] Excluding people who have committed serious crimes may support a number of subsidiary rationales — it may prevent people fleeing from justice; it may prevent dangerous and particularly undeserving people from entering the host country. However, Article 1F(b) cannot be confined to any of these subsidiary purposes. Excluding people who have committed crimes in other countries prior to seeking refugee protection may serve other state interests. It may help preserve the integrity and legitimacy of the refugee protection system, and, hence, the necessary public support for its viability. It may deter states from exporting criminals by pardoning them or imposing disproportionately lenient sentences while supporting their departure elsewhere as refugees. Finally, it may allow states to reduce the danger to their society from all serious criminality cases taken together, given the difficult task and potential for error when attempting to determine whether criminals from abroad (on whom they have more limited sources of information than on domestic criminals) are no longer dangerous. Whatever rationales for Article 1F(b) may or may

façon similaire que l’expiation et la réadaptation doivent être prises en compte dans tous les cas sauf si le crime est « très grave » (par. 74).

[35] Je ne puis accepter les arguments relatifs aux objectifs de l’article 1F(b) qu’avancent M. Febles et le HCR. Je conclus que l’article 1F(b) n’a qu’un objectif principal — l’exclusion des personnes qui ont commis un crime grave. Cette exclusion est essentielle à l’équilibre qu’établit la *Convention relative aux réfugiés* entre l’aide qui permettra aux victimes d’oppression d’entreprendre une nouvelle vie dans un autre pays et la protection des intérêts des pays d’accueil. L’article 1F(b) ne vise pas uniquement les criminels fugitifs; il ne vise pas non plus uniquement un sous-groupe de grands criminels qui sont indignes de la qualité de réfugié au moment où ils la revendiquent. Au contraire, en excluant tous les demandeurs qui ont commis un crime grave de droit commun, l’article 1F(b) exprime l’accord des États contractants selon lequel ces personnes, par définition, seront indignes de l’asile en raison de leur grande criminalité.

[36] L’exclusion des personnes qui ont commis un crime grave peut appuyer un certain nombre de raisonnements subsidiaires — elle peut empêcher les personnes de se dérober à la justice; elle peut empêcher les personnes dangereuses et particulièrement indignes d’entrer dans le pays d’accueil. Cependant, l’article 1F(b) ne saurait être restreint à aucun de ces objectifs. Exclure les personnes qui ont commis des crimes graves hors du pays d’accueil, avant d’y demander l’asile, peut servir d’autres intérêts étatiques. Cela peut contribuer à préserver l’intégrité et la légitimité du système de l’asile pour les réfugiés, et donc à maintenir l’appui public nécessaire pour assurer sa viabilité. Cela peut dissuader les États d’exporter des criminels en leur accordant le pardon ou en leur imposant des peines démesurément clémentes, tout en facilitant leur départ vers d’autres pays à titre de réfugiés. Enfin, cela peut permettre aux États de réduire le danger pour leur société qui ressort de l’ensemble des cas de grande criminalité, compte tenu de la tâche difficile qui consiste à déterminer si les criminels provenant de l’étranger sont ou non

not exist, its purpose is clear in excluding persons from protection who previously committed serious crimes abroad.

(4) The Travaux Préparatoires

[37] Besides the arguments already addressed, Mr. Febles argues that the *Travaux préparatoires* to the *Refugee Convention* (the working documents preceding the *Refugee Convention*'s adoption) support his view that Article 1F(b) is confined to fugitives. Acknowledging that the *Travaux préparatoires* “do not provide any ‘hard answers’”, he nonetheless says that they generally support this inference.

[38] As discussed, Article 31(1) of the *Vienna Convention* provides for interpretation of treaty provisions in accordance with the ordinary meaning of the terms in their context and in light of the treaty's object and purpose. Article 32 only allows for recourse to “supplementary means of interpretation” — including the *Travaux préparatoires* — in order to confirm the meaning resulting from the application of Article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to Article 31 leaves the meaning ambiguous or obscure; or leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

[39] These conditions for use of the *Travaux préparatoires* are not present in this case. With great respect to Justice Abella's contrary view, the meaning of Article 1F(b) is clear, and admits of no ambiguity, obscurity or absurd or unreasonable result. Therefore, the *Travaux préparatoires* should not be considered.

[40] In any event, the *Travaux préparatoires* support the Minister's interpretation rather than Mr. Febles' reading of Article 1F(b). In the case *B (Area of Freedom, Security and Justice)* (2008), BVerwG 10 C 48.07, OVG 8 A 2632/06.A, both the

encore dangereux (leurs sources de renseignements dans de tels cas étant plus limitées que celles dont ils disposent pour un criminel de l'intérieur) et du risque d'erreur que comporte un tel exercice. Quels que soient les raisonnements qui peuvent ou non exister à l'égard de l'article 1F(b), son objet est clair, soit d'exclure de l'asile toute personne qui a commis un crime grave à l'étranger.

(4) Les travaux préparatoires

[37] Outre les arguments déjà abordés, M. Febles plaide que les travaux préparatoires à la *Convention relative aux réfugiés* (les documents de travail qui ont mené à l'adoption de la *Convention*) appuient sa thèse que l'article 1F(b) vise uniquement les criminels fugitifs. Bien qu'il reconnaisse que les travaux préparatoires [TRADUCTION] « n'offrent pas de “réponses tangibles” », il affirme tout de même qu'ils appuient généralement cette inférence.

[38] Nous avons vu que selon l'article 31(1) de la *Convention de Vienne*, les dispositions d'un traité doivent être interprétées suivant le sens ordinaire de ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. L'article 32 ne permet le recours à des « moyens complémentaires d'interprétation » — notamment les travaux préparatoires — qu'en vue de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 ou de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

[39] On ne retrouve pas en l'espèce les conditions nécessaires au recours aux travaux préparatoires. Avec égards pour l'opinion contraire de la juge Abella, le sens de l'article 1F(b) est clair et ne laisse aucune ambiguïté, obscurité ni aucun résultat absurde ou déraisonnable. Il n'y a donc pas lieu d'examiner les travaux préparatoires.

[40] Quoi qu'il en soit, les travaux préparatoires appuient l'interprétation de l'article 1F(b) que propose le ministre plutôt que celle que propose M. Febles. Dans l'affaire *B (Espace de liberté, de sécurité et de justice)* (2008), BVerwG 10 C 48.07,

German Federal Administrative Court and the European Court of Justice, *Bundesrepublik Deutschland v. B.*, [2010] EUECJ C-57/09, reviewed the *Travaux préparatoires* and concluded that the aim of the drafters was to protect the dignity of refugee status by excluding serious criminals from such status. The Court of Appeal in this case similarly concluded that “it is clear from the *Travaux Préparatoires* that the drafters did not intend to limit the exclusion provision to fugitives from justice” (2012 FCA 324, 442 N.R. 290, at para. 62).

[41] Mr. Febles points to statements made by certain delegates that he says support his interpretation when taken in context, but on a review of the *Travaux préparatoires* as a whole, no concluded intention to that effect emerges. Indeed, the French delegate stressed the need to distinguish between *bona fide* refugees and non-political criminals, and added that “refugees whose actions might bring discredit on that status” should be excluded (*Travaux préparatoires*, U.N. Doc. A/CONF.2/SR.29, at p. 19).

[42] Accordingly, I conclude that the *Travaux préparatoires* do not assist Mr. Febles’ position.

(5) The Case Law on Article 1F(b)

[43] Courts around the world have suggested various rationales for the inclusion of Article 1F(b) in the *Refugee Convention* and have interpreted the provision in different ways. While the jurisprudence is inconclusive as to the precise scope and all of the rationales, there is agreement that Article 1F(b) is not limited to fugitives. After reviewing the foreign jurisprudence, I conclude that the interpretation adopted by the German Federal Administrative Court and the European Court of Justice, that Article 1F(b) excludes anyone who has previously committed a serious non-political crime, is the most consistent with both the prevailing trend in the case law and the text of the provision.

OVG 8 A 2632/06.A, le Tribunal administratif fédéral d’Allemagne et la Cour européenne de justice, *Bundesrepublik Deutschland c. B.*, [2010] EUECJ C-57/09, ont tous deux examiné les travaux préparatoires et ont conclu que l’objectif des rédacteurs était de protéger la dignité du statut de réfugié en en excluant les grands criminels. En l’espèce, la Cour d’appel fédérale a conclu qu’« il ressort à l’évidence des *Travaux préparatoires* que les rédacteurs n’avaient pas l’intention de limiter la clause d’exclusion aux seuls fugitifs recherchés par la justice » (2012 CAF 324, 442 N.R. 290, par. 62).

[41] Monsieur Febles signale les déclarations de certains délégués qui, selon lui, appuient son interprétation lorsqu’on les examine dans leur contexte, mais à l’examen de l’ensemble des travaux préparatoires, il ne ressort aucune intention définitive en ce sens. En fait, le délégué de la France a insisté sur la nécessité d’une distinction entre les réfugiés authentiques et les criminels de droit commun, et il a ajouté que les « réfugiés dont les agissements discréditeraient ce statut » devraient être exclus (*travaux préparatoires*, Doc. N.U. A/CONF.2/SR.29, p. 19).

[42] Je conclus en conséquence que les travaux préparatoires n’appuient pas la position de M. Febles.

(5) La jurisprudence relative à l’article 1F(b)

[43] Les tribunaux à travers le monde ont proposé divers raisonnements justifiant l’inclusion de l’article 1F(b) dans la *Convention relative aux réfugiés* et ont interprété cette disposition de diverses façons. Bien que la jurisprudence ne soit pas concluante quant à sa portée précise et à tous les raisonnements de l’article 1F(b) proposés, on s’entend pour dire que cet article ne vise pas seulement les criminels fugitifs. Ayant examiné la jurisprudence étrangère, je conclus que l’interprétation retenue par le Tribunal administratif fédéral d’Allemagne et la Cour européenne de justice, suivant laquelle l’article 1F(b) exclut toute personne qui a commis un crime grave de droit commun, est la plus conforme à la tendance dominante de la jurisprudence et au texte de la disposition.

[44] I will first consider this Court’s *obiter dicta* in *Ward* and *Pushpanathan* to the extent that these are read as suggesting that Article 1F(b) is confined to fugitives. I will then review the international and Federal Court jurisprudence. A review of the jurisprudence demonstrates the difficulty of confining Article 1F(b) to a narrow category of people, like fugitives from justice, and confirms that it applies, as its words suggest, to anyone who has ever committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee.

[45] In *Ward*, the Court was concerned with what the meaning is of “membership in a particular social group or political opinion”, corresponding to the terms of Article 1A(2) of the *Refugee Convention*. In *obiter*, La Forest J. made this brief comment regarding Article 1F(b):

Hathaway would appear to confine paragraph (b) to accused persons who are fugitives from prosecution. The interpretation of this amendment was not argued before us. I note, however, that Professor Hathaway’s interpretation seems to be consistent with the views expressed in the *Travaux préparatoires*, regarding the need for congruence between the Convention and extradition law . . . [p. 743]

[46] The most that can be said of this comment is that La Forest J., noting that the issue had not been argued, tentatively accepted the view of Professor Hathaway that Article 1F(b) was confined to fugitives, on the basis that it seemed to be consistent with certain statements found in the *Travaux préparatoires*. As noted earlier in these reasons, the *Travaux préparatoires* should not be relied on in interpreting Article 1F(b). Nor, looking at them in their totality, beyond the particular comments referred to by La Forest J. with respect to extradition law, do the *Travaux préparatoires* support the view that Article 1F(b) is confined to fugitives. Earlier in his *Ward* reasons, La Forest J. explicitly recognized the rationale of a concern to keep out criminal

[44] J’examine en premier lieu les remarques incidentes faites dans les arrêts *Ward* et *Pushpanathan* de notre Cour dans la mesure où elles peuvent laisser croire que l’article 1Fb) vise uniquement les criminels fugitifs. J’examinerai en second lieu la jurisprudence internationale et celle de la Cour fédérale. L’examen de la jurisprudence illustre la difficulté de restreindre l’application de l’article 1Fb) à une catégorie étroite de personnes, comme les criminels fugitifs, et confirme que cet article s’applique, comme le suggèrent ses termes, à toute personne qui a déjà commis en dehors du pays d’accueil un crime grave de droit commun avant son admission dans ce pays en tant que réfugié.

[45] Dans *Ward*, la Cour s’était préoccupée du sens des mots « appartenance à un groupe social ou [. . .] ses opinions politiques » qui correspondent aux termes qu’emploie l’article 1A(2) de la *Convention relative aux réfugiés*. Dans une remarque incidente, le juge La Forest a tenu au sujet de l’article 1Fb) le court propos qui suit :

Hathaway semblerait limiter l’application de l’al. b) aux personnes accusées qui cherchent à échapper à des poursuites. La question de l’interprétation de cette modification n’a pas été débattue devant nous. Toutefois, je remarque que l’interprétation du professeur Hathaway semble être compatible avec le point de vue exprimé dans les *Travaux préparatoires*, au sujet du besoin de conformité entre la Convention et le droit en matière d’extradition . . . [p. 743]

[46] Tout ce que l’on peut dire au sujet de ce commentaire, c’est que le juge La Forest, après avoir souligné que la question n’avait pas été débattue, a accepté provisoirement la perspective du professeur Hathaway selon laquelle l’article 1Fb) s’appliquait uniquement aux criminels fugitifs, pour la raison que celle-ci semblait compatible avec certaines déclarations contenues dans les travaux préparatoires. Comme nous l’avons vu précédemment, il ne faudrait pas faire appel aux travaux préparatoires pour interpréter l’article 1Fb). Le fait de considérer les travaux préparatoires dans leur ensemble, sans tenir compte des commentaires particuliers auxquels fait référence le juge La Forest en ce qui concerne le droit de l’extradition, ne devrait

claimants, and the fact that Canada had amended its legislation to better serve that purpose:

In the amended *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, Parliament has further responded to the concern of keeping out dangerous and criminal claimants by excluding from the definition of “Convention refugee” in s. 2 of the Act any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Art. 1 . . . [p. 742]

[47] In *Pushpanathan*, this Court was concerned not with Article 1F(b), but with Article 1F(c), which excludes from protection those guilty of crimes contrary to the purposes and principles of the United Nations. Bastarache J., discussing the potential for overlap between Articles 1F(b) and 1F(c), suggested in *obiter* that Article 1F(b) was limited to “ordinary criminals extraditable by treaty” (para. 73). Bastarache J. gave no reasons for interpreting the clause as limited to extraditable fugitives, and the only authority cited at that section of the reasons is Professor G. S. Goodwin-Gill’s *The Refugee in International Law* (2nd ed. 1996). Under the heading *The drafting history of article 1F(b)*, Goodwin-Gill’s text contains a phrase identical to that used by Bastarache J.: “The IRO Constitution excluded refugees who were ‘ordinary criminals . . . extraditable by treaty’” (p. 101 (emphasis added)).

[48] It may therefore bear note that the more recent version of Professor Goodwin-Gill and J. McAdam’s text (*The Refugee in International Law* (3rd ed. 2007)), under the title *The relation to extradition*, observes as follows:

pas non plus appuyer le point de vue selon lequel l’article 1Fb) vise uniquement les criminels fugitifs. Dans *Ward*, le juge La Forest avait déjà explicitement reconnu la raison d’être du souci d’exclure les demandeurs criminels, et le fait que le Canada avait modifié sa loi pour mieux atteindre cet objectif :

Dans la version modifiée de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, le Parlement a répondu davantage au souci d’interdire de séjour les demandeurs criminels et dangereux, en excluant de la définition de l’expression « réfugié au sens de la Convention » figurant à l’art. 2 de la Loi toute personne à laquelle la Convention ne s’applique pas conformément à la section E ou F de l’article premier . . . [p. 742]

[47] Dans *Pushpanathan*, la Cour s’est penchée non pas sur l’article 1Fb), mais bien sur l’article 1Fc), qui exclut de la protection les personnes qui se sont rendues coupables de crimes contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. Au sujet du chevauchement possible des articles 1Fb) et 1Fc), le juge Bastarache a fait remarquer, dans une remarque incidente, que l’article 1Fb) visait uniquement les « criminels de droit commun susceptibles d’extradition en vertu d’un traité » (par. 73). Le juge Bastarache n’a offert aucun motif pour son interprétation selon laquelle la clause s’appliquait uniquement aux criminels fugitifs susceptibles d’extradition; la seule source invoquée dans cette partie des motifs est l’ouvrage du professeur G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e éd. 1996). Sous la rubrique *The drafting history of article 1F(b)*, le texte de Goodwin-Gill contient une phrase identique à celle utilisée par le juge Bastarache : [TRADUCTION] « La Constitution de l’Organisation internationale pour les réfugiés excluait les réfugiés qui étaient des “criminels de droit commun [. . .] susceptibles d’extradition en vertu d’un traité” » (p. 101 (je souligne)).

[48] Il convient donc de souligner que, dans la version la plus récente de l’ouvrage en question (G. S. Goodwin-Gill et J. McAdam, *The Refugee in International Law* (3^e éd. 2007)), sous la rubrique *The relation to extradition*, on fait remarquer ce qui suit :

. . . the “fugitives from justice” thesis appears to be on the wain, as being inconsistent with the ordinary meaning of the words. It is one thing to say that those seeking to escape prosecution for serious non-political crimes should not be recognized as refugees; but quite another to say that *only* such fugitives come within the scope of article 1F(b). [Emphasis in original; p. 175.]

[49] The restrictive views contained in the passing comments regarding Article 1F(b) made in *obiter dicta* in *Ward* and *Pushpanathan* find little support in the international case law. Recent jurisprudence out of the United Kingdom, Australia, New Zealand, and the European Union rejects the view that the purpose of Article 1F(b) is confined to exclusion of fugitives.

[50] In *T. v. Secretary of State for the Home Department*, [1996] 2 All E.R. 865, the U.K. House of Lords discussed the purpose of Article 1F generally and indicated that the purpose of Article 1F(b) was not limited to exclusion of fugitives. Rather, Article 1F(b) recognizes that there are those “whose criminal habits ma[ke] it unreasonable for them to be forced on to a host nation against its will” (p. 875). More recently, the U.K. Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) confirmed that Article 1F(b) is not confined to fugitives in *AH (Algeria) v. Secretary of State for the Home Department*, [2013] UKUT 00382 (IAC) (para. 97).

[51] Similar reasoning has been adopted in Australia. In *Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556, French J. of the Australian Federal Court stated that “[t]he exemption in Article 1F(b) . . . is protective of the order and safety of the receiving State” (para. 29). *Dhayakpa* was subsequently affirmed in *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 88 F.C.R. 173, where the Australian Federal Court specifically declined to follow this Court’s *dicta* in *Ward* and *Pushpanathan* that Article 1F(b) applied only to fugitives (pp. 6 and 13).

[TRADUCTION] . . . la thèse des « criminels fugitifs » semble être en déclin parce qu’incompatible avec le sens ordinaire des mots. Dire que ceux qui cherchent à échapper à des poursuites pour crimes graves de droit commun ne devraient pas se voir reconnaître la qualité de réfugiés est une chose; c’en est toutefois une tout autre de prétendre que *seuls* de tels fugitifs tombent sous le coup de l’article 1Fb). [En italique dans l’original; p. 175.]

[49] Les perspectives restrictives mentionnées en passant au sujet de l’article 1Fb) dans des remarques incidentes dans *Ward* et *Pushpanathan* trouvent peu d’appui dans la jurisprudence internationale. Les décisions récentes du Royaume-Uni, de l’Australie, de la Nouvelle-Zélande et de l’Union européenne rejettent l’idée que l’objet de l’article 1Fb) vise uniquement l’exclusion des criminels fugitifs.

[50] Dans l’arrêt *T. c. Secretary of State for the Home Department*, [1996] 2 All E.R. 865, la Chambre des lords du Royaume-Uni a examiné l’objet de la section 1F en général et a indiqué que l’article 1Fb) ne se limitait pas à l’exclusion des criminels fugitifs. Cette disposition reconnaît plutôt que dans le cas de certaines personnes, [TRADUCTION] « en raison de leurs activités criminelles, il n’est pas raisonnable d’obliger un pays de les accueillir contre son gré » (p. 875). Plus récemment, le Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) du Royaume-Uni a confirmé dans l’affaire *AH (Algeria) c. Secretary of State for the Home Department*, [2013] UKUT 00382 (IAC) (par. 97), que l’article 1Fb) ne vise pas uniquement les criminels fugitifs.

[51] En Australie, on a adopté un raisonnement semblable. Dans l’affaire *Dhayakpa c. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556, le juge French de la Cour fédérale d’Australie a affirmé que [TRADUCTION] « [l]’exemption que prévoit l’article 1Fb) [. . .] maintient l’ordre et la sécurité dans le pays d’accueil » (par. 29). La décision *Dhayakpa* a subséquemment été confirmée dans *Ovcharuk c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), 88 F.C.R. 173, où la Cour fédérale de l’Australie a expressément refusé de suivre les remarques incidentes faites par notre Cour dans *Ward* et *Pushpanathan* suivant lesquelles l’article 1Fb) s’applique uniquement aux criminels fugitifs (p. 6 et 13).

[52] The leading Australian case is *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh*, [2002] HCA 7, 209 C.L.R. 533. Kirby J. made an extensive survey of the applicable principles of international law, and the context, object and purposes of the *Refugee Convention*. While he acknowledged the *Refugee Convention*'s humanitarian objectives and the "heavy burdens" it imposes on the contracting states (para. 94), he also found that the *Refugee Convention* represented a compromise between competing purposes:

... countries of refuge are usually entitled to ensure the integrity of their own communities. In the case of serious crimes, such countries are normally entitled to exclude persons convicted of, or suspected of complicity in, such crimes. This is because such involvement may indicate, to some degree at least, the possibility of future risk to the community of the country of refuge. Without such entitlement in defined extreme cases, there would be a risk that the protective objectives of the Convention might be undermined by strong popular and political resentment. [Footnote omitted; para. 95.]

[53] In *Attorney-General (Minister of Immigration) v. Tamil X*, [2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721, the Supreme Court of New Zealand stated that two purposes underlie Article 1F(b): (1) to prevent fugitives from avoiding punishment for their crimes; and (2) to protect the security of states. The court made clear that the language of Article 1F(b) "cannot . . . be read as confining exclusion to those who are fugitives from justice" (para. 82).

[54] In *B (Area of Freedom, Security and Justice)*, both the German Federal Administrative Court and the European Court of Justice held that current dangerousness is not relevant to the application of Article 1F(b). While the claimants in *B (Area of Freedom, Security and Justice)* were fugitives, both courts went on to discuss the general purpose and scope of both Articles 1F(b) and 1F(c) and suggested that the exclusions apply to anyone who has ever committed the acts referenced in those

[52] Dans la jurisprudence australienne, l'arrêt de principe est l'arrêt *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Singh*, [2002] HCA 7, 209 C.L.R. 533. Le juge Kirby a fait une étude approfondie des principes du droit international applicables, ainsi que du contexte, de l'objet et des buts de la *Convention relative aux réfugiés*. Alors qu'il a reconnu les objectifs humanitaires de la *Convention relative aux réfugiés* ainsi que le [TRADUCTION] « lourd fardeau » qu'elle impose aux États contractants (par. 94), il a cependant estimé que la *Convention relative aux réfugiés* représente un compromis entre des buts opposés :

[TRADUCTION] . . . les pays d'accueil peuvent généralement assurer l'intégrité de leurs collectivités. Face à des crimes graves, ces pays peuvent généralement refuser d'accueillir les personnes reconnues coupables ou soupçonnées de complicité dans la perpétration de ces crimes car cette participation au crime peut indiquer, du moins dans une certaine mesure, la possibilité d'un danger futur pour la collectivité du pays d'accueil. Sans ce droit de refus dans certains cas extrêmes, un fort ressentiment populaire et politique risquerait de saper les objectifs de protection de la Convention. [Note en bas de page omise; par. 95.]

[53] Dans l'arrêt *Attorney-General (Minister of Immigration) c. Tamil X*, [2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721, la Cour suprême de Nouvelle-Zélande a affirmé que deux objectifs sous-tendent l'article 1Fb) : (1) empêcher que les criminels fugitifs se soustraient à leur châtement, et (2) protéger la sécurité des États. La cour a précisé que le libellé de l'article 1Fb) [TRADUCTION] « ne peut [. . .] être interprété de façon à exclure seulement les criminels fugitifs » (par. 82).

[54] Dans l'affaire *B (Espace de liberté, de sécurité et de justice)*, le Tribunal administratif fédéral d'Allemagne et la Cour européenne de justice ont tous les deux statué que la dangerosité actuelle n'était pas pertinente dans l'application de l'article 1Fb). Bien que les demandeurs dans *B (Espace de liberté, de sécurité et de justice)* fussent des fugitifs, les deux tribunaux ont ensuite examiné l'objet général et la portée des articles 1Fb) et 1Fc) et ont estimé que les exclusions s'appliquaient à quiconque

provisions. After examining the *Travaux préparatoires* of the *Refugee Convention*, the German Federal Administrative Court held that the dominant purpose of Article 1F(b) is to “protect refugee status from abuse, by keeping it from being granted to undeserving applicants” and to “prevent refugee status from being discredited by including criminals in the group of recognised refugees” (paras. 29-30). The European Court of Justice stated that Article 1F(b) operates as “a penalty for acts committed in the past” (para. 103) and was “introduced with the aim of excluding from refugee status persons who are deemed to be undeserving of the protection which that status entails” (para. 104). In other words, Article 1F(b) is aimed at excluding from refugee status persons who have committed a serious crime, regardless of what may have happened since.

[55] I cannot agree with Justice Abella when she says that *B (Area of Freedom, Security and Justice)* “said nothing about whether — or the extent to which — Article 1F(b) deals with non-fugitives” (para. 120). To the contrary, the European Court of Justice, at paras. 100-105, made it clear that Articles 1F(b) and 1F(c) operate in the same way: to preserve the dignity of refugee status by excluding anyone who has ever committed the acts listed in those provisions. Indeed, even the appellant properly concedes that “a number of the propositions [in the European Court’s reasoning] seem to suggest that the Article [1F(b)] applies without limit” (A.F., at para. 78).

[56] Two courts, however, have taken a narrow view of Article 1F(b). In Belgium, the Conseil du contentieux des étrangers has held that factors such as expiation, remorse, or even subsequent acts of charity are relevant to whether a claimant is deserving of refugee protection in a given case (see *X v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, No. 27.479, May 18, 2009, and *X v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, No. 69656, November 8, 2011).

avait déjà commis les actes mentionnés dans ces dispositions. À l’issue d’un examen des travaux préparatoires à la *Convention relative aux réfugiés*, le Tribunal administratif fédéral d’Allemagne a conclu que l’objet dominant de l’article 1Fb) consiste à [TRADUCTION] « protéger contre le dénigrement la qualité de réfugié en empêchant qu’elle soit accordée aux demandeurs qui n’en sont pas dignes », et à « empêcher que la qualité de réfugié soit déconsidérée par l’inclusion de criminels dans le groupe des réfugiés reconnus » (par. 29-30). La Cour européenne de justice a affirmé que l’article 1Fb) a pour effet de « sanctionner des actes commis dans le passé » (par. 103) et avait été « institué dans le but d’exclure du statut de réfugié les personnes jugées indignes de la protection qui s’y attache » (par. 104). En d’autres mots, l’article 1Fb) vise à exclure du statut de réfugié les personnes qui ont commis un crime grave, peu importe ce qui a pu arriver depuis.

[55] Je ne puis souscrire à l’opinion de la juge Abella selon laquelle l’arrêt *B (Espace de liberté, de sécurité et de justice)* « n’indiquait nullement si, ou dans quelle mesure, l’article 1Fb) traite des non-fugitifs » (par. 120). Au contraire, la Cour européenne de justice, aux par. 100-105, a clairement précisé que les articles 1Fb) et 1Fc) ont effet de la même façon : ils préservent la dignité du statut de réfugié en excluant quiconque a déjà commis les actes auxquels renvoient ces dispositions. De fait, l’appelant lui-même reconnaît à bon droit que [TRADUCTION] « bon nombre des propositions [dans les motifs de la Cour européenne] semblent laisser entendre que l’article [1Fb)] s’applique sans restriction » (m.a., par. 78).

[56] Deux tribunaux ont cependant interprété restrictivement l’article 1Fb). En Belgique, le Conseil du contentieux des étrangers a estimé que des facteurs tels l’expiation d’une peine, des remords ou même des actes charitables subséquents sont pertinents pour déterminer si un demandeur dans un cas donné est digne de la protection accordée aux réfugiés (voir *X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, n° 27.479, 18 mai 2009, et *X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, n° 69656, 8 novembre 2011).

[57] And in France, the Conseil d'État has stated that, while protection of the host society is, besides exclusion of fugitives, a rationale for Article 1F(b), a claimant who has served his sentence for a serious crime should not be excluded *unless* it is found, on the basis of something more than the fact that an Article 1F(b) crime was committed, that he would represent a danger to the public (*Office français de protection des réfugiés et apatrides v. Hykaj*, No. 320910, May 4, 2011).

[58] The Federal Court of Appeal, confronted with this array of jurisprudence, has inclined to the view of the High Court of Australia and the European Court of Justice in a series of cases that includes *Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 404, [2009] 4 F.C.R. 164, and the decision under appeal. The Federal Court of Appeal has not followed the *obiter* statements in *Ward* and *Pushpanathan* and has held that sentence completion does not “allow [a claimant] to avoid the application of Article 1F(b)” (*Jayasekara*, at para. 57).

[59] I conclude that the dominant tide of the jurisprudence is inconsistent with the conclusion that Article 1F(b) operates so as to exclude only fugitives, as well as with the proposition that post-crime conduct must be balanced against the crime's seriousness. Of particular note, none of the international courts accept the *dicta* in *Ward* and *Pushpanathan* that exclusion of fugitives is the *only* rationale for Article 1F(b). In my view, the *Ward* and *Pushpanathan obiter* statements should no longer be followed.

(6) Conclusion on the Scope of Article 1F(b)

[60] Article 1F(b) excludes anyone who has ever committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee. Its application is not limited

[57] Et en France, le Conseil d'État a statué que, bien que la protection de la société d'accueil soit, outre l'exclusion des criminels fugitifs, une raison d'être de l'article 1Fb), un demandeur qui a purgé sa peine pour un crime grave ne devrait pas être exclu *sauf* si on peut conclure, pour des raisons qui vont au-delà du fait qu'un crime visé à l'article 1Fb) a été commis, qu'il présenterait un danger pour le public (*Office français de protection des réfugiés et apatrides c. Hykaj*, n° 320910, 4 mai 2011).

[58] Confrontée à cette jurisprudence, la Cour d'appel fédérale, dans une série de décisions incluant *Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 404, [2009] 4 R.C.F. 164, et la décision qui fait l'objet du présent pourvoi, s'est rangée à l'avis de la Haute cour d'Australie et de la Cour européenne de justice. La Cour d'appel fédérale n'a pas suivi les remarques incidentes faites dans *Ward* et *Pushpanathan* et a conclu que le fait d'avoir purgé sa peine ne « permet [pas à un demandeur] d'échapper à l'application de l'article 1Fb) » (*Jayasekara*, par. 57).

[59] Je conclus que la tendance dominante de la jurisprudence n'est pas compatible avec l'affirmation voulant que l'article 1Fb) a pour effet de n'exclure que les seuls criminels fugitifs, ni avec l'affirmation voulant qu'il faut mettre en balance la conduite postérieure au crime et la gravité du crime. Je signale en particulier qu'aucun tribunal étranger n'accepte les remarques incidentes de *Ward* et *Pushpanathan* suivant lesquelles l'exclusion des criminels fugitifs est la *seule* raison d'être de l'article 1Fb). J'estime que les remarques incidentes faites dans *Ward* et *Pushpanathan* ne devraient plus être suivies.

(6) Conclusion relative à la portée de l'article 1Fb)

[60] L'article 1Fb) exclut toute personne qui a déjà commis un crime grave de droit commun à l'extérieur du pays d'accueil avant son admission en tant que réfugié dans ce pays. Cet article ne

to fugitives, and neither is the seriousness of the crime to be balanced against factors extraneous to the crime such as present or future danger to the host society or post-crime rehabilitation or expiation.

C. *How Should a Crime's Seriousness Be Assessed?*

[61] The appellant concedes that his crimes were “serious” when they were committed, obviating the need to discuss what constitutes a “serious . . . crime” under Article 1F(b). However, a few comments on the question may be helpful.

[62] The Federal Court of Appeal in *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 390 (C.A.), and *Jayasekara* has taken the view that where a maximum sentence of ten years or more could have been imposed had the crime been committed in Canada, the crime will generally be considered serious. I agree. However, this generalization should not be understood as a rigid presumption that is impossible to rebut. Where a provision of the Canadian *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, has a large sentencing range, the upper end being ten years or more and the lower end being quite low, a claimant whose crime would fall at the less serious end of the range in Canada should not be presumptively excluded. Article 1F(b) is designed to exclude only those whose crimes are serious. The UNHCR has suggested that a presumption of serious crime might be raised by evidence of commission of any of the following offences: homicide, rape, child molesting, wounding, arson, drugs trafficking, and armed robbery (Goodwin-Gill and McAdams, at p. 179). These are good examples of crimes that are sufficiently serious to presumptively warrant exclusion from refugee protection. However, as indicated, the presumption may be rebutted in a particular case. While consideration of whether a maximum sentence of ten years or more could have been imposed had the crime been committed in Canada is a useful guideline, and crimes attracting a maximum sentence of ten years or more in Canada will generally be sufficiently serious to warrant exclusion,

s’applique pas uniquement aux criminels fugitifs, et la gravité du crime n’a pas à être mise en balance avec des facteurs extrinsèques au crime tels le danger présent ou futur pour la société d’accueil, ou la réadaptation ou l’expiation subséquente au crime.

C. *Comment déterminer la gravité d’un crime?*

[61] L’appelant admet que les crimes qu’il a commis étaient « graves » lorsqu’il les a commis, et point n’est besoin d’examiner en quoi consiste un « crime grave » au sens de l’article 1Fb). Toutefois, quelques commentaires à ce sujet peuvent s’avérer utiles.

[62] Dans les arrêts *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390 (C.A.), et *Jayasekara*, la Cour d’appel fédérale s’est dite d’avis que le crime est généralement considéré comme grave lorsqu’une peine maximale d’au moins dix ans d’emprisonnement aurait pu être infligée si le crime avait été commis au Canada. C’est aussi mon avis. Toutefois, il ne faut pas voir dans cette généralisation une présomption rigide qu’il est impossible de réfuter. Lorsqu’une disposition du *Code criminel* du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoit un large éventail de peines, qui vont d’une peine relativement légère jusqu’à une peine d’au moins dix ans d’emprisonnement, on ne saurait exclure de façon présomptive un demandeur qui serait condamné au Canada à une peine parmi les plus légères. L’article 1Fb) vise à n’exclure que les personnes qui ont commis des crimes graves. Le HCR a indiqué qu’une présomption de crime grave pourrait découler de la preuve de la perpétration des infractions suivantes : l’homicide, le viol, l’attentat à la pudeur d’un enfant, les coups et blessures, le crime d’incendie, le trafic de drogues et le vol qualifié (Goodwin-Gill et McAdams, p. 179). Il s’agit là d’exemples valables de crimes suffisamment graves pour justifier de façon présomptive l’exclusion de la protection offerte aux réfugiés. Toutefois, je le rappelle, la présomption peut être réfutée dans un cas donné. Le fait qu’une peine maximale d’au moins dix ans d’emprisonnement aurait pu être infligée si le crime avait été perpétré au Canada

the ten-year rule should not be applied in a mechanistic, decontextualized, or unjust manner.

D. *The Domestic Statutory Context and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*

[63] Mr. Febles' final argument is that his suggested interpretation of Article 1F(b) should be adopted because it creates harmony within the *IRPA* and ensures consistency with the *Charter*. This argument conflates two different interpretive exercises.

[64] As discussed, Article 1F(b) of the *Refugee Convention* is part of an international treaty, the meaning of which is not affected by provisions of the *IRPA*. However, the Board is bound by the *IRPA*, and not by the *Refugee Convention* itself. Parliament has the power to pass legislation that complies with Canada's obligations under the *Refugee Convention*, or to pass legislation that either exceeds or falls short of the *Refugee Convention's* protections. In this case, therefore, there are two separate inquiries. First, what does Article 1F(b) of the *Refugee Convention* mean? For this first inquiry, the statutory scheme and the *Charter* are not relevant. Second, what does s. 98 of the *IRPA* mean? For this second inquiry, the domestic statutory context and the *Charter* are potentially relevant.

[65] I earlier concluded that Article 1F(b) of the *Refugee Convention* applies to anyone who has ever committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee.

[66] Section 98 of the *IRPA* expressly incorporates Article 1F(b) of the *Refugee Convention*, stating: "A person referred to in section E or F of Article 1

s'avère un guide utile, et les crimes qui, au Canada, rendent leur auteur passible d'une peine maximale d'au moins dix ans seront en général suffisamment graves pour justifier l'exclusion, mais il ne faudrait pas appliquer la règle des dix ans machinalement, sans tenir compte du contexte ou de manière injuste.

D. *Le contexte législatif interne et la Charte canadienne des droits et libertés*

[63] Selon le dernier argument qu'avance M. Febles, l'interprétation de l'article 1F(b) qu'il propose devrait être retenue parce qu'elle assure l'harmonie de la *LIPR* ainsi que sa conformité avec la *Charte*. Cet argument confond deux exercices d'interprétation distincts.

[64] J'ai déjà mentionné que l'article 1F(b) de la *Convention relative aux réfugiés* figure dans un traité international; le sens de ce dernier n'est pas touché par les dispositions de la *LIPR*. Cependant, la Commission est liée par la *LIPR* et non par la *Convention relative aux réfugiés* elle-même. Le législateur a le pouvoir d'adopter un texte législatif conforme aux obligations que la *Convention relative aux réfugiés* impose au Canada, ou un texte législatif qui prévoit une protection plus grande ou moindre que celle prévue par la *Convention relative aux réfugiés*. Il faut donc en l'espèce poser deux questions distinctes. Premièrement, que signifie l'article 1F(b) de la *Convention relative aux réfugiés*? Pour répondre à cette première question, le régime législatif et la *Charte* ne sont pas pertinents. Deuxièmement, que signifie l'art. 98 de la *LIPR*? Pour répondre à cette deuxième question, le contexte législatif interne et la *Charte* peuvent être pertinents.

[65] J'ai déjà conclu que l'article 1F(b) de la *Convention relative aux réfugiés* s'applique à toute personne qui a déjà commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admise comme réfugié.

[66] L'article 98 de la *LIPR* incorpore expressément l'article 1F(b) de la *Convention relative aux réfugiés* : « La personne visée aux sections E ou F

of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.” As such, it is clear that Parliament’s intent was for s. 98 to exclude from refugee protection in Canada all persons falling under Article 1F(b) of the *Refugee Convention*. There is nothing in the scheme of the *IRPA* as a whole that indicates a contrary intention.

[67] There is similarly no role to play for the *Charter* in interpreting s. 98 of the *IRPA*. Where Parliament’s intent for a statutory provision is clear and there is no ambiguity, the *Charter* cannot be used as an interpretive tool to give the legislation a meaning which Parliament did not intend: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paras. 61-62. Moreover, as the Court of Appeal held, s. 98 of the *IRPA* is consistent with the *Charter*. As stated at para. 10 of these reasons, even if excluded from refugee protection, the appellant is able to apply for a stay of removal to a place if he would face death, torture or cruel and unusual treatment or punishment if removed to that place (ss. 97, 112, 113(d)(i) and 114(1)(b) of the *IRPA*). On such an application, the Minister would be required to balance the risks faced by the appellant if removed against the danger the appellant would present to the Canadian public if not removed (s. 113(d) of the *IRPA*). Section 7 of the *Charter* may also prevent the Minister from issuing a removal order to a country where *Charter*-protected rights may be in jeopardy: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 58.

[68] While the appellant would prefer to be granted refugee protection than have to apply for a stay of removal, the *Charter* does not give a positive right to refugee protection. The appellant is excluded from refugee protection as a result of his commission of serious non-political crimes. If removal of the appellant to Cuba jeopardizes his *Charter* rights, his recourse is to seek a stay of removal, as discussed earlier.

de l’article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger. » Ce texte indique ainsi clairement l’intention du législateur d’exclure du régime canadien de protection des réfugiés toutes les personnes que vise l’article 1Fb) de la *Convention relative aux réfugiés*. Rien dans l’ensemble du régime de la *LIPR* n’indique une intention contraire.

[67] De même, la *Charte* ne joue aucun rôle dans l’interprétation de l’art. 98 de la *LIPR*. Lorsque l’intention exprimée par le législateur dans une disposition législative est claire et sans ambiguïté, la *Charte* ne peut servir d’outil d’interprétation pour donner au texte législatif un sens non voulu par le législateur : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 61-62. En outre, comme l’avait conclu la Cour d’appel, l’art. 98 de la *LIPR* est compatible avec la *Charte*. J’ai indiqué au par. 10 des présents motifs que, même s’il est exclu du régime de protection des réfugiés, l’appelant peut demander au ministre de surseoir à une mesure de renvoi pour le lieu en cause si le renvoi à ce lieu l’expose à la mort, à la torture ou à des traitements ou peines cruels ou inusités (art. 97, 112, sous-al. 113d(i) et par. 114(1) de la *LIPR*). Le ministre saisi d’une telle demande devrait pondérer les risques auxquels le renvoi exposerait l’appelant et le danger que l’appelant constituerait pour la population canadienne s’il n’était pas renvoyé (al. 113d) de la *LIPR*). L’article 7 de la *Charte* peut aussi empêcher le ministre de renvoyer une personne dans un pays où les droits que garantit la *Charte* peuvent être mis en péril : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 58.

[68] Bien que l’appelant préférerait se voir accorder l’asile plutôt que demander un sursis à l’exécution d’un renvoi, la *Charte* n’accorde aucun droit positif à l’égard de l’asile. L’appelant est exclu de l’asile en raison des crimes graves de droit commun qu’il a commis. Si son renvoi vers Cuba met en péril des droits que lui garantit la *Charte*, son recours consiste, je le rappelle, en une demande de sursis à l’exécution d’un tel renvoi.

[69] Alternatively, if the appellant believes that the refugee status he was previously granted by the United States was improperly stripped by U.S. authorities under 8 U.S.C. § 1158(c)(2)(B) and § 1158(c)(3), he must challenge this in the justice system of the United States. The Canadian justice system cannot be invoked to determine the correctness or the constitutionality of decisions made by U.S. officials pursuant to U.S. laws.

IV. Disposition

[70] I would dismiss the appeal and uphold the decision of the Board denying refugee protection to the appellant.

The reasons of *Abella* and *Cromwell JJ.* were delivered by

[71] *ABELLA J.* (dissenting) — In the wake of the mass persecution and displacement of persons during World War II, the international community responsively consolidated and entrenched international protection for refugees through the 1951 United Nations *Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969 No. 6 (*Refugee Convention*).

[72] The *Refugee Convention*, as amended by a 1967 *Protocol relating to the Status of Refugees*, 606 U.N.T.S. 267, is today the Rosetta Stone of refugee protection under international law, setting out the definition of who is considered a refugee, the rights of refugees, and the corresponding obligations of states towards refugees in their territory. Among other humanitarian protections provided in the *Refugee Convention*, the prohibition against *refoulement* under Article 33 provides that signatory states are prohibited from forcibly expelling or returning refugees to a territory in which there is a risk of persecution.

[73] While Article 1 sets out broad parameters for those persons with a well-founded fear of persecution who will be considered refugees, the

[69] Subsidièrement, si l'appelant estime que les autorités américaines l'ont injustement dépouillé, aux termes des dispositions du titre 8 U.S.C. § 1158(c)(2)(B) et § 1158(c)(3), de l'asile que lui avaient accordé les États-Unis, il doit s'adresser au système de justice américain pour contester cette décision. Il ne peut agir en justice au sein du système de justice canadien pour que soit déterminée la justesse ou la constitutionnalité des décisions prises par les responsables américains aux termes des lois américaines.

IV. Dispositif

[70] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de maintenir la décision de la Commission de refuser l'asile à l'appelant.

Version française des motifs des juges *Abella* et *Cromwell* rendus par

[71] *LA JUGE ABELLA* (dissidente) — Dans le sillage des persécutions et des déplacements massifs de personnes pendant la Deuxième Guerre mondiale, la communauté internationale a réagi en codifiant et en consacrant la protection internationale des réfugiés dans la *Convention relative au Statut des Réfugiés* des Nations Unies de 1951, R.T. Can. 1969 n° 6 (*Convention relative aux réfugiés*).

[72] La *Convention relative aux réfugiés*, modifiée en 1967 par un *Protocole relatif au statut des réfugiés*, 606 R.T.N.U. 267, constitue aujourd'hui la pierre de Rosette de la protection des réfugiés en droit international, établissant qui a qualité de réfugié, les droits des réfugiés et les obligations correspondantes des États envers les réfugiés sur leur territoire. Entre autres protections humanitaires prévues dans la *Convention relative aux réfugiés*, l'interdiction du refoulement que l'on trouve à l'article 33 prévoit qu'aucun État signataire ne peut expulser ou refouler de force des réfugiés vers un territoire où existe un risque de persécution.

[73] L'article premier établit les grands paramètres applicables aux personnes qui, craignant avec raison d'être persécutées, seront considérées

category is not open-ended. The signatories to the *Refugee Convention* did not want the protections flowing from refugee status to be extended to individuals whose designation as refugees would compromise the integrity and political viability of those very protections.

[74] Article 1F sets out the grounds for excluding an individual from the status of “refugee”. The claim for refugee status in this case depends on a determination of when the commission of a serious non-political crime in accordance with Article 1F(b) will disqualify an individual from the protective scope of the *Refugee Convention*. With great respect, I draw a different interpretive conclusion than does the majority. While Articles 1F(a) and (c) represent absolute barriers to refugee status, the human rights approach to interpretation mandated by the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37 (*Vienna Convention*), suggests a less draconian interpretation of Article 1F(b). In my view, except in the case of very serious crimes, an individual should not automatically be disqualified from the humanitarian protection of the *Refugee Convention* under this provision and should be entitled to have any expiation or rehabilitation taken into account.

Background

[75] The facts underlying the criminal conduct in question in this appeal are not contested. Luis Alberto Hernandez Febles is a Cuban citizen born on December 4, 1954. He left Cuba for the United States on May 14, 1980. He was granted refugee status in the United States on the ground of fear of persecution as a political dissident.

[76] Mr. Febles pleaded guilty in 1984 and 1993 to two criminal offences in California. They are the basis of this appeal.

comme des réfugiés. Toutefois, la catégorie comprend des exceptions. Les signataires de la *Convention relative aux réfugiés* n’ont pas voulu que la protection qu’offre le statut de réfugié s’étende à des personnes dont la désignation comme réfugiés compromettrait l’intégrité et la viabilité politique de cette protection.

[74] La section 1F énonce des motifs justifiant l’exclusion de certaines personnes de la catégorie des « réfugiés ». Pour statuer sur la demande d’asile en l’espèce, il faut déterminer les situations dans lesquelles la perpétration d’un crime grave de droit commun au sens de l’article 1F(b) privera une personne de la protection accordée par la *Convention relative aux réfugiés*. Malgré tout le respect que je dois à mes collègues majoritaires, j’arrive à une conclusion interprétative différente de la leur sur cette question. Bien que les articles 1Fa) et c) représentent des obstacles absolus à la reconnaissance du statut de réfugié, l’approche en fonction des droits de la personne pour l’interprétation prescrite par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37 (*Convention de Vienne*), appelle une interprétation moins draconienne de l’article 1Fb). À mon avis, sauf dans les cas de crimes très graves, une personne ne devrait pas être automatiquement privée de la protection humanitaire de la *Convention relative aux réfugiés* en application de cette disposition, et l’expiation ou la réadaptation, le cas échéant, devraient être prises en compte.

Contexte

[75] Les faits relatifs à la conduite criminelle en cause dans le présent pourvoi ne sont pas contestés. Luis Alberto Hernandez Febles est un citoyen cubain né le 4 décembre 1954. Il a quitté Cuba pour se rendre aux États-Unis le 14 mai 1980. Il a obtenu le statut de réfugié aux États-Unis en raison de sa crainte d’être persécuté comme dissident politique.

[76] En 1984 et en 1993, M. Febles a plaidé coupable à deux infractions criminelles en Californie. Le présent pourvoi découle de ces infractions.

[77] On July 2, 1984, Mr. Febles turned himself in to the police after having struck someone on the head with a hammer while the victim was sleeping. He had consumed alcohol at the time of the offence. On November 20, 1984, Mr. Febles pleaded guilty to “assault . . . with a deadly weapon . . . other than a firearm” under the *Penal Code of California* (s. 245(a)(1)), and was sentenced to two years in prison and three years of probation.

[78] The second offence occurred on October 3, 1993, when Mr. Febles uttered threats while pointing a knife at someone. Mr. Febles pleaded guilty to “assault . . . with a deadly weapon . . . other than a firearm”. He was sentenced to two years in prison and three years of probation.

[79] Mr. Febles does not deny responsibility for these offences. He admitted that he had serious alcohol problems at the time, but said that he has since stopped drinking after completing an Alcoholic Anonymous course between 1998 and 2002. From 2002 to 2008, Mr. Febles was gainfully employed in the United States.

[80] Mr. Febles entered Canada on October 12, 2008. Two days later, on October 14, 2008, he reported to the authorities and applied for refugee status on the ground of fear of persecution in Cuba for his political beliefs. He freely disclosed his criminal convictions to the Canadian authorities in his interview with the Canada Border Services Agency.

[81] On the basis of the Border Services report, Mr. Febles was referred to the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (Board) for an inadmissibility hearing. The Immigration Division concluded that Mr. Febles was inadmissible based on having committed a serious non-political crime.

[77] Le 2 juillet 1984, M. Febles s’est rendu à la police après avoir frappé une personne à la tête avec un marteau pendant que la victime dormait. Il avait consommé de l’alcool au moment de l’infraction. Le 20 novembre 1984, M. Febles a plaidé coupable à l’infraction de [TRADUCTION] « voies de fait [. . .] avec une arme meurtrière [. . .] autre qu’une arme à feu », une infraction prévue au *Penal Code of California* (al. 245(a)(1)), et il a été condamné à une peine d’emprisonnement de deux ans et à trois ans de probation.

[78] La deuxième infraction a eu lieu le 3 octobre 1993, lorsque M. Febles a proféré des menaces pendant qu’il pointait un couteau vers quelqu’un. Monsieur Febles a plaidé coupable à l’infraction de [TRADUCTION] « voies de fait [. . .] avec une arme meurtrière [. . .] autre qu’une arme à feu ». Il a été condamné à une peine d’emprisonnement de deux ans et à trois ans de probation.

[79] Monsieur Febles ne nie pas sa responsabilité relativement à ces infractions. Il admet avoir eu de sérieux problèmes d’alcool à l’époque, mais il affirme avoir cessé de boire depuis, après avoir participé au programme des Alcooliques Anonymes entre 1998 et 2002. De 2002 à 2008, M. Febles a occupé un emploi rémunéré aux États-Unis.

[80] Monsieur Febles est entré au Canada le 12 octobre 2008. Deux jours plus tard, le 14 octobre 2008, il s’est présenté aux autorités et a demandé l’asile en raison de sa crainte d’être persécuté à Cuba pour ses convictions politiques. Lors de son entrevue avec un agent des services frontaliers du Canada, il a librement fait part de ses condamnations criminelles aux autorités canadiennes.

[81] Sur la foi du rapport des Services frontaliers, M. Febles a été déféré à la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (Commission) pour constat d’interdiction de territoire. La Section de l’immigration a conclu que M. Febles était interdit de territoire parce qu’il avait commis un crime grave de droit commun.

[82] A deportation order was issued on June 3, 2010.

[83] On October 14, 2010, the Board's Refugee Protection Division heard Mr. Febles' claim for refugee protection. The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness filed a notice to intervene, arguing that Mr. Febles should be excluded from the definition of refugee under Article 1F(b) of the *Refugee Convention* because he had committed a serious non-political crime. Mr. Febles' position was that he had served his sentences, was now rehabilitated, and posed no danger to Canada.

[84] The Board dismissed his claim for refugee status on October 27, 2010, concluding that the gravity of his crime in 1984 disqualified him from refugee status under Article 1F(b) of the *Refugee Convention*.

[85] Mr. Febles' application for judicial review was dismissed by both the Federal Court, 2011 FC 1103, 397 F.T.R. 179, and Federal Court of Appeal, 2012 FCA 324, 442 N.R. 290. For the following reasons, I would allow the appeal and remit the matter to the Board for redetermination.

Analysis

[86] Article 1F of the *Refugee Convention* excludes three categories of individuals from the protective scope of its provisions by limiting the definition of a "refugee":

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

- (a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

[82] Une mesure d'expulsion a été prise le 3 juin 2010.

[83] Le 14 octobre 2010, la Section de la protection des réfugiés de la Commission a entendu la demande d'asile de M. Febles. Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile a déposé un avis d'intervention, plaidant que M. Febles devait être exclu de la définition de réfugié en application de l'article 1Fb) de la *Convention relative aux réfugiés* parce qu'il avait commis un crime grave de droit commun. Monsieur Febles a fait valoir qu'il avait purgé ses peines, qu'il était maintenant réadapté et qu'il ne posait aucun danger pour le Canada.

[84] La Commission a rejeté sa demande d'asile le 27 octobre 2010 et a conclu qu'aux termes de l'article 1Fb) de la *Convention relative aux réfugiés*, la gravité de son crime commis en 1984 l'excluait du régime de protection des réfugiés.

[85] La demande de contrôle judiciaire présentée par M. Febles a été rejetée tant par la Cour fédérale, 2011 CF 1103, 397 F.T.R. 179, que par la Cour d'appel fédérale, 2012 CAF 324, 442 N.R. 290. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision.

Analyse

[86] La section 1F de la *Convention relative aux réfugiés* exclut trois catégories de personnes du régime de protection de ses dispositions en limitant la définition de « réfugié » :

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

- a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

- (b) **he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;**
- (c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

[87] The consequences of exclusion under Article 1F are significant. If an individual becomes ineligible for the status of a “refugee” on the basis of one of those exclusionary grounds, the humanitarian protections provided in the *Refugee Convention* are denied altogether, including the protection from *refoulement* under Article 33. An excluded individual is consequently at risk of being returned to face persecution in his or her country of origin, barring the availability of any residual protection under domestic or international human rights law.

[88] Parliament incorporated Article 1F into the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. Section 95 of the Act states that refugee protection is conferred on an individual where the Immigration and Refugee Board “determines the person to be a Convention refugee or a person in need of protection”. Section 98 carves out an exception for persons covered by Article 1F.

[89] Article 31 of the *Vienna Convention* sets out the general rule for the interpretation of international treaties such as the *Refugee Convention*. Article 31(1) states:

A treaty shall be interpreted *in good faith* in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context *and in the light of its object and purpose*.

[90] Among other interpretive methods, Article 31(3) of the *Vienna Convention* provides that subsequent practice among the signatory states is relevant to context in the interpretive exercise where that practice “establishes the agreement of the parties regarding its interpretation”; see also *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.*, [2010] 1 S.C.R. 649, at para. 21. Article 32 provides that recourse may be had to the *travaux préparatoires*

- (b) **qu’elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil avant d’y être admises comme réfugiés;**
- (c) qu’elles se sont rendues coupables d’agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

[87] L’exclusion en application de la section 1F entraîne des conséquences importantes. Si une personne devient inhabile à revendiquer le statut de « réfugié » en raison d’un de ces motifs d’exclusion, la protection humanitaire qu’offre la *Convention relative aux réfugiés* lui est refusée complètement, y compris la protection contre le refoulement prévue à l’article 33. Une personne exclue risque donc d’être renvoyée dans son pays d’origine pour y être persécutée, la privant de toute protection résiduelle qu’offrent les règles de droit internes ou internationales relatives aux droits de la personne.

[88] Le Parlement a incorporé la section 1F dans la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. L’article 95 de la Loi prévoit que l’asile est la protection conférée à toute personne dès lors que la Commission de l’immigration et du statut de réfugié « lui reconnaît la qualité de réfugié au sens de la Convention ou celle de personne à protéger ». L’article 98 crée une exception pour les personnes visées à la section 1F.

[89] L’article 31 de la *Convention de Vienne* énonce la règle générale applicable à l’interprétation de traités internationaux tels que la *Convention relative aux réfugiés*. L’article 31(1) dispose :

Un traité doit être interprété *de bonne foi* suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte *et à la lumière de son objet et de son but*.

[90] Entre autres méthodes d’interprétation, l’article 31(3) de la *Convention de Vienne* prévoit que toute pratique ultérieurement suivie par les États signataires « par laquelle est établi l’accord des parties à l’égard de l’interprétation du traité » est pertinente au contexte dans l’exercice d’interprétation; voir également *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, [2010] 1 R.C.S. 649, par. 21. L’article 32 prévoit qu’il peut être fait appel aux

of a treaty as a supplementary means of interpretation “in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31”, or where the application of Article 31 results in ambiguity or a result which is “manifestly absurd or unreasonable”: *Peracomo Inc. v. TELUS Communications Co.*, [2014] 1 S.C.R. 621, at para. 100.

[91] In *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, Bastarache J. described the application of this interpretive approach in the context of interpreting the *Refugee Convention*:

[The *Vienna Convention* rules on treaty interpretation] have been applied by this Court in two recent cases, one involving direct incorporation of treaty provisions (*Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551) and another involving a section of the *Immigration Act* intended to implement Canada’s obligations under the Convention (*Ward, supra*). In the latter case, La Forest J. makes use of several interpretative devices: the drafting history of, and preparatory work on the provision in question; the United Nations High Commissioner for Refugees’ *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* (“UNHCR Handbook”), and previous judicial comment on the purpose and object of the treaty. Indeed, at p. 713, La Forest J. was willing to consider submissions of individual delegations in the *travaux préparatoires*, although he recognized that, depending on their content and on the context, such statements “may not go far” in supporting one interpretation over another.

... *a priori* denial of the fundamental protections of a treaty whose purpose is the protection of human rights is a drastic exception to the purposes of the Convention . . . and can only be justified where the protection of those rights is furthered by the exclusion. [paras. 53 and 74]

[92] In light of the human rights purposes of the *Refugee Convention* and the dramatic consequences of exclusion from the status of a refugee,

travaux préparatoires au traité comme moyen complémentaire d’interprétation en vue de « confirmer le sens résultant de l’application de l’article 31 », ou lorsque l’application de l’article 31 crée de l’ambiguïté ou conduit à un résultat « manifestement absurde ou déraisonnable » : *Peracomo Inc. c. Société TELUS Communications*, [2014] 1 R.C.S. 621, par. 100.

[91] Dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, le juge Bastarache a décrit l’application de cette méthode interprétative dans le contexte de l’interprétation de la *Convention relative aux réfugiés* :

[Les règles de la *Convention de Vienne* sur l’interprétation des traités] ont été appliquées par notre Cour dans deux arrêts récents, l’un portant sur l’incorporation directe des dispositions d’un traité (*Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551) et l’autre, sur un article de la *Loi sur l’immigration* conçu pour mettre à exécution les obligations du Canada en vertu de la Convention (*Ward, précité*). Dans celui-ci, le juge La Forest a utilisé divers moyens d’interprétation : l’historique de la rédaction et les travaux préparatoires en ce qui concerne la disposition en cause; le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (« Guide du HCNUR »); les commentaires antérieurs de la jurisprudence relatifs au but et à l’objet du traité. En effet, à la p. 713, le juge La Forest s’est montré disposé à tenir compte des propositions des divers délégués exposées dans les travaux préparatoires, encore qu’il ait reconnu que, selon leur teneur et leur contexte, ces textes « ne permet[tent] peut-être pas vraiment » de privilégier l’une ou l’autre interprétation.

... Le refus à priori d’accorder les protections fondamentales d’un traité dont l’objet est la protection des droits de la personne est une exception radicale aux objets de la Convention [. . .] et ne peut être justifié que lorsque l’exclusion favorise la protection de ces droits. [par. 53 et 74]

[92] Compte tenu des objets en rapport avec les droits de la personne de la *Convention relative aux réfugiés* et des conséquences dramatiques de

Article 1F requires a particularly cautious interpretation: *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2013] 2 S.C.R. 678, at paras. 31-36; *Pushpanathan*, at para. 57; see also *Al-Sirri v. Secretary of State for the Home Department*, [2012] UKSC 54, [2013] 1 A.C. 745, at paras. 12 and 16; United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), “Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees”, HCR/GIP/03/05, September 4, 2003 (online) (UNHCR Guidelines), at para. 2.

[93] The link between the human rights object and a cautious interpretation is highlighted in the Preamble to the *Refugee Convention* itself, as LeBel and Fish JJ. confirmed in *Ezokola*:

The preamble to the *Refugee Convention* highlights the international community’s “profound concern for refugees” and its commitment “to assure refugees the widest possible exercise of . . . fundamental rights and freedoms”. Our approach to art. 1F(a) must reflect this “overarching and clear human rights object and purpose”. [Para. 32, citing *Pushpanathan*, at para. 57.]

[94] In *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, La Forest J. explained how the animating human rights purposes of the *Refugee Convention* inform the interpretation of the elements of the definition of “Convention refugee”:

Underlying the Convention is the international community’s commitment to the assurance of basic human rights without discrimination. This is indicated in the preamble to the treaty as follows:

CONSIDERING that the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights approved on 10 December 1948 by the General Assembly have affirmed the principle that human

l’exclusion de la protection qu’offre le statut de réfugié, la section 1F appelle une interprétation particulièrement prudente : *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2013] 2 R.C.S. 678, par. 31-36; *Pushpanathan*, par. 57; voir aussi *Al-Sirri c. Secretary of State for the Home Department*, [2012] UKSC 54, [2013] 1 A.C. 745, par. 12 et 16; Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), « Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d’exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003 (en ligne) (Principes directeurs du HCR), par. 2.

[93] Le lien qui existe entre l’objet en rapport avec les droits de la personne et une interprétation prudente est mis en évidence dans le préambule de la *Convention relative aux réfugiés* lui-même, comme les juges LeBel et Fish l’ont confirmé dans *Ezokola* :

Le préambule de la *Convention relative aux réfugiés* souligne la « profonde sollicitude que [la communauté internationale] éprouve pour les réfugiés » et son souci « d’assurer à ceux-ci l’exercice le plus large possible des droits de l’homme et des libertés fondamentales ». L’interprétation de l’art. 1F(a) doit tenir compte de « [c]es objets et [de] ces buts généraux, nettement en rapport avec les droits de la personne ». [Par. 32, citant *Pushpanathan*, par. 57.]

[94] Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, le juge La Forest a expliqué comment les objets sous-jacents en rapport avec les droits de la personne de la *Convention relative aux réfugiés* nous aident à interpréter les éléments de la définition de l’expression « réfugié au sens de la Convention » :

La Convention repose sur l’engagement qu’a pris la communauté internationale de garantir, sans distinction, les droits fondamentaux de la personne. C’est ce qu’indique le préambule du traité :

CONSIDÉRANT que la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l’homme approuvée le 10 décembre 1948 par l’Assemblée générale ont affirmé ce principe que les êtres humains,

beings shall enjoy fundamental rights and freedoms without discrimination.

This theme outlines the boundaries of the objectives sought to be achieved and consented to by the delegates. It sets out, in a general fashion, the intention of the drafters and thereby provides an inherent limit to the cases embraced by the Convention. Hathaway . . . thus explains the impact of this general tone of the treaty on refugee law:

The dominant view, however, is that refugee law ought to concern itself with actions which deny human dignity in any key way, and that the sustained or systemic denial of core human rights is the appropriate standard.

This theme sets the boundaries for many of the elements of the definition of “Convention refugee”. [p. 733]

[95] This takes us to the purpose of the exclusion clauses in Article 1F. In *Pushpanathan*, Bastarache J. described their underlying purpose and relationship to the *Refugee Convention* as follows:

The rationale is that those who are responsible for the persecution which creates refugees should not enjoy the benefits of a Convention designed to protect those refugees. As La Forest J. observes in *Ward, supra*, at p. 733, “actions which deny human dignity in any key way” and “the sustained or systemic denial of core human rights . . . se[t] the boundaries for many of the elements of the definition of ‘Convention refugee’”. This purpose has been explicitly recognized by the Federal Court of Appeal in the context of the grounds specifically enumerated in Article 1F(a) in *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433, where Linden J.A. stated (at p. 445): “When the tables are turned on persecutors, who suddenly become the persecuted, they cannot claim refugee status. International criminals, on all sides of the conflicts, are rightly unable to claim refugee status.” [para. 63]

[96] Bastarache J. rejected the suggestion that the exclusion clauses in Article 1F were intended

sans distinction, doivent jouir des droits de l’homme et des libertés fondamentales.

Ce thème donne un aperçu des limites des objectifs que les délégués cherchaient à atteindre et dont ils avaient convenu. Il énonce, d’une façon générale, l’intention des rédacteurs et fixe de ce fait une limite inhérente aux cas visés par la Convention. Hathaway [. . .] explique ainsi l’incidence de ce ton général du traité sur le droit relatif aux réfugiés :

[TRADUCTION] Toutefois, le point de vue dominant est que le droit relatif aux réfugiés devrait s’appliquer aux actions qui nient d’une manière fondamentale la dignité humaine, et que la négation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne est la norme appropriée.

Ce thème fixe les limites de bien des éléments de la définition de l’expression « réfugié au sens de la Convention ». [p. 733-734]

[95] Cela nous amène à l’objet des clauses d’exclusion figurant à la section 1F. Dans *Pushpanathan*, le juge Bastarache décrit en ces termes leur objet sous-jacent et leur rapport avec la *Convention* :

La raison d’être de la clause est que ceux qui sont responsables d’une persécution qui crée des réfugiés ne doivent pas pouvoir invoquer à leur profit une Convention conçue pour protéger ces réfugiés. Comme l’a dit le juge La Forest dans l’arrêt *Ward*, précité, aux pp. 733 et 734, ce thème, à savoir des « actions qui nient d’une manière fondamentale la dignité humaine » et « la négation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne [. . .] fixe les limites de bien des éléments de la définition de l’expression “réfugié au sens de la Convention” ». Dans *Sivakumar c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433, la Cour d’appel fédérale a explicitement reconnu cet objet dans le contexte des motifs énumérés de façon précise à la section Fa) de l’article premier, sous la plume du juge Linden, à la p. 445 : « Lorsque par un juste retour des choses, les persécuteurs deviennent les persécutés, ils ne pourront pas revendiquer le statut de réfugié. Les criminels internationaux, de quelque côté qu’ils se trouvent dans les conflits, sont ainsi privés à juste titre du statut de réfugié. » [par. 63]

[96] Le juge Bastarache a rejeté la thèse selon laquelle les clauses d’exclusion de la section 1F

to protect the country of refuge from dangerous refugees who are at a risk of reoffending. In his view, this interest is addressed by Article 33 of the *Refugee Convention*, which permits a state to expel a refugee to his or her native country if the individual is considered a danger to the receiving state (*refoulement*). To fold this function into Article 1F as well, in his view, would render Article 33 redundant:

The purpose of Article 1 is to define who is a refugee. Article 1F then establishes categories of persons who are specifically excluded from that definition. The purpose of Article 33 of the Convention, by contrast, is not to define who is and who is not a refugee, but rather to allow for the *refoulement* of a *bona fide* refugee to his or her native country where he or she poses a danger to the security of the country of refuge, or to the safety of the community. This functional distinction is reflected in the Act, which adopts Article 1F as part of s. 2, the definitional section, and provides for the Minister's power to deport an admitted refugee under s. 53, which generally incorporates Article 33. *Thus, the general purpose of Article 1F is not the protection of the society of refuge from dangerous refugees, whether because of acts committed before or after the presentation of a refugee claim; that purpose is served by Article 33 of the Convention. Rather, it is to exclude ab initio those who are not bona fide refugees at the time of their claim for refugee status.* Although all of the acts described in Article 1F could presumably fall within the grounds for *refoulement* described in Article 33, the two are distinct. [Emphasis added; para. 58.]

[97] The UNHCR Guidelines also provide guidance on the purpose of the exclusion clauses in Article 1F generally:

The rationale for the exclusion clauses, which should be borne in mind when considering their application, is that certain acts are so grave as to render their perpetrators undeserving of international protection as refugees. Their primary purpose is to deprive those guilty of heinous acts, and serious common crimes, of international refugee protection and to ensure that such persons do not abuse the institution of asylum in order to avoid being held legally accountable for their acts. The exclusion clauses must be applied “scrupulously” to protect the integrity of the

visaient à protéger le pays d'accueil contre les réfugiés dangereux susceptibles de récidiver. À son avis, cet intérêt est pris en compte à l'article 33 de la *Convention relative aux réfugiés*, qui permet à un État d'expulser un réfugié vers son pays natal si l'on estime que ce dernier constitue un danger pour l'État d'accueil (le *refoulement*). Attribuer cette fonction à la section 1F également aurait pour effet, à son avis, de rendre l'article 33 redondant :

L'objet de l'article premier est de définir le terme réfugié. Puis, la section F de l'article premier établit les catégories de personnes expressément exclues de la définition. L'objet de l'art. 33 de la Convention, par contraste, n'est pas d'établir qui a la qualité de réfugié, mais bien de permettre le *refoulement* d'un réfugié authentique vers son pays natal s'il constitue un danger pour le pays d'accueil ou pour la communauté dudit pays. Cette distinction fonctionnelle est reflétée dans la Loi, laquelle, d'une part, intègre la section F de l'article premier à l'art. 2, l'article définitoire, et d'autre part, confère au ministre, à l'art. 53, où sont reprises généralement les dispositions de l'art. 33, le pouvoir d'expulser un réfugié admis comme tel. *Par conséquent, l'objet général de la section F de l'article premier n'est pas de protéger le pays d'accueil contre les réfugiés dangereux, que ce soit en raison d'actes commis avant ou après la présentation de la revendication du statut de réfugié; c'est l'art. 33 de la Convention qui vise cet objectif. Il est plutôt d'exclure ab initio ceux qui ne sont pas des réfugiés authentiques au moment de la présentation de leur revendication.* Bien que tous les actes visés à la section F de l'article premier puissent vraisemblablement être assimilés aux motifs de *refoulement* visés à l'art. 33, ce sont des dispositions distinctes. [Italiques ajoutés; par. 58.]

[97] Les Principes directeurs du HCR donnent eux aussi des indications sur l'objet des clauses d'exclusion à la section 1F généralement :

Le raisonnement qui sous-tend les clauses d'exclusion et qui devrait être gardé à l'esprit lorsque leur application est envisagée, est que certains actes sont tellement graves que leurs auteurs sont jugés indignes de bénéficier de la protection internationale en tant que réfugiés. Leur but premier est de priver les personnes coupables d'actes abominables et de crimes graves de droit commun de la protection internationale accordée aux réfugiés et de s'assurer que ces personnes n'abusent pas de l'institution de l'asile afin d'éviter d'être tenues juridiquement

institution of asylum, as is recognised by UNHCR’s Executive Committee in Conclusion No. 82 (XLVIII), 1997. At the same time, *given the possible serious consequences of exclusion, it is important to apply them with great caution and only after a full assessment of the individual circumstances of the case. The exclusion clauses should, therefore, always be interpreted in a restrictive manner.* [Emphasis added; para. 2.]

[98] Broadly speaking, then, Article 1F operates to maintain the integrity of the system of international refugee protection and the status of being a “refugee”. The parties to the *Refugee Convention* recognized this important function in their 2001 *Declaration of States Parties to the 1951 Convention and or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, HCR/MMSP/2001/09 (*Declaration of States*), where the signatories reaffirmed their commitment

to continue their efforts aimed at ensuring the integrity of the asylum institution, *inter alia*, by means of carefully applying Articles 1F and 33(2) of the 1951 Convention, in particular in light of new threats and challenges . . . [Emphasis added; p. 3.]

[99] In order to screen individuals who are not “*bona fide* refugees”, the application of Article 1F of the *Refugee Convention* operates to protect the integrity of the international refugee protection by excluding individuals who, as a result of having committed such “heinous acts, and serious common crimes”, are themselves considered undeserving of the status of refugee: UNHCR Guidelines, at para. 2; *Pushpanathan*, at para. 63; *Ezokola*, at para. 34.

[100] The particular exclusion under scrutiny in this appeal is the one in Article 1F(b), which excludes individuals from the *Refugee Convention* where there “are serious reasons for considering that . . . he has committed a serious non-political crime *outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee*”.

responsables de leurs actes. Les clauses d’exclusion doivent être appliquées « scrupuleusement » afin de protéger l’intégrité de l’institution de l’asile comme cela est reconnu par le Comité exécutif du HCR dans la Conclusion N° 82 (XLVIII) de 1997. Dans le même temps, *étant donné les conséquences potentiellement graves de l’exclusion, il est important de les appliquer avec une très grande prudence et seulement après un examen complet des circonstances propres à chaque cas. Les clauses d’exclusion doivent donc toujours être interprétées de manière restrictive.* [Italiques ajoutés; par. 2.]

[98] On voit donc que, de façon générale, la section 1F a pour fonction de maintenir l’intégrité du régime de protection internationale des réfugiés et l’intégrité de la qualité de « réfugié ». Les parties à la *Convention relative aux réfugiés* ont reconnu en 2001 cette fonction importante dans leur *Déclaration des États parties à la Convention de 1951 et/ou à son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/MMSP/2001/09 (*Déclaration des États*), dans laquelle les signataires ont réaffirmé leur engagement

à poursuivre leurs efforts pour garantir l’intégrité de l’institution de l’asile, entre autres, en appliquant avec circonspection les articles 1F et 33(2) de la Convention de 1951, en particulier à la lumière des nouvelles menaces et des nouveaux défis . . . [Je souligne; p. 3.]

[99] Dans le but de filtrer les personnes qui ne sont pas des « réfugiés authentiques », l’application de la section 1F de la *Convention relative aux réfugiés* a pour effet de protéger l’intégrité de la protection internationale des réfugiés en excluant les personnes qui, parce qu’elles ont commis des « actes abominables et de crimes graves de droit commun » sont elles-mêmes considérées indignes du statut de réfugié : Principes directeurs du HCR, par. 2; *Pushpanathan*, par. 63; *Ezokola*, par. 34.

[100] L’exclusion précise examinée dans le présent pourvoi est celle qui figure à l’article 1F(b) qui exclut du régime de protection de la *Convention relative aux réfugiés* les personnes « dont on aura des raisons sérieuses de penser [. . .] qu’elles ont commis un crime grave de droit commun *en dehors du pays d’accueil avant d’y être admises comme réfugiés* ».

[101] There is little doubt that the primary purpose of Article 1F(b) was to exclude those individuals who would abuse the status of a refugee by avoiding accountability through prosecution or punishment for a serious crime outside the country of refuge. For the clause to apply, the crime must have been committed “outside the country of refuge prior to his [or her] admission to that country as a refugee”. This territorial limitation has been relied on as a strong textual indication that Article 1F(b) was intended to exclude those individuals who seek to abuse the status of being a refugee by evading prosecution in another jurisdiction: James C. Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status* (2nd ed. 2014), at p. 544. Further support for this interpretation emerges from the surrounding context of Article 1F(b), the UNHCR Guidelines, at para. 2, the interpretation of Article 1F(b) adopted in other jurisdictions, and the drafting history and *travaux préparatoires* of the *Refugee Convention*. See also *Pushpanathan*, at para. 73; *Ward*, at p. 743.

[102] There is considerable debate, however, as to the extent to which Article 1F(b) was also intended to fulfill the additional purpose of excluding individuals who, as a result of having committed and been prosecuted for serious non-political crimes in the past, are considered undeserving of refugee protection under the *Refugee Convention*.

[103] To be fully understood, the text of Article 1F(b) must be situated in its surrounding context and considered in light of its drafting history.

[104] The Preamble of the *Refugee Convention* directs that the contracting parties “revise and consolidate previous international agreements” relating to the rights of refugees, and “extend the scope of and the protection accorded by such instruments by means of a new agreement”.

[105] The “previous international agreements” referred to in the Preamble each denied refugee protection for individuals who had committed crimes in other countries prior to entering the country of

[101] Il fait peu de doute que l’article 1Fb) avait pour objectif premier d’exclure les personnes qui abuseraient du statut de réfugié en évitant d’avoir à rendre des comptes sous forme de poursuites ou de peines pour un crime grave commis en dehors du pays d’accueil. Pour que la disposition s’applique, il faut que la personne ait commis le crime « en dehors du pays d’accueil avant d’y être admis[e] comme réfugié[e] ». Cette limite territoriale a été invoquée à titre de solide indication dans le texte que l’article 1Fb) visait à exclure les personnes qui cherchent à abuser du statut de réfugié en se soustrayant à une poursuite dans un autre pays : James C. Hathaway et Michelle Foster, *The Law of Refugee Status* (2^e éd. 2014), p. 544. Cette interprétation trouve en outre appui sur le contexte de l’article 1Fb), sur le par. 2 des Principes directeurs du HCR, sur l’interprétation de l’article 1Fb) adoptée dans d’autres pays, et sur l’historique de la rédaction et les travaux préparatoires de la *Convention relative aux réfugiés*. Voir aussi *Pushpanathan*, par. 73; *Ward*, p. 743.

[102] Toutefois, une grande controverse concerne la mesure dans laquelle l’article 1Fb) vise également à satisfaire l’objectif supplémentaire d’exclure les personnes qui seraient indignes d’asile aux termes de la *Convention relative aux réfugiés* parce qu’elles ont par le passé commis des crimes graves de droit commun pour lesquels elles ont été poursuivies.

[103] Pour bien comprendre le texte de l’article 1Fb), il faut le situer dans son contexte et l’examiner à la lumière de l’historique de sa rédaction.

[104] Le préambule de la *Convention relative aux réfugiés* charge les parties contractantes « de reviser et de codifier les accords internationaux antérieurs » relatifs au statut des réfugiés et « d’étendre l’application de ces instruments et la protection qu’ils constituent pour les réfugiés au moyen d’un nouvel accord ».

[105] Chacun « [d]es accords internationaux antérieurs » auxquels renvoie le préambule privait de la protection offerte aux réfugiés les personnes qui avaient commis des crimes dans d’autres

refuge and had yet to be prosecuted and punished for those crimes: *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (*Universal Declaration*) (adopted by the U.N. General Assembly on December 10, 1948); *Constitution of the International Refugee Organization*, August 20, 1948, 18 U.N.T.S. 3, Ann. I, Part II (excluding “[o]rdinary criminals who are extraditable by treaty”); *Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, G.A. Res. 428(V) of December 14, 1950, p. 7 (excluding persons who had committed a “crime covered by the provisions of treaties of extradition”).

[106] Moreover, in reaffirming their commitment to international refugee protection, the signatories declared in 2001 that the *Refugee Convention* is “consistent with Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights”: *Declaration of States*, at para. 2. Article 14 of the *Universal Declaration* deals with an individual’s right of asylum from persecution:

1. Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution.
2. This right may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

[107] Article 14(2) is also significant because it was central to the discussions by states’ representatives at the Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons in Geneva in July 1951 (Conference of Plenipotentiaries). I agree that the import of the *travaux préparatoires* with respect to Article 1F(b) is not obvious. But I do not agree, with respect, that the *travaux préparatoires* provide no insight of significance into the issues before us. In my view, the widely divergent interpretations of Article 1F(b) adopted by courts in other jurisdictions and the uncertainty created by the territorial limits described in Article 1F(b)

pays avant d’entrer dans le pays d’accueil et qui n’avaient pas encore été poursuivies et punies pour ces crimes : *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (*Déclaration universelle*) (adoptée par l’Assemblée générale des N.U. le 10 décembre 1948); *Constitution de l’Organisation internationale pour les réfugiés*, 20 août 1948, 18 R.T.N.U. 3, ann. I, deuxième partie (qui exclut « [l]es criminels de droit commun tombant sous le coup des dispositions des traités d’extradition »); *Statut de l’Office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés*, A.G. Rés. 428(V) du 14 décembre 1950, p. 7 (qui exclut les personnes qui ont commis un « délit visé par les dispositions des traités d’extradition »).

[106] Qui plus est, en réaffirmant leur engagement à l’égard de la protection internationale des réfugiés, les signataires ont déclaré en 2001 que le *Convention relative aux réfugiés* était « conform[e] à l’article 14 de la *Déclaration universelle des droits de l’homme* » : *Déclaration des États* par. 2. L’article 14 de la *Déclaration universelle* traite du droit d’asile d’une personne devant la persécution :

1. Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l’asile en d’autres pays.
2. Ce droit ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

[107] L’article 14(2) revêt également de l’importance parce qu’il était au cœur des discussions des représentants des États à la Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides à Genève en juillet 1951 (Conférence de plénipotentiaires). Je suis d’accord pour dire que l’importance des *travaux préparatoires* à l’égard de l’article 1F(b) n’est pas évidente. Toutefois, en toute déférence, je ne partage pas l’avis que les *travaux préparatoires* ne fournissent aucun éclairage important quant aux questions en litige en l’espèce. À mon avis, les interprétations fort diverses données à l’article 1F(b) par les tribunaux

mandate recourse to the interpretive assistance of the preparatory work.

[108] Throughout the early stages of the drafting history, Article 14(2) of the *Universal Declaration*, rather than the provision which eventually became Article 1F(b), was directly incorporated in the *Refugee Convention*. The *travaux préparatoires* provide some insight into why the signatories to the *Convention* modified the exclusionary language of Article 14(2) and adopted instead the text which is currently found in Article 1F(b).

[109] At the Conference of Plenipotentiaries, the representative for the United Kingdom prompted discussion by proposing that the reference to Article 14(2) should be deleted altogether. In his view, incorporating Article 14(2) was entirely unnecessary in light of the provision in the draft *Refugee Convention* — what eventually became Article 33(2) — which permitted signatories to “*refouler*” refugees who posed a danger or threat to the country of refuge.

[110] Nonetheless, some states — particularly France and Yugoslavia — were opposed to deleting the reference to Article 14(2) from the draft. France expressed a concern that there was a need to preserve the distinction between “ordinary common-law criminals” and “*bona fide* refugees” with respect to whether the individual was eligible for the status of a refugee under the *Refugee Convention* (Conference of Plenipotentiaries, Summary Record of the Twenty-fourth Meeting (*Plenipotentiaries*), U.N. Doc. A/CONF.2/SR.24 (1951)). The French representative argued that signatories to the *Convention* should not be required to grant refugee status to an individual who had no right of asylum within the meaning of Article 14(2) since asylum “was the *conditio sine qua non* of the possession of [refugee] status” (*Plenipotentiaries*, U.N. Doc. A/CONF.2/SR.29 (1951)).

d’autres pays et l’incertitude que créent les limites territoriales décrites à l’article 1Fb) nous obligent à avoir recours aux travaux préparatoires pour interpréter cette disposition.

[108] Aux premières étapes de la rédaction, c’est l’article 14(2) de la *Déclaration universelle*, plutôt que la disposition devenue ensuite l’article 1Fb), qui était directement incorporé dans la *Convention relative aux réfugiés*. Les travaux préparatoires nous éclairent un peu sur la raison pour laquelle les signataires de la *Convention* ont modifié le libellé de l’exclusion prévue à l’article 14(2) et ont adopté plutôt le texte que l’on trouve actuellement à l’article 1Fb).

[109] À la Conférence de plénipotentiaires, le représentant du Royaume-Uni a amorcé le débat en proposant que le renvoi à l’article 14(2) soit supprimé au complet. À son avis, il était tout à fait inutile d’incorporer l’article 14(2), étant donnée la disposition du projet de *Convention relative aux réfugiés* — devenue ensuite l’article 33(2) — qui permettait aux signataires de refouler les réfugiés qui représentaient un danger ou une menace pour le pays d’accueil.

[110] Néanmoins, certains États — en particulier la France et la Yougoslavie — se sont opposés à la suppression du renvoi à l’article 14(2) dans le projet de *Convention*. La France a exprimé son inquiétude à cet égard, soutenant qu’il fallait maintenir la distinction entre les « vulgaires criminels de droit commun » et les « réfugiés de bonne foi » relativement à la question de savoir si l’intéressé était admissible au statut de réfugié en application de la *Convention relative aux réfugiés* (Conférence de plénipotentiaires, compte rendu analytique de la vingt-quatrième séance (*Plénipotentiaires*), Doc. N.U. A/CONF.2/SR.24 (1951)). Le représentant français a soutenu que les signataires de la *Convention* ne devraient pas être obligés de reconnaître le statut de réfugié à une personne qui n’avait pas le droit d’asile au sens de l’article 14(2) de la *Déclaration universelle*, puisque l’asile « [était] la condition *sine qua non* de la possession de ce statut » (*Plénipotentiaires*, Doc. N.U. A/CONF.2/SR.29 (1951)).

[111] Notably, the representative from the United Kingdom confirmed that Article 14(2) “[was] intended to apply to persons who were fugitives from prosecution in another country for non-political crimes” (*Plenipotentiaries*, U.N. Doc. A/CONF.2/SR.29 (1951)), and the language ought more clearly to reflect this. None of the representatives disagreed with this position. This is not surprising, given that, as in the other previous international agreements noted above, the underlying assumption was that Article 14(2) restricted refugee protection for individuals who remained criminally liable abroad: Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (1966), vol. I, *Refugee Character*, at p. 290. The U.K. representative also suggested that the language of Article 14(2) be modified so as to ensure that refugees who had committed trivial or minor crimes “should not thereby be placed once and for all beyond the reach of the Convention” (*Plenipotentiaries*, U.N. Doc. A/CONF.2/SR.24 (1951)).

[112] Some representatives expressed concern that the draft *Refugee Convention* should be coordinated with extradition law, so as to prevent a conflict between the *Convention* and an extradition treaty, while others were of the view that this was not a concern that needed to be *expressly* addressed under the *Convention*, but could be dealt with by way of reservations or declarations as needed.

[113] Since it was apparent that the U.K.’s proposal to delete Article 14(2) was not broadly supported, the representatives turned their attention to revising its exclusionary language. France and Yugoslavia were of the view that the exclusion clause should only relate to crimes committed before entry into the territory of the receiving country. France also emphasized that the term “crime” must be distinguished from “misdemeanour”, and proposed that the clause refer only to “serious crimes” (*Plenipotentiaries*, U.N. Doc. A/CONF.2/SR.29 (1951)). In describing the “vital” necessity of retaining the provision, the representative from France emphasized the need for a provision which

[111] Soulignons notamment que le représentant du Royaume-Uni a confirmé que l’article 14(2) semblait « destiné à s’appliquer à des personnes qui fuient un autre pays parce qu’elles y sont poursuivies pour des crimes de droit commun » (*Plénipotentiaires*, Doc. N.U. A/CONF.2/SR.29 (1951)) et que le texte devait le signifier plus clairement. Aucun des représentants ne s’est opposé à cette position. Cela n’est guère surprenant vu que, à l’instar des autres conventions internationales antérieures mentionnées précédemment, l’hypothèse sous-jacente était que l’article 14(2) privait d’asile les personnes qui demeuraient criminellement responsables à l’étranger : Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (1966), vol. I, *Refugee Character*, p. 290. Le représentant du Royaume-Uni a également proposé une modification au texte de l’article 14(2) pour faire en sorte que les réfugiés qui avaient commis des crimes insignifiants ou mineurs « ne se trouvent pas, pour autant, définitivement exclus du bénéfice de la Convention » (*Plénipotentiaires*, Doc. N.U. A/CONF.2/SR.24 (1951)).

[112] Certains représentants, craignant que la *Convention relative aux réfugiés* et des traités d’extradition n’entrent en conflit, souhaitaient que le projet de *Convention* soit harmonisé avec le droit de l’extradition, alors que d’autres étaient d’avis que cette préoccupation n’avait pas à être *expressément* prise en compte dans la *Convention* elle-même, mais pouvait être traitée par voie de clauses de réserve ou de déclarations au besoin.

[113] Puisqu’il était évident que la proposition du Royaume-Uni de supprimer l’article 14(2) ne jouissait pas d’un appui très large, les représentants ont porté leur attention sur la révision de la clause d’exclusion de cette disposition. La France et la Yougoslavie étaient d’avis que la clause d’exclusion ne devait viser que les crimes commis avant l’entrée dans le pays d’accueil. La France a également souligné qu’il fallait faire la distinction entre les termes « crime » et « délit » et elle a proposé que la clause ne fasse mention que des « crimes graves » (*Plénipotentiaires*, Doc. N.U. A/CONF.2/SR.29 (1951)). Parlant de la nécessité « essentielle » de conserver la disposition, le représentant de la

would permit France to screen individuals at the border and grant *asylum* for some individuals on French territory, without having to confer on those individuals the status of a refugee (*ibid.*).

[114] After some discussion, a variation proposed by Yugoslavia was ultimately adopted,¹ and agreed to by the U.K.'s representative because

while he did not regard the revised Yugoslav amendment as entirely free from objection, [he] felt that it at least removed his . . . main objection to the text . . . as originally drafted, which would have made it *too easy for States to withdraw the status of refugee from many persons who had been granted asylum from persecution*. [Emphasis added; *ibid.*]

After Belgium proposed some minor modifications,² Article 1F(b) as it is now drafted was adopted by the representatives.

[115] This linguistic conclusion to the discussions, whose origins were to discuss whether to *expand* the scope of those who were entitled to refugee status notwithstanding their commission of a crime for which they evaded prosecution, argues strongly against using this expanded protection to narrow the category of those entitled to protection.

[116] The most significant aspect of the discussions for purposes of this appeal, is that the discussions were only about refugee claimants who had committed a crime outside the country of refuge *but had not been convicted or served a sentence for that crime*. In this context, there was broad agreement among the representatives that only fugitives from *serious* non-political crimes be excluded from

France a insisté sur le besoin d'une disposition qui permettrait à la France de filtrer les personnes à la frontière et de conférer l'*asile* à certaines personnes sur le territoire français, sans avoir à leur reconnaître le statut de réfugié (*ibid.*).

[114] Après discussion, une variante proposée par la Yougoslavie a finalement été adoptée¹ et approuvée par le représentant du Royaume-Uni parce que

sans considérer que le texte révisé de l'amendement yougoslave échappe à toutes les critiques, [il] trouve qu'il fait tout au moins disparaître son objection principale contre la version originale [. . .], qui permettait aux pays de *priver trop facilement du statut de réfugié beaucoup de personnes ayant cherché asile contre la persécution*. [Italiques ajoutés; *ibid.*]

Après que la Belgique eut proposé quelques légères modifications², les représentants ont adopté l'article 1Fb) dans sa formulation actuelle.

[115] Cette conclusion d'ordre linguistique aux discussions — qui portaient au départ sur l'opportunité d'*élargir* la catégorie de personnes qui avaient droit au statut de réfugié même si elles avaient commis un crime pour lequel elles échappaient à des poursuites — milite fortement contre le recours à cette protection élargie pour restreindre la catégorie de personnes qui ont droit à la protection.

[116] L'aspect le plus important des discussions, aux fins du présent pourvoi, est que celles-ci n'ont porté que sur les demandeurs d'asile qui avaient commis un crime en dehors du pays d'accueil, *mais qui n'avaient pas été déclarés coupables ou n'avaient pas purgé une peine pour ce crime*. Dans ce contexte, les représentants s'accordaient globalement pour dire que seuls les fugitifs

1 Yugoslavia proposed that the text state: “. . . he has committed a serious crime under common law outside the country of reception” (*Plénipotentiaires*, U.N. Doc. A/CONF.2/SR.29 (1951)).

2 The final version, as modified by Belgium, is reflected in the 1951 *Convention*: “. . . he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee . . .”

1 La Yougoslavie a proposé le libellé suivant : « . . . elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil » (*Plénipotentiaires*, Doc. N.U. A/CONF.2/SR.29 (1951)).

2 La version finale, telle que modifiée par la Belgique, est celle que l'on trouve dans la *Convention* de 1951 : « . . . elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés . . . »

entitlement. The issue was never about those who had committed serious crimes *and* had already served their sentences outside the receiving country.

[117] Turning to the interpretation adopted in other jurisdictions of Article 1F(b), it is widely accepted that the original purpose of Article 1F(b) was to deny refugee status to fugitives, namely, those individuals who had avoided prosecution for serious non-political crimes committed abroad. This was based on the premise that enabling those individuals to obtain refugee status would compromise the integrity of the international system of refugee protection. The European Court of Justice, in a decision about the interpretation of Article 12(2)(b) and (c) of the *Directive 2004/83/EC* of the Council of the European Union which incorporates Article 1F(b) and (c) into E.U. legislation, has recognized that one of the purposes of exclusion under those provisions is to prevent the status of being a refugee “from enabling those who have committed certain serious crimes to escape criminal liability” (*Bundesrepublik Deutschland v. B.*, [2010] EUECJ C-57/09, at para. 104). See also *Australia (SRYYY v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, [2005] FCAFC 42, 220 A.L.R. 394); *New Zealand (Attorney-General (Minister of Immigration) v. Tamil X*, [2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721, at para. 82 (*Tamil X*)); the United Kingdom (*AH (Algeria) v. Secretary of State for the Home Department*, [2013] UKUT 00382 (IAC) (*AH*)); and France (*Office français de protection des réfugiés et apatrides v. Hykaj*, No. 320910, May 4, 2011).

[118] All jurisdictions also appear to agree that there are other circumstances in which Article 1F(b) excludes individuals from the *Refugee Convention*, but there seems to be little agreement as to when those circumstances arise.

ayant commis des crimes *graves* de droit commun devaient être exclus du régime de protection. Il n’a jamais été question des personnes qui avaient commis des crimes graves *et* qui avaient déjà purgé leurs peines en dehors du pays d’accueil.

[117] En ce qui concerne l’interprétation de l’article 1Fb) adoptée dans d’autres pays, il est largement reconnu que l’article 1Fb) avait à l’origine pour objectif de refuser de reconnaître la qualité de réfugié aux fugitifs, soit les personnes qui s’étaient soustraites aux poursuites relatives à des crimes graves de droit commun commis à l’étranger. On s’est fondé sur la prémisse que le fait de permettre à ces personnes d’obtenir le statut de réfugié compromettrait l’intégrité du régime international de protection des réfugiés. Dans une décision portant sur l’interprétation des al. 12(2)b) et c) de la *Directive 2004/83/EC* du Conseil de l’Union européenne qui incorpore les articles 1Fb) et c) dans les textes législatifs de l’UE, la Cour européenne de justice a reconnu que l’un des objectifs de l’exclusion prévue aux termes de ces dispositions était d’éviter que la reconnaissance du statut de réfugié « permette à des auteurs de certains crimes graves d’échapper à une responsabilité pénale » (*Bundesrepublik Deutschland c. B.*, [2010] EUECJ C-57/09, par. 104). Voir aussi les décisions rendues en Australie (*SRYYY c. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, [2005] FCAFC 42, 220 A.L.R. 394); en Nouvelle-Zélande (*Attorney-General (Minister of Immigration) c. Tamil X*, [2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721, par. 82 (*Tamil X*)); au Royaume-Uni (*AH (Algeria) c. Secretary of State for the Home Department*, [2013] UKUT 00382 (IAC) (*AH*)); et en France (*Office français de protection des réfugiés et apatrides c. Hykaj*, n° 320910, 4 mai 2011).

[118] Tous les tribunaux semblent aussi reconnaître l’existence d’autres circonstances dans lesquelles l’article 1Fb) exclut des personnes du régime de protection de la *Convention relative aux réfugiés*, mais il ne semble pas y avoir de consensus quant aux situations où ces circonstances se présentent.

[119] Australian courts have concluded that Article 1F(b) is additionally intended to protect the country of refuge from individuals who are considered dangerous as a result of committing past crimes (*Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556, at para. 29; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh*, [2002] HCA 7, 209 C.L.R. 533, at paras. 15 and 95-96), as has New Zealand (*Tamil X*, at para. 82). Other jurisdictions, however, like this Court in *Pushpanathan*, have expressly rejected the proposition that exclusion of dangerous individuals is the underlying purpose of Article 1F(b), even if its application may incidentally have that effect in some cases.

[120] The European Court of Justice concluded that it would be inconsistent with the purposes of exclusion “to make exclusion from refugee status conditional upon the existence of a present danger to the host Member State” (*Bundesrepublik Deutschland v. B.*, at para. 104). The court held that the dangerousness of the individual is not considered under Article 12(2) of the European directive (incorporating Article 1F), but under the Articles of the directive which incorporate Article 33(2) of the *Refugee Convention* (para. 101). Notably, this case said nothing about whether — or the extent to which — Article 1F(b) deals with non-fugitives. Nor did it conclude that it automatically excludes anyone who has ever committed a serious crime.

[121] And still other jurisdictions have found that rehabilitation, the seriousness of the crime, and other factors relating to the individual circumstance of the claimant are relevant. In Belgium, in a case about a refugee claimant who had committed and completed sentences for past crimes abroad, the Conseil du contentieux des étrangers concluded that Article 1F(b) applied to exclude the individual from the *Refugee Convention* on the basis of the individual’s lack of remorse for very grave criminal conduct (*X v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, No. 69656, November 8, 2011). The Conseil du contentieux des étrangers observed that the decision to exclude the individual at issue

[119] Les tribunaux d’Australie ont conclu que l’article 1Fb) était censé en outre protéger le pays d’accueil contre les personnes considérées dangereuses du fait qu’elles ont commis des crimes par le passé (*Dhayakpa c. Minister of Immigration and Ethnic Affairs* (1995), 62 F.C.R. 556, par. 29; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Singh*, [2002] HCA 7, 209 C.L.R. 533, par. 15 et 95-96); comme en Nouvelle-Zélande (*Tamil X*, par. 82). Toutefois, d’autres tribunaux, à l’instar de notre Cour dans *Pushpanathan*, ont expressément rejeté la proposition selon laquelle l’exclusion de personnes dangereuses est l’objet sous-jacent de l’article 1Fb), même si l’application de cette disposition peut accessoirement avoir cet effet dans certains cas.

[120] La Cour européenne de justice a conclu qu’il ne serait pas conforme aux objectifs de l’exclusion « de subordonner l’exclusion dudit statut à l’existence d’un danger actuel pour l’État membre d’accueil » (*Bundesrepublik Deutschland c. B.*, par. 104). La cour a statué que la dangerosité de la personne n’est pas examinée en application du par. 12(2) de la directive européenne (celle qui incorpore la section 1F), mais plutôt en application des articles de la directive qui incorporent l’article 33(2) de la *Convention relative aux réfugiés* (par. 101). Je souligne que cet arrêt n’indiquait nullement si, ou dans quelle mesure, l’article 1Fb) traite des non-fugitifs. La cour n’a pas non plus conclu que cet article exclut de façon automatique toute personne qui a déjà commis un crime grave.

[121] Les tribunaux d’autres pays encore ont conclu que la réadaptation, la gravité du crime et d’autres facteurs liés à la situation particulière du demandeur étaient pertinents. En Belgique, dans une affaire concernant un demandeur d’asile qui avait purgé des peines pour des crimes commis à l’étranger par le passé, le Conseil du contentieux des étrangers a conclu que l’article 1Fb) s’appliquait pour exclure l’intéressé du régime de protection de la *Convention relative aux réfugiés* en raison de son absence de repentir à l’égard d’un comportement criminel très grave (*X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, n° 69656, 8 novembre 2011). Le Conseil du contentieux des étrangers

had been reached on grounds which included an express reference to the “*Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*” (*Background Note*) (online), prepared by the UNHCR in 2003, that the completion of a sentence for a crime may be considered a relevant form of expiation, and that other factors such as the gravity of the offence and the claimant’s age and remorsefulness must also be considered. But in cases involving truly heinous crimes, exclusion under Article 1F(b) will be mandated even where the claimant has completed a sentence for a crime committed and demonstrated remorse (*XXX v. État belge*, No. 199.079, A. 192.074/XI-16.797, Conseil d’État (Section du contentieux administratif), December 18, 2009; *X v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, No. 27.479 (Conseil du contentieux des étrangers), May 18, 2009).

[122] In the United Kingdom, earlier decisions of the Immigration Appeal Tribunal took a literal approach to the words of Article 1F(b) and rejected an interpretation in which expiation (understood as “punishment, pardon, or amnesty” or “remorse or change of heart”) is relevant to determining whether past criminal conduct is a basis for exclusion under Article 1F(b): *KK (Turkey) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKIAT 00101, at para. 92; *Secretary of State for the Home Department v. AA (Palestine)*, [2005] UKIAT 00104, at paras. 59-62. Instead, the Tribunal considered it should apply the words of Article 1F(b) “exactly as they are written” (*KK*, at para. 92).

[123] But recently, a more generous approach has been taken to the interpretation of Article 1F “because of the serious consequences of excluding a person who has a well-founded fear of persecution from the protection of the Refugee Convention” (*Al-Sirri*, at paras. 12 and 16; *R. (JS (Sri Lanka)) v.*

a fait remarquer que la décision d’exclure la personne en cause tenait à des motifs comportant une mention expresse de la « *Note d’information sur l’application des clauses d’exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* » (*Note d’information*) (en ligne), rédigée par le HCR en 2003; il a estimé que le fait d’avoir purgé une peine pour un crime pouvait être considéré comme une forme d’expiation pertinente, et qu’il fallait également tenir compte d’autres facteurs tels la gravité du crime, l’âge de son auteur et le repentir qu’il manifeste. Toutefois, dans les affaires concernant des crimes vraiment odieux, l’exclusion en application de l’article 1Fb) est obligatoire, même si le demandeur a purgé sa peine et a manifesté du repentir (*XXX c. État belge*, n° 199.079, A. 192.074/XI-16.797, Conseil d’État (Section du contentieux administratif), 18 décembre 2009; *X. c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, n° 27.479 (Conseil du contentieux des étrangers), 18 mai 2009).

[122] Au Royaume-Uni, dans des décisions antérieures, le tribunal d’appel de l’immigration avait appliqué littéralement le libellé de l’article 1Fb) et rejeté une interprétation suivant laquelle l’expiation (au sens de « peine, réhabilitation ou amnistie » ou de « repentir ou changement d’opinion ») était pertinente pour trancher la question de savoir si le comportement criminel antérieur est un motif d’exclusion aux termes de l’article 1Fb) : *KK (Turkey) c. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKIAT 00101, par. 92; *Secretary of State for the Home Department c. AA (Palestine)*, [2005] UKIAT 00104, par. 59-62. Le tribunal a plutôt considéré qu’il devait appliquer le texte de l’article 1Fb) [TRADUCTION] « rigoureusement tel qu’il a été rédigé » (*KK*, par. 92).

[123] Toutefois, la section 1F a récemment été interprétée plus généreusement [TRADUCTION] « en raison des graves conséquences engendrées par l’exclusion d’une personne qui craint avec raison d’être persécutée du régime de protection de la Convention relative aux réfugiés » (*Al-Sirri*, par. 12

Secretary of State for the Home Department, [2010] UKSC 15, [2010] 3 All E.R. 881).

[124] In a recent decision involving a refugee claimant who had been convicted of and completed a sentence for a prior criminal offence, the Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) adopted a high threshold of seriousness for triggering Article 1F(b) where the individual had already completed a sentence for the crime, and left open the possibility that supervening events may be relevant to the analysis (*AH*). The Tribunal found that Article 1F(b) has two purposes: the “prevention of abuse of the asylum system by undermining extradition law or the mutual interest amongst states in prosecuting serious offenders”, and to exclude “those who have demonstrated by their conduct they are not worthy of it” (para. 85). In determining whether an individual is “unworthy” on the basis of past conduct, the Tribunal found:

... that limbs 1F(a) and (c) serve to illustrate the level of seriousness required to engage Article 1F(b); *the genus of seriousness is at a common level throughout*. Those who commit war crimes and acts against the principles and purposes of the United Nations are clear examples of people who are unworthy of protection. [Emphasis added; para. 86.]

[125] It also noted that the French text of Article 1F(b) provides important insight into the level of seriousness required for exclusion under that clause:

The French text of Article 1F(b) refers to “*un crime grave*” whereas that for Article 33(2) refers to “*un délit particulièrement grave*”. A *crime* in French law is a more serious class of offence than a *délit*. According to Cornu’s *Vocabulaire Juridique* (9th edition) 2011, “*crime*” is a “*transgression particulièrement grave*”. We accept, however, that the classification of the offence in national law is not the issue (as it happens the offences of which the appellant was convicted in France were both *délits*). The point is rather that the focus on the use of the English word “crime” in both Articles loses the quality of

et 16; *R. (JS (Sri Lanka)) c. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 15, [2010] 3 All E.R. 881).

[124] Dans une décision récente intéressant un demandeur d’asile qui avait été déclaré coupable d’une infraction criminelle et qui avait purgé sa peine, l’Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) a retenu un critère de gravité élevé pour que l’article 1Fb) s’applique lorsque l’intéressé a déjà purgé une peine pour le crime, et n’a pas écarté la possibilité que des événements subséquents soient pertinents dans l’analyse (*AH*). Le tribunal a conclu que l’article 1Fb) comportait deux objets : la [TRADUCTION] « prévention des abus du système d’asile par la dévalorisation du droit de l’extradition ou de l’intérêt mutuel des États à poursuivre les auteurs d’infractions graves », et l’exclusion « des personnes qui ont démontré, par leur conduite, qu’elles n’en sont pas dignes » (par. 85). Pour déterminer si une personne est « indigne » en raison de son comportement passé, le tribunal a conclu comme suit :

[TRADUCTION] ... les articles 1Fa) et c) servent à illustrer le degré de gravité nécessaire pour que s’applique l’article 1Fb); *dans tous les cas, le caractère de la gravité demeure le même*. Les auteurs de crimes de guerre et d’actes contraires aux principes et aux buts des Nations Unies sont des exemples clairs de personnes indignes de protection. [Italiques ajoutés; par. 86.]

[125] Le tribunal a également noté que la version française de l’article 1Fb) fournit des éclaircissements importants sur le degré de gravité nécessaire pour que s’applique l’exclusion aux termes de cette disposition :

[TRADUCTION] Dans la version française de l’article 1Fb), il est question de « crime grave » alors qu’à l’article 33(2), on parle de « délit particulièrement grave ». En droit français, le crime est une catégorie d’infraction plus grave que le délit. Selon le *Vocabulaire juridique* de Cornu (9^e édition) 2011, un « crime » est une « transgression particulièrement grave ». Toutefois, nous reconnaissons que la classification de l’infraction au regard du droit national n’est pas en cause en l’espèce (il se trouve que les infractions pour lesquelles l’appelant a été déclaré coupable en France étaient toutes les deux

seriousness reflected in the French word. It may be that the language of the French text is where the UNHCR and the commentators obtain the notion that serious crimes were once capital crimes. [para. 88]

[126] On those facts, it was held that “personal participation in a conspiracy to promote terrorist violence can be a particularly serious crime for the purpose of Article 1F(b)” (para. 89). The Tribunal emphasized that “[w]e must search for the autonomous international meaning of the term rather than what might be purely national law concerns about what conduct should be penalised and sentencing policy” (para. 83). Seriousness is to be examined at the time the criminal acts were committed, but the Tribunal noted that events such as a pardon, or a final acquittal in the “supervening passage of time may be relevant to whether exclusion is justified” (para. 97).

[127] The UNHCR’s “*Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*”, which “forms an integral part of UNHCR’s [position]” on the interpretation of Article 1F (UNHCR Guidelines), provides guidance of particular relevance:

... it is arguable that an individual who has served a sentence should, in general, no longer be subject to the exclusion clause as he or she is not a fugitive from justice. Each case will require individual consideration, however, bearing in mind issues such as the passage of time since the commission of the offence, the seriousness of the offence, the age at which the crime was committed, the conduct of the individual since then, and whether the individual has expressed regret or renounced criminal activities. *In the case of truly heinous crimes, it may be considered that such persons are still undeserving of international refugee protection and the exclusion clauses should still apply. This is more likely to be the case for crimes under Article 1F(a) or (c), than those falling under Article 1F(b).* [Emphasis added; para. 73.]

des délits). Il s’agit plutôt de constater que l’emphase mise sur l’emploi du mot anglais « *crime* » dans les deux dispositions ne rend pas compte du caractère de gravité que porte le mot français. Il se peut que le HCR et les auteurs se soient appuyés sur le libellé du texte français pour affirmer que les crimes graves étaient auparavant des crimes capitaux. [par. 88]

[126] À la lumière de ces faits, le tribunal a statué que [TRADUCTION] « la participation personnelle à un complot en vue de promouvoir la violence terroriste peut être un crime particulièrement grave que vise l’article 1Fb » (par. 89). Le tribunal a souligné que « [n]ous devons tenter de cerner le sens international autonome du terme, sans égards aux préoccupations purement nationales quant aux comportements qui doivent être sanctionnés et aux politiques en matière de détermination de la peine » (par. 83). La gravité doit être appréciée au moment où les actes criminels ont été commis, mais le tribunal a noté que des faits tels un pardon ou un acquittement final « obtenus subséquentement peuvent être pertinents pour déterminer si l’exclusion est justifiée » (par. 97).

[127] La « *Note d’information sur l’application des clauses d’exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* » du HCR qui « fait partie intégrante [de la position] du HCR » quant à l’interprétation de la section 1F (Principes directeurs du HCR), sert de guide particulièrement pertinent :

... on peut soutenir qu’une personne qui a purgé une peine ne devrait, en général, plus se voir appliquer la clause d’exclusion dans la mesure où elle n’a pas échappé à la justice. Cependant, chaque cas nécessite un examen individuel en gardant à l’esprit les questions telles que la période de temps écoulé depuis la commission de l’infraction, la gravité de l’infraction, l’âge auquel le crime a été commis, la conduite de la personne depuis lors et la question de savoir si elle a exprimé des regrets ou renoncé à ses activités criminelles. *Dans le cas de crimes particulièrement atroces, on peut considérer que ces personnes ne méritent toujours pas la protection internationale des réfugiés et que les clauses d’exclusion doivent encore s’appliquer. Il est plus probable que ce soit le cas pour les crimes prévus aux articles 1F(a) ou (c) que pour ceux relevant de l’article 1F(b).* [Italiques ajoutés; par. 73.]

[128] Two related observations emerge from this review. The first is that, like the international agreements relating to refugees which were consolidated and revised by the *Refugee Convention*, Article 1F(b) was originally intended to maintain the integrity of the status of refugee by excluding fugitives. The *travaux préparatoires* confirm that the exclusion of those who have committed serious and unpunished crimes was not only a practical concern; it was a moral one for the integrity of the international system of refugee protection.

[129] But as the recent international jurisprudence shows, it remains far from clear that the signatories to the *Refugee Convention* intended to exclude all individuals who were believed to have committed serious non-political crimes, without regard for whether they had been rehabilitated. In my view, this leaves it open to this Court to reach its own conclusion as to how to interpret the scope of 1F(b).

[130] The requisite good faith interpretive approach mandates not divorcing the text of Article 1F(b) from its human rights purpose. This is particularly so given the clear concern at the Conference of Plenipotentiaries that the basis for exclusion under Article 1F(b) should be restrictively written so that it would not be “too easy” for states to deny the humanitarian protections guaranteed by the *Refugee Convention* (*Plenipotentiaries*, U.N. Doc. A/CONF.2/SR.29 (1951)).

[131] This means, as the UNHCR Guidelines state, that there is room for discretion to apply Article 1F(b) “only after a full assessment of the individual circumstances of the case” (para. 2 (emphasis added)). There is little or no authority for the proposition that *everyone* who has committed a serious non-political crime outside the country of refuge remains permanently undeserving of the *Refugee Convention*’s protection regardless of their supervening personal circumstances. Such a

[128] Deux observations connexes ressortent de l’examen qui précède. Premièrement, à l’instar des accords internationaux relatifs aux réfugiés, qui ont été codifiés et révisés par la *Convention relative aux réfugiés*, l’article 1Fb) était censé à l’origine maintenir l’intégrité du statut de réfugié en excluant les fugitifs. Les travaux préparatoires confirment que l’exclusion des personnes qui ont commis des crimes graves et impunis n’était pas seulement une préoccupation d’ordre pratique; il s’agissait d’une question d’ordre moral qui touchait l’intégrité du régime de protection internationale des réfugiés.

[129] Toutefois, comme le montre la jurisprudence internationale récente, il est loin d’être évident que les signataires de la *Convention relative aux réfugiés* entendaient exclure toutes les personnes soupçonnées d’avoir commis des crimes graves de droit commun, sans égard à leur réadaptation éventuelle. À mon avis, il est donc loisible à notre Cour de tirer sa propre conclusion quant à la manière d’interpréter la portée de l’article 1Fb).

[130] Selon la méthode d’interprétation requise, qui fait appel à la bonne foi, il ne faut pas dissocier le texte de l’article 1Fb) de son objet axé sur les droits de la personne. Ceci est d’autant plus vrai si on prend en compte le souhait clair, exprimé à la Conférence des plénipotentiaires, que les critères d’exclusion aux termes de l’article 1Fb) soient rédigés de façon limitative pour que les pays ne puissent pas refuser « trop facilement » les protections humanitaires garanties par la *Convention relative aux réfugiés* (*Plénipotentiaires*, Doc. N.U. A/CONF.2/SR.29 (1951)).

[131] Comme l’indiquent les Principes directeurs du HCR, les tribunaux ont la latitude voulue pour appliquer l’article 1Fb) « *seulement après un examen complet des circonstances propres à chaque cas* » (par. 2 (italiques ajoutés)). Bien peu de sources, s’il en est, appuient la thèse voulant que *toute personne* qui a commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil demeure à jamais indigne de la protection qu’offre la *Convention relative aux réfugiés*, peu importe

relentlessly exclusionary — and literal — approach would contradict both the “good faith” approach to interpretation required by the *Vienna Convention* as well as the *Refugee Convention*’s human rights purpose.

[132] In my view, depending on the seriousness of the crime, if an individual is believed to have committed a serious non-political crime, the purpose of Article 1F(b) can be met where the individual’s circumstances reflect a sufficient degree of rehabilitation or expiation that the claimant ought not to be disqualified from the humanitarian protection of the *Refugee Convention*. The completion of a sentence, along with factors such as the passage of time since the commission of the offence, the age at which the crime was committed, and the individual’s rehabilitative conduct, will all be relevant. On the other hand, individuals who have committed such serious crimes that they must be considered undeserving of the status of being a refugee would be excluded.

[133] Support for this interpretation comes from the approach taken by the UNHCR and by foreign courts in Belgium and the United Kingdom, which have emphasized that those who have committed particularly serious crimes are excluded under the *Refugee Convention* on the basis that they are undeserving of the status of a refugee. This approach also accords with the intention of the signatories to the *Refugee Convention* to protect the integrity and viability of the international system of protection for refugees by limiting the obligations of the contracting parties towards individuals who have committed very serious crimes.

Application

[134] In concluding that Mr. Febles was excluded from the *Refugee Convention* on the basis of Article 1F(b), the Board considered “only the crime committed in 1984, for which there is more information” and found that Mr. Febles had committed a “serious non-political crime” (para. 22).

les changements qui peuvent subséquemment affecter sa situation personnelle. Une approche aussi obstinément exclusive — et littérale — serait contraire à la méthode d’interprétation « de bonne foi » que prescrit la *Convention de Vienne* ainsi qu’à l’objet axé sur les droits de la personne de la *Convention relative aux réfugiés*.

[132] À mon avis, selon la gravité du crime, si l’on croit qu’une personne a commis un crime grave de droit commun, l’objectif de l’article 1F(b) peut être satisfait lorsque la situation personnelle de l’intéressé témoigne d’un degré suffisamment élevé de réadaptation ou d’expiation, de sorte que le demandeur ne devrait pas être exclu du régime de protection de la *Convention relative aux réfugiés*. Le fait d’avoir purgé une peine ainsi que d’autres facteurs, comme l’écoulement du temps depuis la commission de l’infraction, l’âge de la personne lorsqu’elle a commis le crime et son comportement pendant la réadaptation, seront tous pertinents. Par ailleurs, seraient exclues les personnes qui ont commis des crimes d’une gravité telle qu’elles doivent être considérées comme indignes du statut de réfugié.

[133] Cette interprétation est étayée par l’approche suivie par le HCR et par des tribunaux de Belgique et du Royaume-Uni, qui ont souligné que les auteurs de crimes particulièrement graves sont exclus en application de la *Convention relative aux réfugiés* parce qu’ils sont indignes du statut de réfugié. Cette approche est également conforme à l’intention des signataires de la *Convention relative aux réfugiés* de protéger l’intégrité et la viabilité du régime international de protection des réfugiés en limitant les obligations des parties contractantes à l’égard des personnes qui ont commis des crimes très graves.

Application

[134] En concluant que M. Febles était exclu du régime de protection de la *Convention relative aux réfugiés* en application de l’article 1F(b), la Commission a pris en compte « uniquement [le] crime de 1984, pour lequel [elle] dispos[ait] de plus d’informations » et a conclu que M. Febles

It observed that Mr. Febles had completed the sentence imposed for the offence committed in 1984, and that “it might appear unfair to the claimant that, although he served his sentence and took the second chance that life was offering him 17 years ago and chose to follow a straighter path, the crimes he committed many years ago are coming back to haunt him” (para. 24). The question it did not determine is whether this offence was so serious that Mr. Febles must be considered undeserving of the status of a refugee.

[135] Mr. Febles expressed remorse immediately after the commission of the offence and turned himself in to the police. He pleaded guilty and served his sentence for his criminal conduct. He also admitted that he was suffering from problems with alcohol at the time of the offence. While it is clear that the criminal conduct was serious, what has yet to be determined is whether the crime is so serious that Mr. Febles’ personal circumstances since serving his sentence in 1984 ought to be disregarded in considering whether he is entitled to refugee status.

[136] I would therefore allow the appeal and return the matter to the Immigration and Refugee Board for redetermination in accordance with these reasons.

Appeal dismissed, ABELLA and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Jared Will, Montréal; Peter Shams, Montréal.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener Amnesty International: Power Law, Ottawa.

Solicitors for the intervener the United Nations High Commissioner for Refugees: Torsys, Toronto; UNHCR, Toronto.

avait commis un « crime grave de droit commun » (par. 22). Elle a fait remarquer que M. Febles avait purgé la peine imposée pour l’infraction commise en 1984, et qu’« il [pouvait] paraître injuste pour le demandeur que des crimes qu’il a commis il y a de nombreuses années reviennent le hanter alors qu’il a purgé ses peines, saisi la deuxième chance que la vie lui a offerte, il y a dix-sept ans, et choisi de marcher dans le droit chemin » (par. 24). Toutefois, la Commission n’a pas tranché la question de savoir si cette infraction était d’une gravité telle que M. Febles devait être considéré comme indigne du statut de réfugié.

[135] Monsieur Febles a exprimé du remords immédiatement après avoir commis le crime et il s’est livré à la police. Il a plaidé coupable et a purgé la peine infligée en conséquence de sa conduite. Il a également admis avoir eu un problème d’alcoolisme au moment de l’infraction. Certes, la conduite criminelle était grave, mais pour déterminer s’il y a lieu de lui accorder l’asile, il faut encore examiner si le crime est d’une gravité telle qu’il faille faire abstraction de la situation personnelle de M. Febles depuis qu’il a purgé sa peine en 1984.

[136] Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi et de renvoyer l’affaire à la Commission de l’immigration et du statut de réfugié pour qu’elle rende une nouvelle décision conformément aux présents motifs.

Pourvoi rejeté, les juges ABELLA et CROMWELL sont dissidents.

Procureurs de l’appelant : Jared Will, Montréal; Peter Shams, Montréal.

Procureur de l’intimé : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de l’intervenante Amnistie internationale : Juristes Power, Ottawa.

Procureurs de l’intervenant le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés : Torsys, Toronto; HCNUR, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: Refugee Law Office, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Council for Refugees: University of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Edelman & Co. Law Office, Vancouver; Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Refugee Law Office, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés : University of British Columbia, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Edelman & Co. Law Office, Vancouver; Waldman & Associates, Toronto.

Christopher Dunn *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DUNN

2014 SCC 69

File No.: 35599.

2014: November 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Firearms — Elements of offence — Airgun — Accused charged with numerous weapon and firearm offences — Definition of “firearm” and “weapon” in Criminal Code — Trial judge concluding that airgun not weapon and acquitting accused of offences — Court of Appeal finding that barrelled objects that meet definition of firearm need not also meet definition of weapon to be deemed firearm — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 2.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Sharpe, Gillese, Epstein and Strathy JJ.A.), 2013 ONCA 539, 117 O.R. (3d) 171, 309 O.A.C. 311, 305 C.C.C. (3d) 372, [2013] O.J. No. 3918 (QL), 2013 CarswellOnt 12211, affirming the accused’s acquittal on the charge of pointing a firearm and setting aside the acquittals and ordering a new trial on charges of careless handling of a firearm, carrying a weapon for a purpose dangerous to the public peace and carrying a concealed weapon. Appeal dismissed.

Solomon Friedman, for the appellant.

John S. McInnes and *Roger Shallow*, for the respondent.

Christopher Dunn *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. DUNN

2014 CSC 69

N° du greffe : 35599.

2014 : 5 novembre.

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

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

Droit criminel — Armes à feu — Éléments de l’infraction — Fusil à air comprimé — Nombreuses infractions liées aux armes et aux armes à feu reprochées à l’accusé — Définition d’« arme à feu » et d’« arme » dans le Code criminel — Conclusion du juge du procès portant qu’un fusil à air comprimé n’est pas une arme et acquittant l’accusé des infractions — Conclusion de la Cour d’appel indiquant que les objets munis d’un canon qui satisfont à la définition d’arme à feu n’ont pas à satisfaire également à la définition d’arme pour être considérés comme des armes à feu — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rosenberg, Sharpe, Gillese, Epstein et Strathy), 2013 ONCA 539, 117 O.R. (3d) 171, 309 O.A.C. 311, 305 C.C.C. (3d) 372, [2013] O.J. No. 3918 (QL), 2013 CarswellOnt 12211, qui a confirmé l’acquittement de l’accusé relativement à l’accusation d’avoir braqué une arme à feu, mais annulé les acquittements et ordonné un nouveau procès à l’égard des accusations de manipulation négligente d’une arme à feu, de port d’une arme dans un dessein présentant un danger pour la paix publique et de port d’une arme dissimulée. Pourvoi rejeté.

Solomon Friedman, pour l’appelant.

John S. McInnes et *Roger Shallow*, pour l’intimée.

The judgment of the Court was delivered orally
by

[1] THE CHIEF JUSTICE — For the reasons of Justice Rosenberg in the Court of Appeal, we are all of the view that the appeal should be dismissed.

Judgment accordingly.

*Solicitors for the appellant: Edelson Clifford
D'Angelo Friedman, Ottawa.*

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

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Pour les motifs exposés par le juge Rosenberg de la Cour d'appel, nous sommes tous d'avis de rejeter le pourvoi.

Jugement en conséquence.

*Procureurs de l'appelant : Edelson Clifford
D'Angelo Friedman, Ottawa.*

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

**British Columbia Teachers' Federation and
Surrey Teachers' Association** *Appellants*

v.

**British Columbia Public School Employers'
Association and Board of Education of School
District No. 36 (Surrey)** *Respondents*

and

**West Coast Women's Legal Education and
Action Fund** *Intervener*

**INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA TEACHERS'
FEDERATION v. BRITISH COLUMBIA PUBLIC
SCHOOL EMPLOYERS' ASSOCIATION**

2014 SCC 70

File No.: 35623.

2014: November 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Labour relations — Collective agreements — Grievances — Human rights — Right to equality — Grievance filed by union alleging that employer's failure to separately provide supplemental employment benefits to birth mothers in relation to both maternity leave and parental leave was discriminatory — Arbitrator allowing grievance and finding employer's position resulted in discrimination on grounds of sex and family status — Court of Appeal erred in setting aside arbitrator's decision that birth mothers were subject to unequal treatment — Arbitrator's award restored.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, Frankel and Bennett J.J.A.), 2013 BCCA 405, 50 B.C.L.R. (5th) 39, 342 B.C.A.C. 233, 585 W.A.C. 233, 291 C.R.R. (2d) 96, [2014] 4 W.W.R. 65, [2013] B.C.J. No. 2056 (QL), 2013 CarswellBC 2840, setting aside an arbitrator's award, [2012] B.C.C.A.A.A. No. 138 (QL). Appeal allowed.

**British Columbia Teachers' Federation et
Surrey Teachers' Association** *Appelantes*

c.

**British Columbia Public School Employers'
Association et Board of Education of School
District No. 36 (Surrey)** *Intimés*

et

**West Coast Women's Legal Education and
Action Fund** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : BRITISH COLUMBIA TEACHERS'
FEDERATION c. BRITISH COLUMBIA PUBLIC
SCHOOL EMPLOYERS' ASSOCIATION**

2014 CSC 70

N° du greffe : 35623.

2014 : 12 novembre.

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

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

Relations du travail — Conventions collectives — Grievs — Droits de la personne — Droit à l'égalité — Dépôt par le syndicat d'un grief soutenant que le défaut de l'employeur de verser séparément aux mères biologiques des prestations d'emploi supplémentaires à la fois pour le congé de maternité et pour le congé parental constituait de la discrimination — Sentence arbitrale faisant droit au grief et concluant que la position de l'employeur créait de la discrimination pour des motifs fondés sur le sexe et la situation de famille — Annulation erronée par la Cour d'appel de la décision de l'arbitre selon laquelle les mères biologiques faisaient l'objet d'un traitement inégal — Rétablissement de la sentence arbitrale.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Frankel et Bennett), 2013 BCCA 405, 50 B.C.L.R. (5th) 39, 342 B.C.A.C. 233, 585 W.A.C. 233, 291 C.R.R. (2d) 96, [2014] 4 W.W.R. 65, [2013] B.C.J. No. 2056 (QL), 2013 CarswellBC 2840, qui a annulé une sentence arbitrale, [2012] B.C.C.A.A.A. No. 138 (QL). Pourvoi accueilli.

Robyn Trask, Diane MacDonald and Michael Sobkin, for the appellants.

Delayne M. Sartison, Q.C., and Jennifer R. Devins, for the respondents.

Clea F. Parfitt and Kasari Govender, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] KARAKATSANIS J. — The Court of Appeal erred in failing to give deference to the arbitrator's interpretation of the collective agreement and in failing to recognize the different purposes of pregnancy benefits and parental benefits. The arbitrator was entitled to reach the conclusions that he did and we see no reason to interfere with the remedy. The appeal is allowed with costs and the arbitrator's award is restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants: British Columbia Teachers' Federation, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Roper Greyell, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Clea F. Parfitt, Vancouver; West Coast LEAF, Vancouver.

Robyn Trask, Diane MacDonald et Michael Sobkin, pour les appelantes.

Delayne M. Sartison, c.r., et Jennifer R. Devins, pour les intimés.

Clea F. Parfitt et Kasari Govender, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — La Cour d'appel a fait erreur en ne déférant pas à l'interprétation de la convention collective faite par l'arbitre et en ne reconnaissant pas que les prestations de grossesse et les prestations parentales ont des objets distincts. L'arbitre pouvait à bon droit conclure comme il l'a fait, et nous ne voyons aucune raison de modifier la réparation. Le pourvoi est accueilli avec dépens et la sentence arbitrale est rétablie.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelantes : British Columbia Teachers' Federation, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs des intimés : Roper Greyell, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant : Clea F. Parfitt, Vancouver; West Coast LEAF, Vancouver.

**Harish Bhasin, carrying on business as
Bhasin & Associates** *Appellant*

v.

**Larry Hrynew and
Heritage Education Funds Inc.
(formerly known as Allianz Education
Funds Inc., formerly known as Canadian
American Financial Corp. (Canada
Limited))** *Respondents*

INDEXED AS: BHASIN v. HRYNEW

2014 SCC 71

File No.: 35380.

2014: February 12; 2014: November 13.

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

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

Contracts — Breach — Performance — Non-renewal provision — Duty of good faith — Duty of honest performance — Agreement governing relationship between company and retail dealer providing for automatic contract renewal at end of three-year term unless parties giving six months' written notice to contrary — Company deciding not to renew dealership agreement — Retail dealer lost value of business and majority of sales agents solicited by competitor agency — Retail dealer suing company and competitor agency — Whether common law requiring new general duty of honesty in contractual performance — Whether company breaching that duty.

Damages — Quantum — Contracts — Breach — Performance — Non-renewal provision — Duty of good faith — Duty of honest performance — Agreement governing relationship between company and retail dealer providing for automatic contract renewal at end of three-year term unless parties giving six months' written notice to contrary — Company deciding not to renew dealership agreement — Retail dealer lost value of business and majority

**Harish Bhasin, faisant affaire sous le nom de
Bhasin & Associates** *Appelant*

c.

**Larry Hrynew et
Heritage Education Funds Inc.
(auparavant connue sous le nom de
Allianz Education Funds Inc.,
auparavant connue sous le nom de Canadian
American Financial Corp. (Canada
Limited))** *Intimés*

RÉPERTORIÉ : BHASIN c. HRYNEW

2014 CSC 71

N° du greffe : 35380.

2014 : 12 février; 2014 : 13 novembre.

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

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

Contrats — Violation — Exécution — Clause de non-renouvellement — Obligation d'agir de bonne foi — Obligation d'exécution honnête — Entente régissant la relation entre la société et le détaillant prévoyant le renouvellement automatique du contrat à la fin de la période de trois ans, à moins qu'une partie donne à l'autre, par écrit, un préavis de non-renouvellement de six mois — Décision de la société de ne pas renouveler le contrat de concession — Perte par le détaillant de la valeur de l'entreprise et de la majorité de ses représentants des ventes recrutés par un concurrent — Poursuite du détaillant contre la société et le concurrent — La common law exige-t-elle une nouvelle obligation générale d'honnêteté applicable à l'exécution des contrats? — La société a-t-elle manqué à cette obligation?

Dommages-intérêts — Quantum — Contrats — Violation — Exécution — Clause de non-renouvellement — Obligation d'agir de bonne foi — Obligation d'exécution honnête — Entente régissant la relation entre la société et le détaillant prévoyant le renouvellement automatique du contrat à la fin de la période de trois ans, à moins qu'une partie donne à l'autre, par écrit, un préavis de non-renouvellement de six mois — Décision de la société de ne pas

of sales agents solicited by competitor agency — Retail dealer suing company and competitor agency — What is appropriate measure of damages.

C markets education savings plans to investors through retail dealers, known as enrollment directors, such as B. An enrollment director's agreement that took effect in 1998 governed the relationship between C and B. The term of the contract was three years. The applicable provision provided that the contract would automatically renew at the end of the three-year term unless one of the parties gave six months' written notice to the contrary.

H was another enrollment director and was a competitor of B. H wanted to capture B's lucrative niche market and previously approached B to propose a merger of their agencies on numerous occasions. He also actively encouraged C to force the merger. B had refused to participate in such a merger. C appointed H as the provincial trading officer ("PTO") to review its enrollment directors for compliance with securities laws after the Alberta Securities Commission raised concerns about compliance issues among C's enrollment directors. The role required H to conduct audits of C's enrollment directors. B objected to having H, a competitor, review his confidential business records.

During C's discussions with the Commission about compliance, it was clear that C was considering a restructuring of its agencies in Alberta that involved B. In June 2000, C outlined its plans to the Commission and they included B working for H's agency. None of this was known by B. C repeatedly misled B by telling him that H, as PTO, was under an obligation to treat the information confidentially. It also responded equivocally when B asked in August 2000 whether the merger was a "done deal". When B continued to refuse to allow H to audit his records, C threatened to terminate the 1998 Agreement and in May 2001 gave notice of non-renewal under the Agreement. At the expiry of the contract term, B lost the value in his business in his assembled workforce. The majority of his sales agents were successfully solicited by H's agency.

renouveler le contrat de concession — Perte par le détaillant de la valeur de l'entreprise et de la majorité de ses représentants des ventes recrutés par un concurrent — Poursuite du détaillant contre la société et le concurrent — Quel est le montant approprié des dommages-intérêts?

C vend aux investisseurs des régimes d'épargne-études par l'intermédiaire de détaillants, comme B, appelés directeurs des souscriptions. La relation entre C et B était régie par une entente relative au directeur des souscriptions qui est entrée en vigueur en 1998. La durée du contrat était de trois ans. La disposition en cause en l'espèce prévoyait le renouvellement automatique du contrat à la fin de la période de trois ans, à moins qu'une partie donne à l'autre, par écrit, un préavis de non-renouvellement de six mois.

H, lui aussi directeur des souscriptions, était un concurrent de B. H souhaitait s'approprier le créneau lucratif que B occupait sur le marché et avait à plusieurs reprises auparavant contacté B pour lui proposer de fusionner leurs agences. Il avait aussi encouragé fortement C à imposer la fusion. B avait refusé de participer à une telle fusion. C a nommé H au poste d'agent commercial provincial (« ACP »), chargé de la vérification des activités de ses directeurs des souscriptions sur le plan du respect de la législation en matière de valeurs mobilières après que la Commission des valeurs mobilières de l'Alberta eut soulevé des questions au sujet de la conformité des activités des directeurs des souscriptions de C. H devait effectuer des vérifications auprès des directeurs des souscriptions de C. B s'est opposé à ce que H, un concurrent, examine ses dossiers d'entreprise confidentiels.

Au cours des discussions que C a eues avec la Commission au sujet de la conformité, il était évident que C envisageait en Alberta une restructuration de ses agences qui touchait B. En juin 2000, C a présenté ses plans à la Commission selon lesquels il était prévu que B travaillerait pour l'agence de H. B n'était au courant de rien. C a à maintes reprises induit B en erreur en lui disant que H, en sa qualité d'ACP, était tenu de traiter les renseignements de façon confidentielle. C a aussi répondu de façon équivoque lorsque B a demandé en août 2000 si la fusion était un « fait accompli ». Comme B refusait toujours de permettre à H de vérifier ses registres, C a menacé de résilier l'entente de 1998 et, en mai 2001, elle a donné à B un préavis de non-renouvellement conformément à l'entente. À l'échéance du contrat, l'entreprise de B a perdu son effectif qui constituait la valeur de son entreprise. La majorité de ses représentants des ventes ont été recrutés par l'agence de H.

B sued C and H. The trial judge found C was in breach of the implied term of good faith, H had intentionally induced breach of contract, and both C and H were liable for civil conspiracy. The Court of Appeal allowed the appeal and dismissed B's lawsuit.

Held: The appeal with respect to C should be allowed and the appeal with respect to H dismissed. The trial judge's assessment of damages should be varied to \$87,000 plus interest.

Canadian common law in relation to good faith performance of contracts is piecemeal, unsettled and unclear. Two incremental steps are in order to make the common law more coherent and more just. The first step is to acknowledge that good faith contractual performance is a general organizing principle of the common law of contract which underpins and informs the various rules in which the common law, in various situations and types of relationships, recognizes obligations of good faith contractual performance. The second step is to recognize, as a further manifestation of this organizing principle of good faith, that there is a common law duty which applies to all contracts to act honestly in the performance of contractual obligations. Taking these two steps will put in place a duty that is just, that accords with the reasonable expectations of commercial parties and that is sufficiently precise that it will enhance rather than detract from commercial certainty.

There is an organizing principle of good faith that parties generally must perform their contractual duties honestly and reasonably and not capriciously or arbitrarily. An organizing principle states in general terms a requirement of justice from which more specific legal doctrines may be derived. An organizing principle therefore is not a free-standing rule, but rather a standard that underpins and is manifested in more specific legal doctrines and may be given different weight in different situations. It is a standard that helps to understand and develop the law in a coherent and principled way.

The organizing principle of good faith exemplifies the notion that, in carrying out his or her own performance of the contract, a contracting party should have appropriate regard to the legitimate contractual interests of the contracting partner. While "appropriate regard" for the other party's interests will vary depending on the context of the contractual relationship, it does not require acting to serve those interests in all cases. It merely requires that

B a poursuivi C et H. La juge de première instance a conclu que C avait violé la condition implicite d'agir de bonne foi, que H avait intentionnellement incité à la rupture de contrat et que C et H avaient engagé leur responsabilité pour complot civil. La Cour d'appel a accueilli l'appel et rejeté la poursuite de B.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en ce qui concerne C et rejeté en ce qui concerne H. L'appréciation des dommages-intérêts faite par la juge de première instance est modifiée et fixée à 87 000 \$ plus l'intérêt.

La common law au Canada en matière d'exécution de bonne foi des contrats est fragmentaire, incertaine et imprécise. Il convient de prendre deux mesures progressives en vue de rendre la common law plus cohérente et équitable. La première mesure consiste à reconnaître que l'exécution de bonne foi des contrats constitue un principe directeur général de la common law en matière de contrats qui sous-tend et détermine les diverses règles où la common law, dans diverses situations et divers types de relations, reconnaît l'existence des obligations d'exécuter les contrats de bonne foi. La deuxième mesure consiste à reconnaître, comme manifestation supplémentaire de ce principe directeur de bonne foi, l'existence d'une obligation en common law, applicable à tous les contrats, d'agir honnêtement dans l'exécution des obligations contractuelles. L'adoption de ces deux mesures aura pour effet d'établir une obligation équitable, conforme aux attentes raisonnables des parties commerciales et suffisamment précise pour renforcer la stabilité commerciale plutôt que l'affaiblir.

Il existe un principe directeur de bonne foi selon lequel les parties doivent, de façon générale, exécuter leurs obligations contractuelles de manière honnête et raisonnable, et non de façon abusive ou arbitraire. Un principe directeur énonce en termes généraux une exigence de justice dont il est possible de tirer des règles de droit plus particulières. Un principe directeur n'est donc pas une règle autonome, mais plutôt une norme qui sous-tend des règles de droit particulières, qui se manifeste dans ces règles et à laquelle on peut accorder plus ou moins d'importance selon chaque situation. Il s'agit d'une norme qui aide à comprendre et à élaborer le droit de façon cohérente et rationnelle.

Le principe directeur de bonne foi montre bien que la partie contractante, lorsqu'elle exécute ses obligations contractuelles, devrait prendre en compte comme il se doit les intérêts légitimes de son partenaire contractuel. Même si la « prise en compte comme il se doit » des intérêts de l'autre partie variera en fonction du contexte de la relation contractuelle, elle n'oblige pas la partie à servir ces intérêts dans tous les cas. Elle exige simplement

a party not seek to undermine those interests in bad faith. This general principle has strong conceptual differences from the much higher obligations of a fiduciary. Unlike fiduciary duties, good faith performance does not engage duties of loyalty to the other contracting party or a duty to put the interests of the other contracting party first.

This organizing principle of good faith manifests itself through the existing doctrines about the types of situations and relationships in which the law requires, in certain respects, honest, candid, forthright or reasonable contractual performance. Generally, claims of good faith will not succeed if they do not fall within these existing doctrines. However, this list is not closed. The application of the organizing principle of good faith to particular situations should be developed where the existing law is found to be wanting and where the development may occur incrementally in a way that is consistent with the structure of the common law of contract and gives due weight to the importance of private ordering and certainty in commercial affairs.

The approach of recognizing an overarching organizing principle but accepting the existing law as the primary guide to future development is appropriate in the development of the doctrine of good faith. Good faith may be invoked in widely varying contexts and this calls for a highly context-specific understanding of what honesty and reasonableness in performance require so as to give appropriate consideration to the legitimate interests of both contracting parties.

The principle of good faith must be applied in a manner that is consistent with the fundamental commitments of the common law of contract which generally places great weight on the freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest. In commerce, a party may sometimes cause loss to another — even intentionally — in the legitimate pursuit of economic self-interest. Doing so is not necessarily contrary to good faith and in some cases has actually been encouraged by the courts on the basis of economic efficiency. The development of the principle of good faith must be clear not to veer into a form of *ad hoc* judicial moralism or “palm tree” justice. In particular, the organizing principle of good faith should not be used as a pretext for scrutinizing the motives of contracting parties.

que la partie ne cherche pas de mauvaise foi à nuire à ces intérêts. Ce principe général présente des différences conceptuelles marquées par rapport aux obligations beaucoup plus rigoureuses du fiduciaire. Contrairement aux obligations qui incombent au fiduciaire, l'exécution de bonne foi ne fait pas entrer en jeu les devoirs de loyauté envers l'autre partie contractante ou une obligation de veiller en priorité aux intérêts de l'autre partie contractante.

Ce principe directeur de bonne foi se manifeste par les règles existantes portant sur les types de situations et de relations dans lesquelles la loi exige, à certains égards, une exécution contractuelle honnête, franche ou raisonnable. De façon générale, la notion de bonne foi ne sera pas retenue si elle ne cadre pas avec ces règles existantes. Toutefois, cette liste n'est pas exhaustive. L'application du principe directeur de bonne foi à des situations particulières devrait être élaborée lorsque les règles de droit existantes sont jugées insuffisantes et lorsque cette élaboration peut se faire graduellement d'une manière qui est compatible avec la structure du droit des contrats en common law et qui reconnaît toute son importance au choix personnel et à la stabilité dans les affaires commerciales.

Pour élaborer la doctrine de la bonne foi, il convient de retenir l'approche qui consiste à reconnaître un principe directeur prépondérant tout en acceptant que les règles de droit existantes serviront de guide principal pour préciser ultérieurement le droit. Il est possible d'invoquer la bonne foi dans des contextes très divers, ce qui requiert une compréhension hautement contextuelle de ce qu'exige l'exécution d'une manière honnête et raisonnable de sorte qu'il soit tenu compte comme il se doit des intérêts légitimes des deux parties contractantes.

Il convient d'appliquer le principe de la bonne foi d'une manière conforme aux engagements fondamentaux du droit des contrats en common law, lequel accorde généralement beaucoup de poids à la liberté des parties contractantes dans la poursuite de leur intérêt personnel. En matière commerciale, une partie peut parfois causer une perte à une autre partie — même de façon intentionnelle — dans la poursuite légitime d'intérêts économiques personnels. Agir de la sorte n'entre pas nécessairement en contradiction avec la bonne foi et, dans certains cas, les tribunaux ont encouragé les parties à adopter cette attitude au nom de l'efficacité économique. L'évolution du principe de la bonne foi doit éviter clairement de se transformer en une forme de moralisme judiciaire ponctuel ou en une justice au cas par cas. Plus particulièrement, le principe directeur de bonne foi ne devrait pas servir de prétexte à un examen approfondi des intentions des parties contractantes.

The objection to C's conduct in this case does not fit within any of the existing situations or relationships in which duties of good faith have been found to exist. It is appropriate to recognize a new common law duty that applies to all contracts as a manifestation of the general organizing principle of good faith: a duty of honest performance, which requires the parties to be honest with each other in relation to the performance of their contractual obligations.

Under this new general duty of honesty in contractual performance, parties must not lie or otherwise knowingly mislead each other about matters directly linked to the performance of the contract. This does not impose a duty of loyalty or of disclosure or require a party to forego advantages flowing from the contract; it is a simple requirement not to lie or mislead the other party about one's contractual performance. Recognizing a duty of honest performance flowing directly from the common law organizing principle of good faith is a modest, incremental step.

This new duty of honest performance is a general doctrine of contract law that imposes as a contractual duty a minimum standard of honesty in contractual performance. It operates irrespective of the intentions of the parties, and is to this extent analogous to equitable doctrines which impose limits on the freedom of contract, such as the doctrine of unconscionability. However, the precise content of honest performance will vary with context and the parties should be free in some contexts to relax the requirements of the doctrine so long as they respect its minimum core requirements.

The duty of honest performance should not be confused with a duty of disclosure or of fiduciary loyalty. A party to a contract has no general duty to subordinate his or her interest to that of the other party. However, contracting parties must be able to rely on a minimum standard of honesty from their contracting partner in relation to performing the contract as a reassurance that if the contract does not work out, they will have a fair opportunity to protect their interests.

In this case, the trial judge did not make a reversible error by adjudicating the issue of good faith. C breached the 1998 Agreement when it failed to act honestly with

Le reproche à l'égard de la conduite de C en l'espèce ne cadre dans aucune des situations ou des relations à l'égard desquelles les obligations de bonne foi ont trouvé application. Il convient de reconnaître une nouvelle obligation en common law qui s'applique à tous les contrats en tant que manifestation du principe directeur général de bonne foi : une obligation d'exécution honnête qui oblige les parties à faire preuve d'honnêteté l'une envers l'autre dans le cadre de l'exécution de leurs obligations contractuelles.

En vertu de cette nouvelle obligation générale d'honnêteté applicable à l'exécution des contrats, les parties ne doivent pas se mentir ni autrement s'induire intentionnellement en erreur au sujet de questions directement liées à l'exécution du contrat. Cette obligation n'impose pas un devoir de loyauté ou de divulgation ni n'exige d'une partie qu'elle renonce à des avantages découlant du contrat; il s'agit d'une simple exigence faite à une partie de ne pas mentir à l'autre partie ni de la tromper au sujet de l'exécution de ses obligations contractuelles. La reconnaissance d'une obligation d'exécution honnête découlant directement du principe directeur de bonne foi en common law se veut une étape modeste élaborée de façon progressive.

Cette nouvelle obligation d'exécution honnête constitue une doctrine générale du droit des contrats imposant, à titre d'obligation contractuelle, une norme minimale d'honnêteté dans l'exécution des contrats. Cette obligation trouve application sans égard aux intentions des parties et, en ce sens, elle est analogue aux notions reconnues en *equity* qui imposent, comme la doctrine relative aux contrats abusifs, des limites à la liberté contractuelle. Toutefois, la teneur précise de l'exécution honnête variera selon le contexte, et les parties devraient, en certaines circonstances, être libres d'assouplir les exigences de la doctrine dès lors qu'elles en respectent les exigences minimales essentielles.

L'obligation d'exécution honnête ne devrait pas être confondue avec l'obligation de divulgation ni avec celle de loyauté qui incombe au fiduciaire. Une partie contractante n'est pas généralement tenue de subordonner ses intérêts à ceux de l'autre partie. Les parties contractantes doivent toutefois pouvoir s'attendre à ce que leur partenaire contractant respecte une norme minimale d'honnêteté en ce qui a trait à l'exécution du contrat, de sorte que s'il n'est pas donné suite au contrat, elles auront l'assurance d'une possibilité raisonnable de protéger leurs intérêts.

En l'espèce, la juge de première instance n'a pas commis d'erreur donnant lieu à révision lorsqu'elle a tranché la question de la bonne foi. C a violé le contrat de 1998

B in exercising the non-renewal clause. The trial judge concluded that C acted dishonestly with B throughout the period leading up to its exercise of the non-renewal clause, both with respect to its own intentions and with respect to H's role as PTO. The trial judge's detailed findings amply support this overall conclusion.

C is liable for damages calculated on the basis of what B's economic position would have been had C fulfilled its duty. While the trial judge did not assess damages on that basis given the different findings in relation to liability, the trial judge made findings that permit this Court to do so. These findings permit damages to be assessed on the basis that if C had performed the contract honestly, B would have been able to retain the value of his business rather than see it, in effect, expropriated and turned over to H. It is clear from the findings of the trial judge and from the record that the value of the business around the time of non-renewal was \$87,000. B is entitled to damages in the amount of \$87,000. The Court of Appeal was correct in finding that there could be no liability for inducing breach of contract or unlawful means conspiracy. As such, it follows that the claims against H were rightly dismissed.

Cases Cited

Referred to: *Aleyn v. Belchier* (1758), 1 Eden 132, 28 E.R. 634; *Mills v. Mills* (1938), 60 C.L.R. 150; *Mellish v. Motteux* (1792), Peake 156, 170 E.R. 113; *Carter v. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162; *Herbert v. Mercantile Fire Ins. Co.* (1878), 43 U.C.Q.B. 384; *Gateway Realty Ltd. v. Arton Holdings Ltd.* (1991), 106 N.S.R. (2d) 180, aff'd (1992), 112 N.S.R. (2d) 180; *McDonald's Restaurant of Canada Ltd. v. British Columbia* (1997), 29 B.C.L.R. (3d) 303; *Crawford v. Agricultural Development Board (N.B.)* (1997), 192 N.B.R. (2d) 68; *Transamerica Life Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 68 O.R. (3d) 457; *Mesa Operating Limited Partnership v. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 149 A.R. 187; *Barclays Bank PLC v. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments VII Corp.*, 2013 ONCA 494, 365 D.L.R. (4th) 15; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada*

lorsqu'elle n'a pas agi honnêtement envers B en recourant à la clause de non-renouvellement. La juge de première instance a conclu que C avait agi malhonnêtement envers B pendant la période précédant le recours à la clause de non-renouvellement, en raison de ses propres intentions et du rôle joué par H en sa qualité d'ACP. Les motifs détaillés de la juge étayent amplement cette conclusion générale.

C est responsable de dommages-intérêts calculés en fonction de la situation financière dans laquelle se serait trouvé B si C s'était acquittée de son obligation. Bien que la juge de première instance n'ait pas évalué le montant des dommages-intérêts en fonction de ce critère, compte tenu des conclusions différentes qu'elle a tirées en ce qui a trait à la responsabilité, elle a tiré des conclusions qui permettent à notre Cour de le faire. Ces conclusions permettent une évaluation des dommages-intérêts fondée sur le fait que, si C avait exécuté honnêtement le contrat, B aurait été en mesure de conserver la valeur de son entreprise plutôt que de s'en voir dépossédé au profit de H. Il ressort clairement des conclusions de la juge de première instance ainsi que du dossier que la valeur de l'entreprise vers la date du non-renouvellement était de 87 000 \$. B a droit à des dommages-intérêts de l'ordre de 87 000 \$. La Cour d'appel a eu raison de ne retenir aucune responsabilité pour un délit d'incitation à rupture de contrat ou de complot prévoyant le recours à des moyens illégaux. Il s'ensuit donc que les demandes contre H ont été à juste titre rejetées.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Aleyn c. Belchier* (1758), 1 Eden 132, 28 E.R. 634; *Mills c. Mills* (1938), 60 C.L.R. 150; *Mellish c. Motteux* (1792), Peake 156, 170 E.R. 113; *Carter c. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162; *Herbert c. Mercantile Fire Ins. Co.* (1878), 43 U.C.Q.B. 384; *Gateway Realty Ltd. c. Arton Holdings Ltd.* (1991), 106 N.S.R. (2d) 180, conf. par (1992), 112 N.S.R. (2d) 180; *McDonald's Restaurant of Canada Ltd. c. British Columbia* (1997), 29 B.C.L.R. (3d) 303; *Crawford c. Agricultural Development Board (N.B.)* (1997), 192 R.N.-B. (2^e) 68; *Transamerica Life Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 68 O.R. (3d) 457; *Mesa Operating Limited Partnership c. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 149 A.R. 187; *Barclays Bank PLC c. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments VII Corp.*, 2013 ONCA 494, 365 D.L.R. (4th) 15; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West)*

- Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, [1989] 1 Q.B. 433; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Schuler A.G. v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.*, [1974] A.C. 235; *CivicLife.com Inc. v. Canada (Attorney General)* (2006), 215 O.A.C. 43; *Dynamic Transport Ltd. v. O.K. Detailing Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 1072; *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1995] 2 S.C.R. 187; *Mason v. Freedman*, [1958] S.C.R. 483; *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3; *702535 Ontario Inc. v. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Andrusiw v. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corporation Ltd.*, [2013] EWHC 111, [2013] 1 All E.R. (Comm.) 1321; *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v. Compass Group UK and Ireland Ltd.*, [2013] EWCA Civ 200 (BAILII); *Renard Constructions (ME) Pty Ltd. v. Minister for Public Works* (1992), 26 N.S.W.L.R. 234; *Burger King Corporation v. Hungry Jack's Pty Ltd.*, [2001] NSWCA 187, 69 N.S.W.L.R. 558; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601; *Greenberg v. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755; *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533; *GEC Marconi Systems Pty Ltd. v. BHP Information Technology Pty Ltd.*, [2003] FCA 50 (AustLII); *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429; *Kirke La Shelle Co. v. Armstrong Co.*, 263 N.Y. 79 (1933); *National Bank of Canada v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554; *United Roasters, Inc. v. Colgate-Palmolive Co.*, 649 F.2d 985 (1981); *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Maracle v. Travellers Indemnity Co. Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Interfoto Picture Library Ltd. c. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, [1989] 1 Q.B. 433; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Schuler A.G. c. Wickman Machine Tool Sales Ltd.*, [1974] A.C. 235; *CivicLife.com Inc. c. Canada (Attorney General)* (2006), 215 O.A.C. 43; *Dynamic Transport Ltd. c. O.K. Detailing Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 1072; *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1995] 2 R.C.S. 187; *Mason c. Freedman*, [1958] R.C.S. 483; *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3; *702535 Ontario Inc. c. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Andrusiw c. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *Yam Seng Pte Ltd. c. International Trade Corporation Ltd.*, [2013] EWHC 111, [2013] 1 All E.R. (Comm.) 1321; *Mid Essex Hospital Services NHS Trust c. Compass Group UK and Ireland Ltd.*, [2013] EWCA Civ 200 (BAILII); *Renard Constructions (ME) Pty Ltd. c. Minister for Public Works* (1992), 26 N.S.W.L.R. 234; *Burger King Corporation c. Hungry Jack's Pty Ltd.*, [2001] NSWCA 187, 69 N.S.W.L.R. 558; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177; *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601; *Greenberg c. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755; *Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533; *GEC Marconi Systems Pty Ltd. c. BHP Information Technology Pty Ltd.*, [2003] FCA 50 (AustLII); *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429; *Kirke La Shelle Co. c. Armstrong Co.*, 263 N.Y. 79 (1933); *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; *United Roasters, Inc. c. Colgate-Palmolive Co.*, 649 F.2d 985 (1981); *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50; *Parna c. G. & S. Properties Ltd.*, [1971] R.C.S.

of Canada, [1991] 2 S.C.R. 50; *Parna v. G. & S. Properties Ltd.*, [1971] S.C.R. 306; *Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, 2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126; *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1; *Shell Oil Co. v. Marinello*, 294 A.2d 253 (1972), aff'd 307 A.2d 598 (1973); *Atlantic Richfield Co. v. Razumic*, 390 A.2d 736 (1978); *J.H. Westerbeke Corp. v. Onan Corp.*, 580 F.Supp. 1173 (1984); *Pitney-Bowes, Inc. v. Mestre*, 517 F.Supp. 52 (1981), cert. denied, 464 U.S. 893 (1983); *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada.
Civil Code of Québec, arts. 6, 7, 1375.
Franchises Act, R.S.A. 2000, c. F-23, s. 7.
Restatement (Second) of Contracts, § 205 (1981).
Uniform Commercial Code, §§ 1-201(b)(20) “good faith”, 1-302, 1-304 (2012).

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.

Beale, Hugh, and Tony Dugdale. “Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies” (1975), 2 *Brit. J. Law & Soc.* 45.

Belobaba, Edward P. “Good Faith in Canadian Contract Law”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends*. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985, 73.

Bridge, Michael G. “Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?” (1984), 9 *Can. Bus. L.J.* 385.

Burton, Steven J. “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith” (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 369.

Campbell, David. “Good Faith and the Ubiquity of the ‘Relational’ Contract” (2014), 77 *Mod. L. Rev.* 475.

Cheshire and Fifoot’s Law of Contract, 9th Australian ed., by N. C. Seddon and M. P. Ellinghaus. Chatswood, N.S.W.: LexisNexis Butterworths, 2008.

Chitty on Contracts, 31st ed., vol. I, *General Principles*, by H. G. Beale et al., eds. London: Sweet & Maxwell, 2012.

Clark, Don. “Some Recent Developments in the Canadian Law of Contracts” (1993), 14 *Advocates’ Q.* 435.

Dixon, Bill. “Common law obligations of good faith in Australian commercial contracts — a relational recipe” (2005), 33 *A.B.L.R.* 87.

306; *Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak*, 2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126; *LeMesurier c. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1; *Shell Oil Co. c. Marinello*, 294 A.2d 253 (1972), conf. par 307 A.2d 598 (1973); *Atlantic Richfield Co. c. Razumic*, 390 A.2d 736 (1978); *J.H. Westerbeke Corp. c. Onan Corp.*, 580 F.Supp. 1173 (1984); *Pitney-Bowes, Inc. c. Mestre*, 517 F.Supp. 52 (1981), cert. refusé, 464 U.S. 893 (1983); *Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada.
Code civil du Québec, art. 6, 7, 1375.
Franchises Act, R.S.A. 2000, ch. F-23, art. 7.
Restatement (Second) of Contracts, § 205 (1981).
Uniform Commercial Code, §§ 1-201(b)(20) « good faith », 1-302, 1-304 (2012).

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.

Beale, Hugh, and Tony Dugdale. « Contracts Between Businessmen : Planning and the Use of Contractual Remedies » (1975), 2 *Brit. J. Law & Soc.* 45.

Belobaba, Edward P. « Good Faith in Canadian Contract Law », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law : Recent Developments and Emerging Trends*. Don Mills, Ont. : De Boo, 1985, 73.

Bridge, Michael G. « Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith? » (1984), 9 *Rev. can. dr. comm.* 385.

Burton, Steven J. « Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith » (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 369.

Campbell, David. « Good Faith and the Ubiquity of the “Relational” Contract » (2014), 77 *Mod. L. Rev.* 475.

Cheshire and Fifoot’s Law of Contract, 9th Australian ed., by N. C. Seddon and M. P. Ellinghaus. Chatswood, N.S.W. : LexisNexis Butterworths, 2008.

Chitty on Contracts, 31st ed., vol. I, *General Principles*, by H. G. Beale et al., eds. London : Sweet & Maxwell, 2012.

Clark, Don. « Some Recent Developments in the Canadian Law of Contracts » (1993), 14 *Advocates’ Q.* 435.

- Dworkin, R. M. “Is Law a System of Rules?”, in R. M. Dworkin, ed., *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1977, 38.
- Farnsworth, E. Allan. “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code” (1963), 30 *U. Chicago L. Rev.* 666.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Goldwasser, Vivien, and Tony Ciro. “Standards of Behaviour in Commercial Contracting” (2002), 30 *A.B.L.R.* 369.
- Grover, Warren. “A Solicitor Looks at Good Faith in Commercial Transactions”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends*. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985, 93.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
- Macaulay, Stewart. “An Empirical View of Contract”, [1985] *Wis. L. Rev.* 465.
- Macaulay, Stewart. “Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study” (1963), 28 *Am. Soc. Rev.* 55.
- MacDougall, Bruce. *Estoppel*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
- Mason, Anthony. “Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing” (2000), 116 *Law Q. Rev.* 66.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
- McKendrick, Ewan. *Contract Law*, 9th ed. Basingstoke, England: Palgrave Macmillan, 2011.
- McNeely, Anne C. *Canadian Law of Competitive Bidding and Procurement*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2010.
- Miller, Alan D., and Ronen Perry. “Good Faith Performance” (2013), 98 *Iowa L. Rev.* 689.
- O’Byrne, Shannon Kathleen. “Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 70.
- O’Byrne, Shannon Kathleen. “The Implied Term of Good Faith and Fair Dealing: Recent Developments” (2007), 86 *Can. Bar Rev.* 193.
- O’Connor, J. F. *Good Faith in English Law*. Aldershot, England: Dartmouth, 1990.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Amendment of the Law of Contract*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.
- Peden, Elisabeth. “Good faith in the performance of contract law” (2004), 42 *L.S.J.* 64.
- Peden, Elisabeth. “When Common Law Trumps Equity: the Rise of Good Faith and Reasonableness and Dixon, Bill. « Common law obligations of good faith in Australian commercial contracts — a relational recipe » (2005), 33 *A.B.L.R.* 87.
- Dworkin, R. M. « Is Law a System of Rules? », in R. M. Dworkin, ed., *The Philosophy of Law*. Oxford : Oxford University Press, 1977, 38.
- Farnsworth, E. Allan. « Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code » (1963), 30 *U. Chicago L. Rev.* 666.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 6th ed. Toronto : Carswell, 2011.
- Goldwasser, Vivien, and Tony Ciro. « Standards of Behaviour in Commercial Contracting » (2002), 30 *A.B.L.R.* 369.
- Grover, Warren. « A Solicitor Looks at Good Faith in Commercial Transactions », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law : Recent Developments and Emerging Trends*. Don Mills, Ont. : De Boo, 1985, 93.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.
- Macaulay, Stewart. « An Empirical View of Contract », [1985] *Wis. L. Rev.* 465.
- Macaulay, Stewart. « Non-contractual Relations in Business : A Preliminary Study » (1963), 28 *Am. Soc. Rev.* 55.
- MacDougall, Bruce. *Estoppel*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.
- Mason, Anthony. « Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing » (2000), 116 *Law Q. Rev.* 66.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2012.
- McKendrick, Ewan. *Contract Law*, 9th ed. Basingstoke, England : Palgrave Macmillan, 2011.
- McNeely, Anne C. *Canadian Law of Competitive Bidding and Procurement*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2010.
- Miller, Alan D., and Ronen Perry. « Good Faith Performance » (2013), 98 *Iowa L. Rev.* 689.
- O’Byrne, Shannon Kathleen. « Good Faith in Contractual Performance : Recent Developments » (1995), 74 *R. du B. can.* 70.
- O’Byrne, Shannon Kathleen. « The Implied Term of Good Faith and Fair Dealing : Recent Developments » (2007), 86 *R. du B. can.* 193.
- O’Connor, J. F. *Good Faith in English Law*. Aldershot, England : Dartmouth, 1990.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Amendment of the Law of Contract*. Toronto : Ministère du Procureur général, 1987.

- the Demise of Unconscionability” (2005), 21 *J.C.L.* 226.
- Pineau, Jean. “La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière contractuelle?”, dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 113, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998, 141.
- Powell, Raphael. “Good Faith in Contracts” (1956), 9 *Curr. Legal Probs.* 16.
- Reiter, B. J. “Good Faith in Contracts” (1983), 17 *Val. U.L. Rev.* 705.
- Steyn, Johan. “Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men” (1997), 113 *Law Q. Rev.* 433.
- Summers, Robert S. “‘Good Faith’ in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code” (1968), 54 *Va. L. Rev.* 195.
- Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
- Swan, John. “Whither Contracts: A Retrospective and Prospective Overview”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Contracts*. Don Mills, Ont.: De Boo, 1984, 125.
- Waddams, S. M. “Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations” (1995), 9 *J.C.L.* 55.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2010.
- Yee, Woo Pei. “Protecting Parties’ Reasonable Expectations: A General Principle of Good Faith” (2001), 1 *O.U.C.L.J.* 195.
- Peden, Elisabeth. « Good faith in the performance of contract law » (2004), 42 *L.S.J.* 64.
- Peden, Elisabeth. « When Common Law Trumps Equity : the Rise of Good Faith and Reasonableness and the Demise of Unconscionability » (2005), 21 *J.C.L.* 226.
- Pineau, Jean. « La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière contractuelle? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 113, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998, 141.
- Powell, Raphael. « Good Faith in Contracts » (1956), 9 *Curr. Legal Probs.* 16.
- Reiter, B. J. « Good Faith in Contracts » (1983), 17 *Val. U.L. Rev.* 705.
- Steyn, Johan. « Contract Law : Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men » (1997), 113 *Law Q. Rev.* 433.
- Summers, Robert S. « “Good Faith” in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code » (1968), 54 *Va. L. Rev.* 195.
- Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.
- Swan, John. « Whither Contracts : A Retrospective and Prospective Overview », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition : Contracts*. Don Mills, Ont. : De Boo, 1984, 125.
- Waddams, S. M. « Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations » (1995), 9 *J.C.L.* 55.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2010.
- Yee, Woo Pei. « Protecting Parties’ Reasonable Expectations : A General Principle of Good Faith » (2001), 1 *O.U.C.L.J.* 195.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté and Paperny JJ.A. and Belzil J. (*ad hoc*)), 2013 ABCA 98, 84 Alta. L.R. (5th) 68, 544 A.R. 28, 567 W.A.C. 28, 362 D.L.R. (4th) 18, 12 B.L.R. (5th) 175, [2013] 11 W.W.R. 459, [2013] A.J. No. 395 (QL), 2013 CarswellAlta 822, setting aside a decision of Moen J., 2011 ABQB 637, 526 A.R. 1, 96 B.L.R. (4th) 73, [2012] 9 W.W.R. 728, [2011] A.J. No. 1223 (QL), 2011 CarswellAlta 1905. Appeal allowed in part.

Neil Finkelstein, Brandon Kain, John McCamus and Stephen Moreau, for the appellant.

Eli S. Lederman, Jon Laxer and Constanza Pauchulo, for the respondents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Côté et Paperny et le juge Belzil (*ad hoc*)), 2013 ABCA 98, 84 Alta. L.R. (5th) 68, 544 A.R. 28, 567 W.A.C. 28, 362 D.L.R. (4th) 18, 12 B.L.R. (5th) 175, [2013] 11 W.W.R. 459, [2013] A.J. No. 395 (QL), 2013 CarswellAlta 822, qui a infirmé une décision de la juge Moen, 2011 ABQB 637, 526 A.R. 1, 96 B.L.R. (4th) 73, [2012] 9 W.W.R. 728, [2011] A.J. No. 1223 (QL), 2011 CarswellAlta 1905. Pourvoi accueilli en partie.

Neil Finkelstein, Brandon Kain, John McCamus et Stephen Moreau, pour l’appelant.

Eli S. Lederman, Jon Laxer et Constanza Pauchulo, pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

CROMWELL J. —

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

I. Introduction

[1] The key issues on this appeal come down to two straightforward questions: Does Canadian common law impose a duty on parties to perform their contractual obligations honestly? And, if so, did either of the respondents breach that duty? I would answer both questions in the affirmative. Finding that there is a duty to perform contracts honestly will make the law more certain, more just and more in tune with reasonable commercial expectations. It will also bring a measure of justice to the appellant, Mr. Bhasin, who was misled and lost the value of his business as a result.

[1] Le présent pourvoi porte sur deux questions précises : La common law canadienne impose-t-elle aux parties à un contrat une obligation d'honnêteté dans l'exécution du contrat? Et dans l'affirmative, l'un ou l'autre des intimés a-t-il manqué à cette obligation? Je suis d'avis de répondre aux deux questions par l'affirmative. Conclure à l'existence d'une obligation d'honnêteté dans l'exécution des contrats fera en sorte de rendre le droit plus certain, plus juste, et lui permettra de mieux répondre aux attentes commerciales raisonnables. Cela permettra également de faire justice à l'appelant, M. Bhasin, qui a été induit en erreur et a en conséquence perdu la valeur de son entreprise.

II. Facts and Judicial History

II. Faits et historique judiciaire

Overview and Issues

Aperçu et questions en litige

[2] The appellant, Mr. Bhasin, through his business Bhasin & Associates, was an enrollment director for Canadian American Financial Corp. (“Can-Am”) beginning in 1989. The relationship between Mr. Bhasin and Can-Am soured in 1999 and ultimately Can-Am decided not to renew the dealership agreement with him. The litigation leading to this appeal ensued.

[2] L'appelant, M. Bhasin, qui exploitait son entreprise, Bhasin & Associates, était directeur des souscriptions pour la société Canadian American Financial Corp. (« Can-Am ») depuis 1989. La relation entre M. Bhasin et Can-Am s'est détériorée en 1999 et Can-Am a finalement décidé de ne pas renouveler le contrat de concession de M. Bhasin, ce qui a entraîné le litige à l'origine du présent pourvoi.

[3] Can-Am markets education savings plans (“ESPs”) to investors through retail dealers, known as enrollment directors, such as Mr. Bhasin. It pays the enrollment directors compensation and bonuses for selling ESPs. The enrollment directors are in effect small business owners and the success of their businesses depends on them building a sales force. It took Mr. Bhasin approximately 10 years to build his sales force, but his business thrived and Can-Am gave him numerous awards and prizes recognizing him as one of their top enrollment directors in

[3] Can-Am vend aux investisseurs des régimes d'épargne-études (« REE ») par l'intermédiaire de détaillants, appelés directeurs des souscriptions, comme M. Bhasin. Can-Am verse à ces directeurs une rémunération et des primes pour la vente des REE. Les directeurs des souscriptions sont en fait des propriétaires de petites entreprises dont la réussite dépend de leur capacité d'établir une force de vente. Monsieur Bhasin a mis environ 10 ans pour établir sa force de vente, mais son entreprise a prospéré et Can-Am lui a décerné de nombreux prix et

Canada: 2011 ABQB 637, 526 A.R. 1, at paras. 51, 238 and 474.

[4] An enrollment director's agreement that took effect in 1998 governed the relationship between Can-Am and Mr. Bhasin. (That Agreement replaced a previous agreement of an indefinite term that had governed their relationship since the outset in 1989.) The Agreement was a commercial dealership agreement, not a franchise agreement. There was no franchise fee and it was not covered by the statutory duty of fair dealing such as that provided for in s. 7 of the *Franchises Act*, R.S.A. 2000, c. F-23.

[5] That said, there were some features of the 1998 Agreement that are similar to provisions typically found in franchise agreements. Mr. Bhasin was obliged to sell Can-Am investment products exclusively and owed it a fiduciary duty. Can-Am owned the client lists, was responsible for branding and implemented central policies that applied to all enrollment directors: see cls. 4.1, 5.2, 5.3 and 4.7. Mr. Bhasin could not sell, transfer, or merge his operation without Can-Am's consent, which was not to be withheld unreasonably: see cls. 4.5 and 11.4.

[6] The term of the contract was three years. Clauses 8.3 and 8.4 allowed termination on short notice for misconduct or other cause. Clause 3.3 — the provision at the centre of this case — provided that the contract would automatically renew at the end of the three-year term unless one of the parties gave six months' written notice to the contrary.

[7] Mr. Hrynew, one of the respondents and another enrollment director, was a competitor of Mr. Bhasin and there was considerable animosity between them: trial reasons, at para. 461. The trial judge found, in effect, that Mr. Hrynew pressured Can-Am not to renew its Agreement with

récompenses pour souligner sa contribution comme l'un de ses meilleurs directeurs des souscriptions au Canada : 2011 ABQB 637, 526 A.R. 1, par. 51, 238 et 474.

[4] La relation entre Can-Am et M. Bhasin était régie par une entente relative au directeur des souscriptions qui est entrée en vigueur en 1998. (Cette entente avait remplacé l'entente initiale conclue en 1989 pour une période indéterminée.) L'entente prenait la forme d'un contrat commercial de concession et non d'un contrat de franchise. Elle ne prévoyait aucune redevance de franchise et n'était pas visée par l'obligation de négocier équitablement prévue à l'art. 7 de la *Franchises Act*, R.S.A. 2000, ch. F-23.

[5] Cela dit, sur certains aspects, l'entente de 1998 ressemblait aux dispositions figurant habituellement dans les contrats de franchise. Monsieur Bhasin était tenu de vendre exclusivement les produits de placement de Can-Am et avait envers celle-ci une obligation de fiduciaire. Can-Am était propriétaire des listes de clients, était responsable de la stratégie de marque et adoptait des politiques centrales applicables à tous les directeurs des souscriptions : voir les clauses 4.1, 5.2, 5.3 et 4.7. Monsieur Bhasin ne pouvait pas vendre, transférer ou fusionner ses activités sans le consentement de Can-Am, lequel ne devait pas être refusé sans motif valable : voir les clauses 4.5 et 11.4.

[6] La durée du contrat était de trois ans. Les clauses 8.3 et 8.4 permettaient sa résiliation à court préavis pour inconduite ou autre cause. La clause 3.3 — la disposition qui se trouve au cœur de la présente affaire — prévoyait le renouvellement automatique du contrat à la fin de la période de trois ans, à moins qu'une partie donne à l'autre, par écrit, un préavis de non-renouvellement de six mois.

[7] Monsieur Hrynew, l'un des intimés, lui aussi directeur des souscriptions, était un concurrent de M. Bhasin. Il y avait beaucoup d'animosité entre les deux hommes : motifs de première instance, par. 461. En fait, la juge de première instance a conclu que M. Hrynew exerçait des pressions sur

Mr. Bhasin and that Can-Am dealt dishonestly with Mr. Bhasin and ultimately gave in to that pressure.

[8] When Mr. Hrynew moved his agency to Can-Am from one of its competitors many years before the events in question, Can-Am promised him that he would be given consideration for mergers that would take place and he in fact merged with other agencies in Calgary after joining Can-Am: trial reasons, at para. 238. He was in a strong position with Can-Am because he had the largest agency in Alberta and a good working relationship with the Alberta Securities Commission, which regulated Can-Am's business: para. 284.

[9] Mr. Hrynew wanted to capture Mr. Bhasin's lucrative niche market around which he had built his business: trial reasons, at para. 303. Mr. Hrynew personally approached Mr. Bhasin to propose a merger of their agencies on numerous occasions: para. 238. He also actively encouraged Can-Am to force the merger and made "veiled threats" that he would leave if no merger took place: para. 282; see also paras. 251 and 287. The trial judge found that the proposed "merger" was in effect a hostile takeover of Mr. Bhasin's agency by Mr. Hrynew: para. 240. Mr. Bhasin steadfastly refused to participate in such a merger: para. 247.

[10] The Alberta Securities Commission raised concerns about compliance issues among Can-Am's enrollment directors. In late 1999, the Commission required Can-Am to appoint a single provincial trading officer ("PTO") to review its enrollment directors for compliance with securities laws: trial reasons, at paras. 149, 152 and 160. Can-Am appointed Mr. Hrynew to that position in September of that year. The role required him to conduct audits of Can-Am's enrollment directors. Mr. Bhasin and Mr. Hon, another enrollment director, objected to

Can-Am pour qu'elle ne renouvelle pas l'entente avec M. Bhasin et que celle-ci a agi malhonnêtement envers M. Bhasin et a finalement cédé à ces pressions.

[8] Plusieurs années avant les événements en cause, lorsque M. Hrynew a quitté l'un des concurrents de Can-Am pour se joindre à cette dernière, Can-Am lui a promis qu'il serait considéré en vue de fusions ultérieures et il a effectivement fusionné son entreprise avec d'autres agences à Calgary après s'être joint à Can-Am : motifs de première instance, par. 238. Il était en position de force face à la société Can-Am puisqu'il exploitait la plus grande agence en Alberta et qu'il entretenait de bonnes relations de travail avec la Commission des valeurs mobilières de l'Alberta, qui régissait les activités de Can-Am : par. 284.

[9] Monsieur Hrynew souhaitait s'approprier le créneau lucratif que M. Bhasin occupait sur le marché et sur lequel il avait fondé son entreprise : motifs de première instance, par. 303. À plusieurs reprises, M. Hrynew a personnellement contacté M. Bhasin pour lui proposer de fusionner leurs agences : par. 238. Il a aussi encouragé fortement Can-Am à imposer la fusion et a proféré des [TRADUCTION] « menaces voilées » de quitter Can-Am si la fusion n'aboutissait pas : par. 282; voir aussi par. 251 et 287. La juge de première instance a estimé que la « fusion » proposée était en fait une prise de contrôle hostile par M. Hrynew de l'agence de M. Bhasin : par. 240. Monsieur Bhasin a toujours refusé de participer à une telle fusion : par. 247.

[10] La Commission des valeurs mobilières de l'Alberta a soulevé des questions au sujet de la conformité des activités des directeurs des souscriptions de Can-Am. Vers la fin de l'année 1999, la Commission a demandé à Can-Am de charger un agent commercial provincial unique (« ACP ») de la vérification des activités de ses directeurs des souscriptions sur le plan du respect de la législation en matière de valeurs mobilières : motifs de première instance, par. 149, 152 et 160. En septembre de la même année, Can-Am a nommé

having Mr. Hrynew, a competitor, review their confidential business records: paras. 189-96.

[11] Can-Am became worried that the Commission might revoke its licence and, in 1999 and 2000, it had many discussions with the Commission about compliance. During those discussions, it was clear that Can-Am was considering a restructuring of its agencies in Alberta that involved Mr. Bhasin. In June 2000, Can-Am outlined its plans to the Commission and they included Mr. Bhasin working for Mr. Hrynew's agency. The trial judge found that this plan had been formulated before June 2000: para. 256. None of this was known by Mr. Bhasin: paras. 243-46.

[12] In fact, Can-Am repeatedly misled Mr. Bhasin by telling him that Mr. Hrynew, as PTO, was under an obligation to treat the information confidentially and that the Commission had rejected a proposal to have an outside PTO, neither of which was true: trial reasons, at para. 195. It also responded equivocally when Mr. Bhasin asked in August 2000 whether the merger was a "done deal": para. 247. When Mr. Bhasin continued to refuse to allow Mr. Hrynew to audit his records, Can-Am threatened to terminate the 1998 Agreement and in May 2001 gave notice of non-renewal under the Agreement: paras. 207-11.

[13] At the expiry of the contract term, Mr. Bhasin lost the value in his business in his assembled workforce. The majority of his sales agents were successfully solicited by Mr. Hrynew's agency. Mr. Bhasin was obliged to take less remunerative work with one of Can-Am's competitors.

[14] Mr. Bhasin sued Can-Am and Mr. Hrynew. Moen J. in the Alberta Court of Queen's Bench found that it was an implied term of the contract

M. Hrynew à ce poste. Il devait effectuer des vérifications auprès des directeurs des souscriptions de Can-Am. Monsieur Bhasin et M. Hon, un autre directeur des souscriptions, se sont opposés à ce que M. Hrynew, un concurrent, examine leurs dossiers d'entreprise confidentiels : par. 189-196.

[11] Can-Am a commencé à craindre que la Commission révoque son permis et, en 1999 et en 2000, a discuté à de nombreuses reprises avec la Commission au sujet de la conformité. Il était évident, au cours de ces discussions, que Can-Am envisageait une restructuration de ses agences en Alberta qui touchait M. Bhasin. En juin 2000, Can-Am a présenté ses plans à la Commission selon lesquels il était prévu, entre autres choses, que M. Bhasin travaillerait pour l'agence de M. Hrynew. La juge de première instance a conclu que ce plan était antérieur à juin 2000 : par. 256. Monsieur Bhasin n'était au courant de rien : par. 243-246.

[12] En fait, Can-Am a à maintes reprises induit M. Bhasin en erreur en lui disant que M. Hrynew, en sa qualité d'ACP, était tenu de traiter les renseignements de façon confidentielle et que la Commission avait rejeté une proposition de retenir un ACP de l'extérieur; aucune de ces affirmations n'était exacte : motifs de première instance, par. 195. Can-Am a aussi répondu de façon équivoque lorsque M. Bhasin a demandé en août 2000 si la fusion était un [TRADUCTION] « fait accompli » : par. 247. Comme M. Bhasin refusait toujours de permettre à M. Hrynew de vérifier ses registres, Can-Am a menacé de résilier l'entente de 1998 et, en mai 2001, elle lui a donné un préavis de non-renouvellement conformément à l'entente : par. 207-211.

[13] À l'échéance du contrat, l'entreprise de M. Bhasin a perdu son effectif qui constituait la valeur de son entreprise. La majorité de ses représentants des ventes ont été recrutés par l'agence de M. Hrynew. Monsieur Bhasin a dû accepter un emploi à moindre salaire auprès de l'un des concurrents de Can-Am.

[14] Monsieur Bhasin a intenté une poursuite contre Can-Am et M. Hrynew. La juge Moen de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu que

that decisions about whether to renew the contract would be made in good faith. The court held that the corporate respondent was in breach of the implied term of good faith, that Mr. Hrynew had intentionally induced breach of contract, and that the respondents were liable for civil conspiracy.

[15] The trial judge found that Can-Am acted dishonestly with Mr. Bhasin throughout the events leading up to the non-renewal: it misled him about its intentions with respect to the merger and about the fact that it had already proposed the new structure to the Commission; it did not communicate to him that the decision was already made and final, even though he asked; and it did not communicate with him that it was working closely with Mr. Hrynew to bring about a new corporate structure with Hrynew's being the main agency in Alberta. The trial judge also found that, had Can-Am acted honestly, Mr. Bhasin could have "governed himself accordingly so as to retain the value in his agency": para. 258.

[16] The Alberta Court of Appeal allowed the respondents' appeal and dismissed Mr. Bhasin's lawsuit. The court found his pleadings to be insufficient and held that the lower court erred by implying a term of good faith in the context of an unambiguous contract containing an entire agreement clause: 2013 ABCA 98, 84 Alta. L.R. (5th) 68.

[17] The appeal raises four issues:

- (a) Did Mr. Bhasin properly plead breach of the duty of good faith?
- (b) Did Can-Am owe Mr. Bhasin a duty of good faith? If so, did it breach that duty?

le contrat renfermait une clause implicite selon laquelle les décisions de renouveler ou non un contrat devaient être prises de bonne foi. La cour a conclu que la société intimée avait violé la condition implicite d'agir de bonne foi, que M. Hrynew avait intentionnellement incité à la rupture de contrat et que les intimés avaient engagé leur responsabilité pour complot civil.

[15] La juge de première instance a conclu que Can-Am avait agi malhonnêtement envers M. Bhasin tout au long des événements ayant mené au non-renouvellement du contrat : la société l'avait induit en erreur quant à ses intentions au sujet de la fusion et quant au fait qu'elle avait déjà proposé la nouvelle structure organisationnelle à la Commission; elle ne lui a pas indiqué avoir déjà pris une décision définitive à cet égard, même s'il l'avait demandé; et elle ne l'avait pas informé qu'elle collaborait étroitement avec M. Hrynew en vue d'introduire une nouvelle structure organisationnelle au sein de laquelle l'agence de M. Hrynew occupait le premier rang en Alberta. La juge de première instance a également conclu que si Can-Am avait agi honnêtement, M. Bhasin aurait pu [TRADUCTION] « agir en conséquence afin de conserver la valeur de son agence » : par. 258.

[16] La Cour d'appel de l'Alberta a accueilli l'appel des intimés et rejeté la poursuite de M. Bhasin. Elle a estimé que les actes de procédure de ce dernier étaient insuffisants et que la juge de première instance avait eu tort de conclure à l'existence d'une condition implicite d'agir de bonne foi dans le contexte d'un contrat non ambigu renfermant une clause du type « intégralité de l'entente » : 2013 ABCA 98, 84 Alta. L.R. (5th) 68.

[17] Le pourvoi soulève quatre questions :

- a) Monsieur Bhasin a-t-il valablement plaidé le manquement à l'obligation d'agir de bonne foi?
- b) Can-Am avait-elle l'obligation d'agir de bonne foi envers M. Bhasin? Dans l'affirmative, a-t-elle manqué à cette obligation?

- (c) Are the respondents liable for the torts of inducing breach of contract or civil conspiracy?
- (d) If there was a breach, what is the appropriate measure of damages?

III. Analysis

A. *Did Mr. Bhasin Properly Plead Breach of the Duty of Good Faith?*

[18] The Court of Appeal held that Mr. Bhasin had not properly pleaded the good faith issue and that the trial judge had therefore erred in considering it. Mr. Bhasin contests this conclusion, while the respondents support it. I agree with Mr. Bhasin.

[19] The allegations in the statement of claim clearly put the questions of improper purpose and dishonesty in issue. These facts are sufficient to put Can-Am's good faith in issue. The question of whether this conduct amounted to a breach of the duty of good faith is a legal conclusion that did not need to be pleaded separately. The defendants did not move to strike the pleadings or seek particulars of the allegation of wrongful termination in the statement of claim. Good faith was a live issue that was fully canvassed in a lengthy trial: A.F., at paras. 92-94. Written submissions by both parties at trial referred to the good faith issue and, even in his opening at trial, Mr. Bhasin's counsel raised the issue of good faith.

[20] The trial judge held that any deficiency in the pleadings did not cause prejudice to the respondents: paras. 23 and 48. This is an assessment she was uniquely positioned to make and her conclusion ought to be treated with deference on appeal. The good faith issue was fully argued in and addressed by the Court of Appeal and has been fully argued on the merits in this Court.

- c) Les intimés sont-ils responsables des délits d'incitation à rupture de contrat et de complot civil?
- d) S'il y a eu rupture du contrat, le montant des dommages-intérêts était-il approprié?

III. Analyse

A. *Monsieur Bhasin a-t-il valablement plaidé le manquement à l'obligation d'agir de bonne foi?*

[18] Selon la Cour d'appel, M. Bhasin n'a pas valablement plaidé la question de la bonne foi et la juge de première instance a donc eu tort d'examiner cette question. Monsieur Bhasin conteste cette conclusion, alors que les intimés l'appuient. Je suis d'accord avec M. Bhasin.

[19] Les allégations formulées dans la déclaration soulèvent clairement la question du but illégitime et celle de la malhonnêteté. Ces faits suffisent à mettre en cause la bonne foi de Can-Am. La question de savoir si ces faits constituaient un manquement à l'obligation d'agir de bonne foi est une conclusion de droit qu'il n'est pas nécessaire de plaider séparément. Les défendeurs n'ont pas demandé la radiation des actes de procédure ni n'ont demandé des précisions quant à l'allégation de non-renouvellement illicite formulée dans la déclaration. La question de la bonne foi est demeurée au cœur du débat et a été examinée en détail lors d'un long procès : m.a., par. 92-94. Dans leurs observations écrites présentées au procès, les deux parties ont fait état de la question de la bonne foi et, même dans ses observations préliminaires au procès, l'avocat de M. Bhasin a soulevé cette question.

[20] La juge de première instance a estimé que s'il y avait eu une lacune dans les actes de procédure, celle-ci n'avait pas porté préjudice aux intimés : par. 23 et 48. La juge était la mieux placée pour formuler cette conclusion qui commande la déférence en appel. La question de la bonne foi a fait l'objet d'un débat et d'un examen exhaustifs en cour d'appel et elle a été pleinement débattue au fond devant notre Cour.

[21] In my view, the trial judge did not make a reversible error by adjudicating the issue of good faith and we should address the merits of that issue.

B. *Did Can-Am Owe Mr. Bhasin a Duty of Good Faith?*

(1) Decisions and Positions of the Parties

(a) *Decisions*

[22] The trial judge accepted Mr. Bhasin's position that there was a duty of good faith in this case and that it had been breached. In brief, her reasoning was as follows.

[23] First, the trial judge decided that the 1998 Agreement was a type of agreement which as a matter of law requires good faith performance. She recognized that the 1998 Agreement did not fall within any of the existing categories of contract, such as employment, insurance and franchise agreements, which have been held to require good faith performance. She concluded, however, that the Agreement was analogous to a franchise or employment contract, and so by analogy to these cases, she implied a term of good faith performance as a matter of law. The contract was not balanced from its inception and the relationship placed the enrollment director in a position of inherent and predictable vulnerability: paras. 67-86.

[24] Second, and in the alternative, the trial judge held that a term of good faith performance should be implied based on the intentions of the parties in order to give business efficacy to the agreement. She concluded that "[w]hen one considers the whole of the relationship . . . it is clear that the parties had to operate in good faith and there was a requirement of fairness between them. In other words, good faith was necessary to give business efficacy to the whole 1998 Agreement": para. 101.

[21] À mon avis, la juge de première instance n'a pas commis d'erreur donnant lieu à révision lorsqu'elle a tranché la question de la bonne foi et nous devrions nous prononcer sur le fond de cette question.

B. *Can-Am avait-elle l'obligation d'agir de bonne foi envers M. Bhasin?*

(1) Décisions et thèses des parties

a) *Décisions*

[22] La juge de première instance a accepté la thèse de M. Bhasin fondée sur l'existence d'une obligation d'agir de bonne foi en l'espèce et sur le manquement à cette obligation. En résumé, la juge a fait le raisonnement qui suit.

[23] Premièrement, la juge de première instance a décidé que l'entente conclue en 1998 exigeait en droit une exécution de bonne foi. Selon la juge, l'entente conclue en 1998 n'appartenait à aucune des catégories établies de contrats, comme les contrats de travail, d'assurance et de franchise, qui selon la jurisprudence exigent une exécution de bonne foi. Elle a toutefois conclu que l'entente correspondait à un contrat de franchise ou de travail, et elle a ainsi déduit, par analogie avec les décisions en la matière, l'existence en droit d'une condition d'exécution de bonne foi. Dès le début, le contrat n'établissait pas un équilibre entre les parties; le directeur des souscriptions se trouvait dans une position de vulnérabilité inhérente et prévisible : par. 67-86.

[24] Deuxièmement, à titre subsidiaire, la juge de première instance a conclu que, pour donner à l'entente une efficacité commerciale, une condition relative à l'exécution de bonne foi était implicite, compte tenu de l'intention des parties. Selon la juge, [TRADUCTION] « [a]u regard de la relation [. . .] dans son ensemble, il ressort clairement que les parties étaient tenues d'agir de bonne foi et qu'elles étaient liées par une obligation d'équité. En d'autres termes, la bonne foi était nécessaire pour donner une efficacité commerciale à l'ensemble de l'entente de 1998 » : par. 101.

[25] The 1998 Agreement contained an “entire agreement clause” stating that there were no “agreements, express, implied or statutory, other than expressly set out” in it: cl. 11.2. The trial judge held, however, that this clause did not preclude the implication of a duty of good faith. The parties, she reasoned, cannot rely on exclusion clauses to avoid contractual obligations where there is an imbalance of power, and courts refuse to let parties shelter under entire agreement clauses where it would be unjust or inequitable to do so: paras. 116-18.

[26] Turning to the issue of breach, the trial judge found that Can-Am had breached the agreement, first by requiring Mr. Bhasin to submit to an audit by Mr. Hrynew and to provide the latter with access to his business records, and second by exercising the non-renewal clause in a dishonest and misleading manner and for an improper purpose. The non-renewal clause was not intended to permit Can-Am to force a merger of the Bhasin and Hrynew agencies, but that was the purpose for which Can-Am exercised this power: para. 261. The trial judge also found both respondents liable for unlawful means conspiracy and found Mr. Hrynew liable for inducing Can-Am’s breach of its contract with Mr. Bhasin.

[27] The Court of Appeal reversed and held that there had been no breach of contract. The duty of good faith in employment contracts could not be extended by analogy to other types of contract. In any event, the duty of good faith in the employment context is limited to the manner of termination and does not include reasons for non-renewal: C.A. reasons, at paras. 27 and 31. Nor was this a circumstance in which a term could be implied because it was so obvious it was not thought necessary to mention or was necessary to make the contract work: para. 32. Even if there were an implied duty of good faith in this case, the impugned conduct

[25] L’entente de 1998 renfermait une « clause d’intégralité de l’entente », selon laquelle les parties n’avaient conclu aucune [TRADUCTION] « entente expresse, implicite ou prévue par la loi, autre que celle qui est expressément prévue » aux présentes : clause 11.2. Or, selon la juge de première instance, cette clause n’empêchait pas l’existence implicite d’une obligation d’agir de bonne foi. La juge a expliqué que les parties ne peuvent pas invoquer des clauses d’exclusion pour se soustraire aux obligations contractuelles dans le cas d’une inégalité de pouvoir et que les tribunaux interdisent aux parties de se prévaloir des clauses d’intégralité de l’entente lorsqu’il serait injuste ou inéquitable de le faire : par. 116-118.

[26] En qui concerne la question du manquement, la juge de première instance a conclu que Can-Am avait rompu l’entente, tout d’abord lorsqu’elle a exigé de M. Bhasin qu’il laisse M. Hrynew procéder à une vérification et qu’il permette à ce dernier l’accès à ses registres, et ensuite lorsqu’elle a appliqué la clause de non-renouvellement d’une façon malhonnête et trompeuse et dans un but illégitime. La clause de non-renouvellement ne visait pas à permettre à Can-Am d’imposer la fusion des agences de M. Bhasin et de M. Hrynew, mais c’est exactement dans ce but que Can-Am a eu recours à cette clause : par. 261. La juge a également conclu que les deux intimés avaient engagé leur responsabilité pour complot prévoyant le recours à des moyens illégaux et que M. Hrynew était responsable d’avoir incité Can-Am à rompre le contrat qu’elle avait conclu avec M. Bhasin.

[27] La Cour d’appel a infirmé cette décision et a jugé que le contrat n’avait pas été rompu. L’obligation d’agir de bonne foi intrinsèque aux contrats de travail ne saurait être étendue par analogie à d’autres types de contrat. Quoi qu’il en soit, dans le contexte de l’emploi, l’obligation d’agir de bonne foi se limite à la façon dont le contrat est résilié et ne s’applique pas aux motifs justifiant le non-renouvellement : motifs de la Cour d’appel, par. 27 et 31. Il ne s’agissait pas non plus d’une situation où l’on pouvait déduire l’existence d’une condition parce qu’elle était si évidente qu’il n’était pas jugé nécessaire de la mentionner ou qu’elle

concerned the non-renewal of a contract, which occurs on expiry, unlike a termination clause: para. 31.

[28] Moreover, the Court of Appeal held that a term cannot be implied where it goes against an express term of the contract. Here, the parties did not intend a perpetual contract, since they included a term allowing either party to unilaterally trigger its expiration prior to the end of each three-year term. The trial judge's approach was inconsistent with the non-renewal provision of the contract. The motive for triggering expiration was not restricted under the Agreement. The implication of a term of good faith also violated the entire agreement clause. The court held that the evidence of assurances given by Can-Am as to how the non-renewal power would be exercised fell afoul of the parol evidence rule and should not have been considered. Since the Court of Appeal held there was no breach of contract, the basis for the claims in unlawful means conspiracy and inducing breach of contract also disappeared.

(b) *Positions of the Parties*

[29] Mr. Bhasin advances two related positions on appeal. His broad submission is that the Court should recognize a general duty of good faith in contract. The duty arises where the agreement gives the defendant the power to unilaterally defeat a legitimate contractual objective of the plaintiff and it does not clearly allow the defendant to exercise its power without regard for that objective: A.F., at para. 51. This duty of good faith prevents conduct which, while consonant with the letter of a contract, exhibits dishonesty, ill will, improper motive or similar departures from reasonable business expectations. Mr. Bhasin contends that common law in Canada is increasingly isolated as other jurisdictions embrace a greater role for good faith in

était nécessaire à l'exécution du contrat : par. 32. Même s'il existait une obligation implicite d'agir de bonne foi en l'espèce, la conduite reprochée portait sur le non-renouvellement d'un contrat, qui a lieu à l'échéance, contrairement à une clause de résiliation : par. 31.

[28] En outre, la Cour d'appel a conclu qu'il ne saurait y avoir de condition implicite dans le cas où celle-ci va à l'encontre d'une condition expresse du contrat. En l'espèce, les parties n'avaient pas l'intention de conclure un contrat perpétuel car elles avaient prévu une clause permettant à l'une ou l'autre partie de mettre fin au contrat avant l'échéance de chaque période de trois ans. L'approche adoptée par la juge de première instance était incompatible avec la clause de non-renouvellement du contrat. L'entente ne limitait aucunement les motifs permettant d'y mettre fin. L'existence implicite d'une condition d'agir de bonne foi violait également la clause d'intégralité de l'entente. La cour a conclu que la preuve des assurances données par Can-Am quant à la façon dont serait exercé le pouvoir de ne pas renouveler l'entente contrevenait à la règle d'exclusion de la preuve testimoniale et n'aurait pas dû être prise en compte. Puisque la Cour d'appel a conclu à l'absence de rupture du contrat, il n'y avait plus aucun fondement pour étayer les allégations de complot prévoyant le recours à des moyens illégaux et d'incitation à rupture de contrat.

b) *Positions des parties*

[29] Dans le cadre du pourvoi, M. Bhasin invoque deux thèses connexes. Il soutient principalement que la Cour devrait reconnaître l'existence d'une obligation générale d'agir de bonne foi en matière contractuelle. Cette obligation prend naissance lorsque l'entente confère au défendeur le pouvoir de compromettre unilatéralement un objectif contractuel légitime du demandeur et ne lui permet pas clairement d'exercer son pouvoir sans égard à cet objectif : m.a., par. 51. Cette obligation d'agir de bonne foi vise à empêcher toute conduite qui, tout en étant conforme aux termes d'un contrat, démontre la malhonnêteté de la partie qui l'adopte, sa mauvaise volonté, son motif illégitime ou de semblables dérogations aux attentes commerciales

contract law: A.F., at paras. 27-32. The recognition of a general duty of good faith would constitute an incremental advance in the law, given the numerous specific situations that already give rise to a duty of good faith. Mr. Bhasin relies on the findings of the trial judge that the respondents improperly and dishonestly used their non-renewal right to compel Mr. Bhasin to merge with his competitor. Mr. Bhasin contends that the respondents had no legitimate business reason for not renewing the contract. He also says that the entire agreement clause should be construed narrowly, and that express language is needed for such a clause to derogate from a duty of good faith: A.F., at para. 83.

[30] Mr. Bhasin's second position, emphasized in oral argument, is that the Court should at least recognize a duty of honest performance of contractual obligations: transcript, at pp. 8, 10 and 24. Mr. Bhasin relies on the trial judge's findings that Can-Am acted dishonestly towards Mr. Bhasin throughout the period leading up to the non-renewal. It repeatedly lied to him about the nature of the organizational changes required by the Alberta Securities Commission, the nature of the audits that were to be carried out by Mr. Hrynew, and was dishonest about its intention to force him out: trial reasons, at paras. 195, 221, 246-47 and 267.

[31] Unsurprisingly, the respondents see things very differently. While they accept that good faith plays a role in Canadian contract law, they submit that this role is much more modest than Mr. Bhasin suggests. They say that such a duty arises only in certain classes of contract, such as employment contracts, and in contracts involving discretionary powers: R.F., at para. 52. In the employment context, the duty applies only to the manner in which a contract is terminated. The contract in this case was

raisonnables. Monsieur Bhasin soutient que la common law canadienne se trouve de plus en plus isolée par rapport à celle d'autres ressorts qui confère un rôle accru à la notion de bonne foi en droit des contrats : m.a., par. 27-32. La reconnaissance d'une obligation générale d'agir de bonne foi ferait évoluer le droit, étant donné les nombreux cas particuliers qui donnent déjà lieu à une obligation d'agir de bonne foi. Monsieur Bhasin se fonde sur les conclusions de la juge de première instance portant que les intimés ont eu recours à mauvais escient et de façon malhonnête au droit de non-renouvellement afin de contraindre M. Bhasin à fusionner son entreprise avec celle de son concurrent. Monsieur Bhasin soutient que les intimés n'avaient aucun motif légitime sur le plan commercial de ne pas renouveler le contrat. Il ajoute que la clause d'intégralité de l'entente doit s'interpréter de façon restrictive et qu'elle doit comporter un libellé explicite pour écarter l'obligation d'agir de bonne foi : m.a., par. 83.

[30] Selon la deuxième thèse que M. Bhasin avance dans sa plaidoirie, la Cour devrait à tout le moins reconnaître l'existence d'une obligation d'exécuter honnêtement les obligations contractuelles : transcription, p. 8, 10 et 24. Monsieur Bhasin s'appuie sur les conclusions de la juge de première instance selon lesquelles Can-Am a agi de façon malhonnête envers lui tout au long de la période ayant mené au non-renouvellement du contrat. Can-Am lui a menti à plusieurs reprises quant à la nature des changements organisationnels exigés par la Commission des valeurs mobilières de l'Alberta, quant à la nature des vérifications que M. Hrynew devait effectuer, et son intention de le forcer à quitter l'entreprise était malhonnête : motifs de première instance, par. 195, 221, 246-247 et 267.

[31] Il n'est pas étonnant que les intimés aient une vision des faits fort différente. Ils reconnaissent que la notion de bonne foi joue un rôle dans le droit canadien des contrats, mais ils plaident que ce rôle est beaucoup moins important que ne le laisse entendre M. Bhasin. Les intimés affirment qu'une telle obligation ne prend naissance que dans le cas de certaines catégories de contrats, comme les contrats de travail et les contrats prévoyant des pouvoirs discrétionnaires : m.i., par. 52. Dans le contexte de

negotiated between commercial parties to whom the policy considerations underlying employment law doctrine do not apply. Mr. Bhasin is alleging a right to a perpetual, or at least indefinite, contract with the respondents. The contract in this case could not be said to be discretionary, because it provided simply that on six months' notice, either party could terminate the Agreement. The respondents submit that there is no ambiguity in the wording of the non-renewal clause of the contract and so there is no basis for implying other terms or for relying on extrinsic evidence of the parties' intentions. The entire agreement clause specifically precluded the implication of any terms other than the express terms of the contract.

(2) Analysis

(a) *Overview*

[32] The notion of good faith has deep roots in contract law and permeates many of its rules. Nonetheless, Anglo-Canadian common law has resisted acknowledging any generalized and independent doctrine of good faith performance of contracts. The result is an “unsettled and incoherent body of law” that has developed “piecemeal” and which is “difficult to analyze”: Ontario Law Reform Commission (“OLRC”), *Report on Amendment of the Law of Contract* (1987), at p. 169. This approach is out of step with the civil law of Quebec and most jurisdictions in the United States and produces results that are not consistent with the reasonable expectations of commercial parties.

[33] In my view, it is time to take two incremental steps in order to make the common law less unsettled and piecemeal, more coherent and more just. The first step is to acknowledge that good faith contractual performance is a general organizing principle of the common law of contract which underpins and informs the various rules in which the

l'emploi, cette obligation vise seulement la façon de résilier un contrat. En l'espèce, le contrat a été négocié entre des parties commerciales auxquelles les considérations de principe sous-jacentes à la doctrine du droit du travail ne s'appliquent pas. Monsieur Bhasin invoque le droit à un contrat perpétuel, ou au moins à un contrat d'une durée indéterminée conclu avec les intimés. Le contrat en l'espèce ne saurait être qualifié de discrétionnaire parce qu'il prévoyait simplement que l'une ou l'autre partie pouvait y mettre fin sur préavis de six mois. Les intimés affirment que le libellé de la clause de non-renouvellement ne comporte aucune ambiguïté et qu'en conséquence, rien ne permet de supposer l'existence d'autres conditions ou d'invoquer une preuve extrinsèque des intentions des parties. La clause d'intégralité de l'entente écartait expressément toute condition autre que celles figurant dans le contrat.

(2) Analyse

a) *Aperçu*

[32] La notion de bonne foi est profondément enracinée dans le droit des contrats et elle imprègne un bon nombre de ses règles. Néanmoins, la common law anglo-canadienne a refusé de reconnaître une théorie élargie et indépendante relative à l'exécution de bonne foi des contrats. Il en résulte [TRADUCTION] « des règles de droit controversées et incohérentes » élaborées de façon « fragmentaire » et qui demeurent « difficiles à analyser » : Commission de réforme du droit de l'Ontario (« CRDO »), *Report on Amendment of the Law of Contract* (1987), p. 169. Cette approche est incompatible avec le droit civil du Québec et avec celui de la plupart des États américains et entraîne des résultats non conformes aux attentes raisonnables des parties commerciales.

[33] À mon avis, le temps est venu de prendre deux mesures progressives en vue de rendre la common law moins incertaine et fragmentaire et plus cohérente et équitable. La première mesure consiste à reconnaître que l'exécution de bonne foi des contrats constitue un principe directeur général de la common law en matière de contrats qui sous-tend

common law, in various situations and types of relationships, recognizes obligations of good faith contractual performance. The second is to recognize, as a further manifestation of this organizing principle of good faith, that there is a common law duty which applies to all contracts to act honestly in the performance of contractual obligations.

[34] In my view, taking these two steps is perfectly consistent with the Court's responsibility to make incremental changes in the common law when appropriate. Doing so will put in place a duty that is just, that accords with the reasonable expectations of commercial parties and that is sufficiently precise that it will enhance rather than detract from commercial certainty.

(b) *Good Faith as a General Organizing Principle*

(i) Background

[35] The doctrine of good faith traces its history to Roman law and found acceptance in early English contract law. For example, Lord Northington wrote in *Aleyn v. Belchier* (1758), 1 Eden 132, 28 E.R. 634, at p. 637, cited in *Mills v. Mills* (1938), 60 C.L.R. 150 (H.C.A.), at p. 185, that “[n]o point is better established than that, a person having a power, must execute it *bona fide* for the end designed, otherwise it is corrupt and void.” Similarly, Lord Kenyon wrote in *Mellish v. Motteux* (1792), Peake 156, 170 E.R. 113, “in contracts of all kinds, it is of the highest importance that courts of law should compel the observance of honesty and good faith”: p. 113-14. In *Carter v. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162, at p. 1910, Lord Mansfield stated that good faith is a principle applicable to all contracts; see also *Herbert v. Mercantile Fire Ins. Co.* (1878), 43 U.C.Q.B. 384; R. Powell, “Good Faith in Contracts” (1956), 9 *Curr. Legal Probs.* 16.

et détermine les diverses règles où la common law, dans diverses situations et divers types de relations, reconnaît l'existence des obligations d'exécuter les contrats de bonne foi. La deuxième mesure consiste à reconnaître, comme manifestation supplémentaire de ce principe directeur de bonne foi, l'existence d'une obligation en common law, applicable à tous les contrats, d'agir honnêtement dans l'exécution des obligations contractuelles.

[34] J'estime que l'adoption de ces deux mesures s'accorde parfaitement avec la mission de la Cour de faire évoluer progressivement la common law au besoin. Cet exercice aura pour effet d'établir une obligation équitable, conforme aux attentes raisonnables des parties commerciales et suffisamment précise pour renforcer la stabilité commerciale plutôt que l'affaiblir.

(b) *La bonne foi en tant que principe directeur général*

(i) Contexte

[35] La doctrine de la bonne foi tire ses origines du droit romain et a été retenue dans le passé dans le droit anglais des contrats. Par exemple, lord Northington écrivait ce qui suit dans l'arrêt *Aleyn c. Belchier* (1758), 1 Eden 132, 28 E.R. 634, p. 637, cité dans *Mills c. Mills* (1938), 60 C.L.R. 150 (H.C.A.), p. 185 : [TRADUCTION] « Il est on ne peut plus clairement établi qu'une personne en position d'autorité doit exercer son pouvoir d'agir de bonne foi dans le but visé, sinon ce pouvoir est corrompu et nul. » Dans le même ordre d'idées, lord Kenyon écrivait ce qui suit dans l'arrêt *Mellish c. Motteux* (1792), Peake 156, 170 E.R. 113 : [TRADUCTION] « . . . s'agissant de contrats de toutes sortes, il est d'une importance capitale que les cours de justice rendent l'honnêteté et la bonne foi obligatoires » (p. 113-114). Dans l'arrêt *Carter c. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162, p. 1910, lord Mansfield affirmait que la bonne foi constitue un principe qui s'applique à tous les contrats; voir aussi *Herbert c. Mercantile Fire Ins. Co.* (1878), 43 U.C.Q.B. 384; R. Powell, « Good Faith in Contracts » (1956), 9 *Curr. Legal Probs.* 16.

[36] However, these broad pronouncements have been, for the most part, restricted by subsequent jurisprudence to specific types of contracts and relationships, such as insurance contracts, leaving unclear the role of the broader principle of good faith in the modern Anglo-Canadian law of contracts: *Chitty on Contracts* (31st ed. 2012), vol. I, *General Principles*, at para. 1-039; W. P. Yee, “Protecting Parties’ Reasonable Expectations: A General Principle of Good Faith” (2001), 1 *O.U.C.L.J.* 195, at p. 195; E. P. Belobaba, “Good Faith in Canadian Contract Law”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends* (1985), 73, at p. 75. One leading Canadian contracts scholar went so far as to say that the common law has taken a “kind of perverted pride” in the absence of any general notion of good faith, as if accepting that notion “would be admitting to the presence of some kind of embarrassing social disease”: J. Swan, “Whither Contracts: A Retrospective and Prospective Overview”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Contracts* (1984), 125, at p. 148.

[37] This Court has not examined whether there is a general duty of good faith contractual performance. However, there has been an active debate in other courts and among scholars for decades over whether there is, or should be, a general or “stand-alone” duty of good faith in the performance of contracts. Canadian courts have reached different conclusions on this point.

[38] Some suggest that there is a general duty of good faith: *Gateway Realty Ltd. v. Arton Holdings Ltd.* (1991), 106 N.S.R. (2d) 180 (S.C. (T.D.)), aff’d on narrower grounds (1992), 112 N.S.R. (2d) 180 (S.C. (App. Div.)); *McDonald’s Restaurant of Canada Ltd. v. British Columbia* (1997), 29 B.C.L.R. (3d) 303 (C.A.), at para. 99; *Crawford v. Agricultural Development Board (N.B.)* (1997), 192 N.B.R. (2d) 68 (C.A.), at paras. 7-8. They see a broad role for good faith as an implied term in all contracts that establishes minimum standards of acceptable

[36] Or, la jurisprudence ultérieure a limité l’application de la plupart de ces énoncés généraux à des catégories de contrats et de relations spécifiques, par exemple les contrats d’assurance, ce qui rendait incertain le rôle du principe général de bonne foi dans le droit anglo-canadien moderne des contrats : *Chitty on Contracts* (31^e éd. 2012), t. I, *General Principles*, par. 1-039; W. P. Yee, « Protecting Parties’ Reasonable Expectations : A General Principle of Good Faith » (2001), 1 *O.U.C.L.J.* 195, p. 195; E. P. Belobaba, « Good Faith in Canadian Contract Law », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law : Recent Developments and Emerging Trends* (1985), 73, p. 75. L’un des auteurs éminents en droit canadien des contrats est allé jusqu’à affirmer que les juges de common law tirent [TRADUCTION] « une sorte de fierté dénaturée » de l’absence de toute notion générale de bonne foi, comme si accepter cette notion « aurait pour effet d’admettre la présence d’une sorte de mal social embarrassant » : J. Swan, « Whither Contracts : A Retrospective and Prospective Overview », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition : Contracts* (1984), 125, p. 148.

[37] Notre Cour n’a pas examiné la question de savoir s’il existe une obligation générale d’exécuter un contrat de bonne foi. Toutefois, on débat depuis des décennies dans les autres cours et parmi les auteurs la question de savoir si l’exécution des contrats comporte ou devrait comporter une obligation d’agir de bonne foi générale ou « autonome ». Les tribunaux canadiens sont arrivés à des conclusions différentes sur ce point.

[38] Selon certains tribunaux, il existe une obligation générale d’agir de bonne foi : *Gateway Realty Ltd. c. Arton Holdings Ltd.* (1991), 106 N.S.R. (2d) 180 (C.S. (1^{re} inst.)), conf. pour des motifs plus restreints (1992), 112 N.S.R. (2d) 180 (C.S. (div. d’appel)); *McDonald’s Restaurant of Canada Ltd. c. British Columbia* (1997), 29 B.C.L.R. (3d) 303 (C.A.), par. 99; *Crawford c. Agricultural Development Board (N.B.)* (1997), 192 R.N.-B. (2^e) 68 (C.A.), par. 7-8. Ils estiment que la bonne foi joue un rôle important dans tous les contrats à titre de

commercial behaviour. As Kelly J. put it in *Gateway Realty*, at para. 38:

The law requires that parties to a contract exercise their rights under that agreement honestly, fairly and in good faith. This standard is breached when a party acts in a bad faith manner in the performance of its rights and obligations under the contract. “Good faith” conduct is the guide to the manner in which the parties should pursue their mutual contractual objectives. Such conduct is breached when a party acts in “bad faith” — a conduct that is contrary to community standards of honesty, reasonableness or fairness.

[39] Other courts are of the view that there exists no such general duty of good faith in all contracts: *Transamerica Life Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 68 O.R. (3d) 457 (C.A.), at paras. 53-54; *Mesa Operating Limited Partnership v. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 149 A.R. 187 (C.A.), at paras. 15-19, *per* Kerans J.A., *dubitante*; *Barclays Bank PLC v. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments VII Corp.*, 2013 ONCA 494, 365 D.L.R. (4th) 15, at para. 131; see G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2nd ed. 2012), at pp. 338-46. The detractors of such a general duty of good faith have accepted a limited role for good faith in certain contexts but have held that it would create commercial uncertainty and undermine freedom of contract to recognize a general duty of good faith that would permit courts to interfere with the express terms of a contract.

[40] This Court ought to develop the common law to keep in step with the “dynamic and evolving fabric of our society” where it can do so in an incremental fashion and where the ramifications of the development are “not incapable of assessment”: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at para. 93; see also *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-64; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 85; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West)*

condition implicite qui établit des normes minimales en matière de comportement commercial acceptable. Comme l’affirme le juge Kelly dans *Gateway Realty*, par. 38 :

[TRADUCTION] Le droit exige que les parties à un contrat exercent honnêtement, équitablement et de bonne foi les droits que leur confère l’entente. Il y a manquement à cette norme lorsqu’une partie agit de mauvaise foi dans l’exercice des droits qu’elle tire du contrat et dans l’exécution des obligations qu’il lui impose. La « bonne foi » est le critère qui dicte aux parties la manière dont elles devraient réaliser leurs objectifs contractuels communs. Il y a inconduite lorsqu’une partie agit de « mauvaise foi », soit à l’encontre des normes sociales d’honnêteté, de raisonabilité ou d’équité.

[39] D’autres tribunaux estiment qu’une telle obligation générale d’agir de bonne foi n’existe pas dans tous les contrats : *Transamerica Life Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 68 O.R. (3d) 457 (C.A.), par. 53-54; *Mesa Operating Limited Partnership c. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 149 A.R. 187 (C.A.), par. 15-19, le juge Kerans, exprimant des doutes; *Barclays Bank PLC c. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments VII Corp.*, 2013 ONCA 494, 365 D.L.R. (4th) 15, par. 131; voir G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2^e éd. 2012), p. 338-346. Ceux qui contestent l’existence de cette obligation générale ont admis que la bonne foi joue un rôle restreint dans certains contextes, mais ont estimé que la reconnaissance d’une obligation générale d’agir de bonne foi, qui permettrait aux tribunaux de modifier les conditions expresses d’un contrat, donnerait lieu à l’instabilité commerciale et porterait atteinte à la liberté contractuelle.

[40] Notre Cour doit faire progresser la common law de manière à suivre « l’évolution et le dynamisme de la société » lorsqu’il est possible de le faire de manière progressive et « lorsqu’il n’est pas impossible d’évaluer » les conséquences du changement : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, par. 93; voir aussi *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 760-764; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 85; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002

Ltd., 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, at para. 46. This is even more appropriate where, as here, what is contemplated is not the reversal of some settled rule, but a development directed to bringing greater certainty and coherence to a complex and troublesome area of the common law.

[41] As I see it, the developments that I propose are desirable as a result of several considerations. First, the current Canadian common law is uncertain. Second, the current approach to good faith performance lacks coherence. Third, the current law is out of step with the reasonable expectations of commercial parties, particularly those of at least two major trading partners of common law Canada — Quebec and the United States: see, e.g., Hall, at p. 347. While the developments which I propose will not completely address these problems, they will bring a measure of coherence and predictability to the law and will bring the law closer to what reasonable commercial parties would expect it to be.

(ii) Survey of the Current State of the Common Law

[42] Anglo-Canadian common law has developed a number of rules and doctrines that call upon the notion of good faith in contractual dealings; it is a concept that underlies many elements of modern contract law: S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6th ed. 2010), at para. 550; J. D. McCamus *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 835-38; OLRC, at p. 165; Belobaba, at pp. 75-76; J. F. O'Connor, *Good Faith in English Law* (1990), at pp. 17-49; J. Steyn, "Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men" (1997), 113 *Law Q. Rev.* 433. The approach, not unfairly, has been characterized as developing "piecemeal solutions in response to demonstrated problems": *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, [1989] 1 Q.B. 433 (C.A.), at p. 439, *per* Bingham L.J. (as he then was). Thus we see, for example, that good faith notions have

CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, par. 46. Cet exercice est d'autant plus opportun lorsque, comme en l'espèce, il s'agit non pas d'écarter une règle bien établie, mais de réaliser une avancée permettant d'apporter une plus grande certitude et une meilleure cohérence à un domaine complexe et difficile de la common law.

[41] À mon avis, les changements que je propose sont souhaitables pour plusieurs raisons. Premièrement, la common law canadienne actuelle est incertaine. Deuxièmement, l'approche actuelle relative à l'exécution de bonne foi manque de cohérence. Troisièmement, le droit actuel ne tient pas compte des attentes raisonnables des parties commerciales, particulièrement celles d'au moins deux partenaires commerciaux importants des ressorts canadiens de common law — le Québec et les États-Unis : voir, p. ex., Hall, p. 347. Les changements proposés n'auront pas pour effet de régler complètement ces problèmes, mais ils apporteront, dans une certaine mesure, l'uniformité et la prévisibilité au droit qu'ils rendront plus conforme aux attentes raisonnables des parties commerciales.

(ii) Examen de l'état actuel de la common law

[42] La common law anglo-canadienne a élaboré de nombreuses règles et doctrines qui font appel à la notion de bonne foi dans les opérations contractuelles; il s'agit d'une notion qui se trouve à la base de bon nombre d'éléments du droit des contrats moderne : S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6^e éd. 2010), par. 550; J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 835-838; CRDO, p. 165; Belobaba, p. 75-76; J. F. O'Connor, *Good Faith in English Law* (1990), p. 17-49; J. Steyn, « Contract Law : Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men » (1997), 113 *Law Q. Rev.* 433. On a dit de cette méthode, à juste titre, qu'elle a permis d'élaborer des [TRADUCTION] « solutions ponctuelles à des problèmes manifestes » : *Interfoto Picture Library Ltd. c. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, [1989] 1 Q.B. 433 (C.A.), p. 439, le lord juge Bingham (plus tard lord juge

been applied to particular types of contracts, particular types of contractual provisions and particular contractual relationships. It also underlies doctrines that explicitly deal with fairness in contracts, such as unconscionability, and plays a role in interpreting and implying contractual terms. The difficulty with this “piecemeal” approach, however, is that it often fails to take a consistent or principled approach to similar problems. A brief review of the current landscape of good faith will show the extent to which this is the case.

[43] Considerations of good faith are apparent in doctrines that expressly consider the fairness of contractual bargains, such as unconscionability. This doctrine is based on considerations of fairness and preventing one contracting party from taking undue advantage of the other: G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (6th ed. 2011), at pp. 329-30; E. Peden, “When Common Law Trumps Equity: the Rise of Good Faith and Reasonableness and the Demise of Unconscionability” (2005), 21 *J.C.L.* 226; Belobaba, at p. 86; S. M. Waddams, “Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations” (1995), 9 *J.C.L.* 55.

[44] Good faith also plays a role in the law of implied terms, particularly with respect to terms implied by law. Terms implied by law redress power imbalances in certain classes of contracts such as employment, landlord-lessee, and insurance contracts: *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, at p. 457, per McLachlin J. (as she then was); see also *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, per McLachlin J., concurring. The implication of terms plays a functionally similar role in common law contract law to the doctrine of good faith in civil law jurisdictions by filling in gaps in the written agreement of the parties: *Chitty on Contracts*, at para. 1-051. In *Mesa Operating*, the Alberta Court of Appeal implied a term that a power of pooling properties for the purpose of determining royalty

en chef). Ainsi, nous voyons, par exemple, que la notion de bonne foi a été appliquée à des catégories particulières de contrats, à des dispositions contractuelles particulières et à des relations contractuelles particulières. Cette notion sous-tend également des doctrines qui traitent explicitement de l'équité dans les contrats, par exemple celle des contrats abusifs, et elle joue un rôle dans l'interprétation des clauses contractuelles et l'existence de conditions implicites. Or, cette approche « ponctuelle » pose problème car elle permet rarement d'appliquer à des problèmes similaires une analyse cohérente ou raisonnée. Un bref survol de la situation actuelle de la notion de bonne foi démontre l'ampleur du problème.

[43] Les considérations de bonne foi ressortent des doctrines qui traitent expressément du caractère équitable des ententes contractuelles, comme celle des contrats abusifs. Cette doctrine repose sur des considérations d'équité, dans le but d'empêcher une partie contractante de tirer indûment avantage de l'autre partie : G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (6^e éd. 2011), p. 329-330; E. Peden, « When Common Law Trumps Equity : the Rise of Good Faith and Reasonableness and the Demise of Unconscionability » (2005), 21 *J.C.L.* 226; Belobaba, p. 86; S. M. Waddams, « Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations » (1995), 9 *J.C.L.* 55.

[44] La notion de bonne foi joue également un rôle dans les règles relatives aux conditions implicites, notamment en ce qui concerne les conditions implicites en droit. Ces conditions remédient au déséquilibre des forces dans certaines catégories de contrats, comme les contrats de travail, les baux et les contrats d'assurance : *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, p. 457, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef); voir aussi *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, motifs concordants de la juge McLachlin. L'existence implicite de conditions joue dans le droit des contrats de la common law un rôle similaire, sur le plan fonctionnel, à celui que joue la doctrine de la bonne foi dans les ressorts de droit civil en comblant les lacunes de l'entente écrite conclue par les parties : *Chitty on Contracts*,

payments be exercised reasonably. The court implied this term in order to give effect to the intentions of the parties rather than as a requirement of good faith, but Kerans J.A. stated that “[t]he rule that governs here can, therefore, be expressed much more narrowly than to speak of good faith, although I suspect it is in reality the sort of thing some judges have in mind when they speak of good faith”: para. 22. Many other examples may be found in Waddams, *The Law of Contracts*, at paras. 499-506.

[45] Considerations of good faith are also apparent in contract interpretation: *Chitty on Contracts*, at para. 1-050; Hall, at p. 347. The primary object of contractual interpretation is of course to give effect to the intentions of the parties at the time of contract formation. However, considerations of good faith inform this process. Parties may generally be assumed to intend certain minimum standards of conduct. Further, as Lord Reid observed in *Schuler A.G. v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.*, [1974] A.C. 235 (H.L.), at p. 251, “[t]he more unreasonable the result the more unlikely it is that the parties can have intended it”. As A. Swan and J. Adamski put it, the duty of good faith “is not an externally imposed requirement but inheres in the parties’ relation”: *Canadian Contract Law* (3rd ed. 2012), at §§ 8.134-8.146.

[46] Good faith also appears in numerous contexts in a more explicit form. The concept of “good faith” is used in hundreds of statutes across Canada, including statutory duties of good faith and fair dealing in franchise legislation and good faith bargaining in labour law: S. K. O’Byrne, “Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 70, at p. 71.

par. 1-051. Dans l’arrêt *Mesa Operating*, la Cour d’appel de l’Alberta a conclu à l’existence d’une condition implicite exigeant l’exercice raisonnable du pouvoir de mettre en commun des terrains afin de déterminer les redevances à payer. La cour a conclu ainsi pour donner effet aux intentions des parties, et non pour reconnaître l’existence d’une exigence de bonne foi, mais le juge Kerans a affirmé que [TRADUCTION] « [l]a règle qui s’applique en l’espèce peut donc être énoncée en termes beaucoup plus restreints que ceux qu’exprime la notion de bonne foi, bien que j’estime qu’en réalité c’est ce qu’ont à l’esprit certains juges lorsqu’ils abordent la question de la bonne foi » : par. 22. On peut retrouver de nombreux autres exemples dans Waddams, *The Law of Contracts*, par. 499-506.

[45] Les considérations en matière de bonne foi ressortent également de l’interprétation des contrats : *Chitty on Contracts*, par. 1-050; Hall, p. 347. L’interprétation des contrats a évidemment pour objectif principal de donner effet aux intentions qu’avaient les parties au moment de la formation du contrat. Or, ce processus repose sur des considérations de bonne foi. On peut généralement présumer que les parties entendent respecter certaines normes minimales de conduite. En outre, comme l’a fait observer lord Reid dans l’arrêt *Schuler A.G. c. Wickman Machine Tool Sales Ltd.*, [1974] A.C. 235 (H.L.), p. 251 : [TRADUCTION] « Plus le résultat est déraisonnable, plus il est improbable qu’il corresponde à l’intention des parties . . . » Comme l’affirment A. Swan et J. Adamski, l’obligation d’agir de bonne foi [TRADUCTION] « ne constitue pas une exigence imposée par un tiers; elle est intrinsèque aux relations entre les parties » : *Canadian Contract Law* (3^e éd. 2012), §§ 8.134-8.146.

[46] La bonne foi se retrouve également dans maints contextes sous une forme plus explicite. La notion de « bonne foi » figure dans des centaines de lois partout au Canada, notamment lorsqu’il s’agit de l’obligation d’agir de bonne foi et de négocier équitablement prévue dans la législation en matière de franchises et de l’obligation de négocier de bonne foi en droit du travail : S. K. O’Byrne, « Good Faith in Contractual Performance : Recent Developments » (1995), 74 *R. du B. can.* 70, p. 71.

[47] There have been many attempts to bring a measure of coherence to this piecemeal accretion of appeals to good faith: see, among many others, McCamus, at pp. 835-68; S. K. O’Byrne, “The Implied Term of Good Faith and Fair Dealing: Recent Developments” (2007), 86 *Can. Bar Rev.* 193, at pp. 196-204; Waddams, *The Law of Contracts*, at paras. 494-508; R. S. Summers, “‘Good Faith’ in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code” (1968), 54 *Va. L. Rev.* 195; S. J. Burton, “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith” (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 369. By way of example, Professor McCamus has identified three broad types of situations in which a duty of good faith performance of some kind has been found to exist: (1) where the parties must cooperate in order to achieve the objects of the contract; (2) where one party exercises a discretionary power under the contract; and (3) where one party seeks to evade contractual duties (pp. 840-56; *CivicLife.com Inc. v. Canada (Attorney General)* (2006), 215 O.A.C. 43, at paras. 49-50).

[48] While these types of cases overlap to some extent, they provide a useful analytical tool to appreciate the current state of the law on the duty of good faith. They also reveal some of the lack of coherence in the current approach. It is often unclear whether a good faith obligation is being imposed as a matter of law, as a matter of implication or as a matter of interpretation. Professor McCamus notes:

Although the line between the two types of implication is difficult to draw, it may be realistic to assume that implied duties of good faith are likely, on occasion at least, to slide into the category of legal incidents rather than mere presumed intentions. Certainly, it would be difficult to defend the implication of terms on each of the cases considered here on the basis of the traditional business efficiency or officious bystander test. In the control of contractual discretion cases, for example, it may be more realistic to suggest that the implied limitation on the exercise of the discretion is intended to give effect to the “reasonable expectations of the parties.” [pp. 865-66]

[47] On a tenté à maintes reprises d’apporter une certaine uniformité à cette accumulation d’appels ponctuels à la bonne foi : voir notamment McCamus, p. 835-868; S. K. O’Byrne, « The Implied Term of Good Faith and Fair Dealing : Recent Developments » (2007), 86 *R. du B. can.* 193, p. 196-204; Waddams, *The Law of Contracts*, par. 494-508; R. S. Summers, « “Good Faith” in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code » (1968), 54 *Va. L. Rev.* 195; S. J. Burton, « Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith » (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 369. À titre d’exemple, le professeur McCamus a identifié trois grands types de situations où l’on a conclu à l’existence d’une sorte d’obligation d’exécution de bonne foi, à savoir (1) lorsque les parties doivent collaborer en vue de la réalisation des objectifs du contrat, (2) lorsque le contrat confère un pouvoir discrétionnaire à l’une des parties, et (3) lorsque l’une des parties cherche à se soustraire aux obligations contractuelles (p. 840-856; *CivicLife.com Inc. c. Canada (Attorney General)* (2006), 215 O.A.C. 43, par. 49-50).

[48] Ces types de situations se chevauchent dans une certaine mesure, mais ils offrent un outil d’analyse utile permettant de comprendre l’état actuel du droit quant à l’obligation d’agir de bonne foi. Ils illustrent aussi un peu le manque d’uniformité de l’approche actuelle. Souvent, on ne sait pas trop si une obligation d’agir de bonne foi est imposée en droit, si elle est implicite ou si elle résulte de l’interprétation. Le professeur McCamus fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] Bien qu’il soit difficile d’établir une distinction entre les deux types de conditions implicites, il est peut-être réaliste de tenir pour acquis que les obligations implicites d’agir de bonne foi risquent, du moins à l’occasion, de se retrouver dans la catégorie des particularités juridiques plutôt que dans celle des simples intentions présumées. Certes, il serait difficile de défendre le caractère implicite des conditions dans chacun des cas examinés en invoquant les critères traditionnels de l’efficacité commerciale ou de l’observateur objectif. Dans les affaires portant sur un pouvoir discrétionnaire de nature contractuelle, par exemple, il serait plus réaliste d’indiquer que la restriction implicite de l’exercice du pouvoir discrétionnaire vise à donner effet aux « attentes raisonnables des parties ». [p. 865-866]

[49] The first type of situation (contracts requiring the cooperation of the parties to achieve the objects of the contract) is reflected in the jurisprudence of this Court. In *Dynamic Transport Ltd. v. O.K. Detailing Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 1072, the parties to a real estate transaction failed to specify in the purchase-sale agreement which party was to be responsible for obtaining planning permission for a subdivision of the property. By law, the vendor was the only party capable of obtaining such permission. The Court held that the vendor was under an obligation to use reasonable efforts to secure the permission, or as Dickson J. (as he then was) put it, “[t]he vendor is under a duty to act in good faith and to take all reasonable steps to complete the sale”: p. 1084. It is not completely clear whether this duty was imposed as a matter of law or was implied based on the parties’ intentions: see p. 1083; see also *Gateway Realty and CivicLife.com*.

[50] *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1995] 2 S.C.R. 187, is an example of the second type of situation (exercise of contractual discretion). The lease of a helicopter included an option to buy at the “reasonable fair market value of the helicopter as established by Lessor”: para. 2. This Court held, at para. 34, that, “[c]learly, the lessor is not in a position, by virtue of clause 32, to make any offer that it may feel is appropriate. It is contractually bound to act in good faith to determine the reasonable fair market value of the helicopters, which is the price that the parties had initially agreed would be the exercise price of the option.” The Court did not discuss the basis for implying the term, but suggested that in the absence of a reasonableness requirement, the option would be a mere agreement to agree and thus would be unenforceable, which means that the implication of the term was necessary to give business efficacy to the agreement.

[51] This Court’s decision in *Mason v. Freedman*, [1958] S.C.R. 483, falls in the third type of situation

[49] Le premier type de situation (les contrats exigeant la collaboration des parties en vue de la réalisation des objectifs énoncés) se retrouve dans la jurisprudence de notre Cour. Dans l’arrêt *Dynamic Transport Ltd. c. O.K. Detailing Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 1072, les parties à une transaction immobilière ont omis de préciser dans le contrat d’achat et de vente à quelle partie incombait la responsabilité d’obtenir l’approbation du lotissement d’une parcelle du terrain. Selon la loi, le vendeur était la seule partie en mesure d’obtenir une telle permission. La Cour a conclu que le vendeur avait l’obligation de faire de son mieux pour obtenir cette approbation ou, comme l’a dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef), « [l]e vendeur a l’obligation d’agir de bonne foi et de prendre toutes les mesures raisonnables pour exécuter la vente » : p. 1084. L’arrêt n’indique pas clairement si cette obligation était imposée en droit, ou si elle était implicite compte tenu des intentions des parties : voir p. 1083; voir aussi *Gateway Realty et CivicLife.com*.

[50] L’arrêt *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1995] 2 R.C.S. 187, illustre le deuxième type de situation (l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire de nature contractuelle). Les baux relatifs à la location d’hélicoptères comprenaient une option d’achat à la « juste valeur marchande raisonnable de l’hélicoptère établie par le bailleur » : par. 2. Notre Cour a conclu, au par. 34, qu’« [e]n vertu de l’article 32, le bailleur n’est manifestement pas en mesure de faire toute offre qu’il peut juger appropriée. Il a l’obligation contractuelle d’agir de bonne foi en établissant la juste valeur marchande raisonnable des hélicoptères, qui constitue le prix de la levée de l’option sur lequel les parties s’étaient initialement entendues. » La Cour n’a pas examiné la raison justifiant l’introduction de cette condition, mais elle a indiqué qu’en l’absence d’une exigence de raisonabilité, la clause d’option ne constituerait qu’un simple engagement à conclure un accord et serait donc inexécutoire, ce qui veut dire que l’introduction de la condition implicite était nécessaire pour donner au contrat son efficacité commerciale.

[51] L’arrêt de notre Cour *Mason c. Freedman*, [1958] R.C.S. 483, illustre le troisième type de

in which a duty of good faith arises (where a contractual power is used to evade a contractual duty). In that case, the vendor in a real estate transaction regretted the bargain he had made. He then sought to repudiate the contract by failing to convey title in fee simple because he claimed his wife would not provide a bar of dower. The issue was whether he could take advantage of a clause permitting him to repudiate the transaction in the event that he was “unable or unwilling” to remove this defect in title even though he had made no efforts to do so by trying to obtain the bar of dower. Judson J. held that the clause did not “enable a person to repudiate a contract for a cause which he himself has brought about” or permit “a capricious or arbitrary repudiation”: p. 486. On the contrary, “[a] vendor who seeks to take advantage of the clause must exercise his right reasonably and in good faith and not in a capricious or arbitrary manner”: p. 487.

[52] The jurisprudence is not always very clear about the source of the good faith obligations found in these cases. The categories of terms implied as a matter of law, terms implied as a matter of intention and terms arising as a matter of interpretation sometimes are blurred or even ignored, resulting in uncertainty and a lack of coherence at the level of principle.

[53] Apart from these types of situations in which a duty of good faith arises, common law Canadian courts have also recognized that there are classes of relationships that call for a duty of good faith to be implied by law.

[54] For example, this Court confirmed that there is a duty of good faith in the employment context in *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362. Mr. Keays was diagnosed with chronic fatigue syndrome and was frequently absent from work. Honda grew concerned with the

situation dans laquelle une obligation d’agir de bonne foi prend naissance (lorsqu’un pouvoir prévu dans un contrat est exercé pour éluder une obligation contractuelle). Dans cette affaire, le vendeur dans une transaction immobilière a regretté ce marché. Il a alors cherché à résilier le contrat en omettant de transmettre le titre de propriété en fief simple parce que, selon lui, son épouse ne renoncerait pas aux droits de douaire. La question était de savoir s’il pouvait se prévaloir d’une clause lui permettant de résilier le contrat advenant [TRADUCTION] « qu’il soit incapable » de corriger ce vice du titre ou qu’il « ne veuille pas » le corriger, même s’il n’avait pas tenté de le faire en essayant d’obtenir la renonciation aux droits de douaire. Le juge Judson a estimé que la clause n’avait pas pour effet de « permettre à une personne de résilier un contrat pour une cause qu’elle avait elle-même introduite au contrat » ni de permettre « une résiliation abusive ou arbitraire » : p. 486. Au contraire, « [u]n vendeur qui cherche à se prévaloir de la clause doit exercer son droit de façon raisonnable et de bonne foi, non d’une manière abusive ou arbitraire » : p. 487.

[52] La jurisprudence ne précise pas toujours clairement la source des obligations d’agir de bonne foi que l’on trouve dans ces décisions. Il arrive parfois que la distinction entre les catégories des conditions implicites imposées en droit, des conditions implicites résultant de l’intention ou des conditions implicites résultant de l’interprétation soit floue ou que les tribunaux n’en tiennent pas compte, ce qui entraîne une incertitude et un manque d’uniformité sur le plan des principes.

[53] Outre ces types de situations où s’applique une obligation d’agir de bonne foi, les tribunaux canadiens de common law ont également reconnu l’existence de catégories de relations qui donnent lieu à une obligation d’agir de bonne foi implicite en droit.

[54] Par exemple, dans l’arrêt *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362, la Cour a confirmé l’existence d’une obligation d’agir de bonne foi en matière d’emploi. Monsieur Keays avait appris qu’il était atteint du syndrome de fatigue chronique et s’absentait fréquemment

frequency of the absences. It ordered Mr. Keays to undergo an examination by a doctor chosen by the employer, required him to provide a doctor's note for any absences, and discouraged him from retaining outside counsel. The majority held that in all employment contracts there was an implied term of good faith governing the manner of termination. In particular, the employer should not engage in conduct that is "unfair or is in bad faith by being, for example, untruthful, misleading or unduly insensitive" when dismissing an employee: para. 57, citing *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 98. Good faith in this context did not extend to the employer's reasons for terminating the contract of employment because this would undermine the right of an employer to determine the composition of its workforce: *Wallace*, at para. 76.

[55] This Court has also affirmed the duty of good faith which requires an insurer to deal with its insured's claim fairly, both with respect to the manner in which it investigates and assesses the claim and to the decision whether or not to pay it: *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3, at para. 63, citing *702535 Ontario Inc. v. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687 (Ont. C.A.), at para. 29. The breach of this duty may support an award of punitive damages: *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595. This duty of good faith is also reciprocal: the insurer must not act in bad faith when dealing with a claim, which is typically made by someone in a vulnerable situation, and the insured must act in good faith by disclosing facts material to the insurance policy (para. 83, citing *Andrusiw v. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1 (Q.B.), at paras. 84-85, *per Murray J.*).

de son travail. Honda s'inquiétait de ses nombreuses absences. Elle a exigé que M. Keays subisse un examen médical effectué par un médecin choisi par l'employeur, lui a demandé de présenter un billet du médecin pour chaque absence et l'a dissuadé de retenir les services d'un avocat externe. Les juges majoritaires ont estimé que, dans tout contrat de travail, il existe une condition implicite d'agir de bonne foi applicable au mode de congédiement. Plus particulièrement, la Cour a affirmé que l'employeur ne devrait pas se comporter « de façon inéquitable ou [en faisant] preuve de mauvaise foi en étant, par exemple, menteu[r], trompeu[r] ou trop implacabl[e] » lors du congédiement d'un employé : par. 57, citant l'arrêt *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 98. L'obligation d'agir de bonne foi dans ce contexte ne s'appliquait pas aux motifs de l'employeur de mettre fin au contrat de travail parce qu'elle aurait pour effet de miner le droit de l'employeur de déterminer la composition de son personnel : *Wallace*, par. 76.

[55] Notre Cour a également confirmé l'existence d'une obligation d'agir de bonne foi exigeant que l'assureur traite équitablement la réclamation de son assuré; cette obligation vise tant la manière dont l'assureur fait enquête et évalue la réclamation que la décision de verser ou non les prestations : *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3, par. 63, citant l'arrêt *702535 Ontario Inc. c. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687 (C.A. Ont.), par. 29. Le manquement à cette obligation peut justifier la condamnation à des dommages-intérêts punitifs : *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595. Cette obligation d'agir de bonne foi est également réciproque : l'assureur ne doit pas faire preuve de mauvaise foi lorsqu'il règle une réclamation, habituellement présentée par une personne qui se trouve dans une situation de vulnérabilité, et l'assuré doit agir de bonne foi en communiquant tous les faits pertinents liés à la police d'assurance (par. 83, citant le jugement *Andrusiw c. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1 (B.R.), par. 84-85, le juge Murray).

[56] This Court has also recognized that a duty of good faith, in the sense of fair dealing, will generally be implied in fact in the tendering context. When a company tenders a contract, it comes under a duty of fairness in considering the bids submitted under the tendering process, as a result of the expense incurred by parties submitting these bids: *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, at para. 88; see also *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at paras. 58-59; A. C. McNeely, *Canadian Law of Competitive Bidding and Procurement* (2010), at pp. 245-54.

[57] Developments in the United Kingdom and Australia point to enhanced attention to the notion of good faith, mitigated by reluctance to embrace it as a stand-alone doctrine. Good faith in contract performance has received increasing prominence in English law, despite its “traditional . . . hostility” to the concept: *Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corporation Ltd.*, [2013] EWHC 111, [2013] 1 All E.R. (Comm.) 1321 (Q.B.), at para. 123, citing E. McKendrick, *Contract Law* (9th ed. 2011), at pp. 221-22; see also *Chitty on Contracts*, at para. 1-039. In *Yam Seng*, Leggatt J. held that a number of specific duties embodying good faith can be implied based on the presumed intentions of the parties according to the traditional approach for implying terms: para. 131. Leggatt J. identified a number of these implied duties, including honesty, fidelity to the parties’ bargain, cooperation, and fair dealing: paras. 135-50. Leggatt J. stated that “[a] paradigm example of a general norm which underlies almost all contractual relationships is an expectation of honesty. That expectation is essential to commerce, which depends critically on trust”: para. 135; see D. Campbell, “Good Faith and the Ubiquity of the ‘Relational’ Contract” (2014), 77 *Mod. L. Rev.* 475. The Court of Appeal considered the *Yam Seng* decision in *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v. Compass Group UK and Ireland Ltd.*, [2013] EWCA Civ 200 (BAILII), where it confirmed that good faith was not a general principle of English law, but that

[56] Notre Cour a également reconnu qu’en règle générale, une obligation d’agir de bonne foi, au sens d’un traitement équitable, sera en fait implicite dans le processus d’appel d’offres. Lorsqu’elle lance un appel d’offres, une entreprise a l’obligation de traiter les soumissions équitablement, compte tenu des frais engagés par les parties qui présentent ces soumissions : *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, par. 88; voir aussi *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 58-59; A. C. McNeely, *Canadian Law of Competitive Bidding and Procurement* (2010), p. 245-254.

[57] L’évolution du droit au Royaume-Uni et en Australie indique l’attention accrue que l’on accorde à la notion de bonne foi, atténuée par la réticence à en faire une doctrine autonome. La bonne foi dans l’exécution des contrats se voit accorder une importance croissante en droit anglais, malgré une [TRADUCTION] « réticence [. . .] traditionnelle » envers cette notion : *Yam Seng Pte Ltd. c. International Trade Corporation Ltd.*, [2013] EWHC 111, [2013] 1 All E.R. (Comm.) 1321 (Q.B.), par. 123, citant E. McKendrick, *Contract Law* (9^e éd. 2011), p. 221-222; voir aussi *Chitty on Contracts*, par. 1-039. Dans la décision *Yam Seng*, le juge Leggatt a conclu qu’un certain nombre d’obligations spécifiques liées à la bonne foi peuvent être implicites compte tenu des intentions présumées des parties, selon l’approche traditionnelle suivie relativement aux conditions implicites : par. 131. Le juge Leggatt a relevé de nombreuses obligations implicites, notamment l’intégrité, le respect du marché conclu par les parties, la collaboration et le traitement équitable : par. 135-150. Selon le juge Leggatt, [TRADUCTION] « [l]’honnêteté attendue de la part des parties est un exemple type de la norme générale qui sous-tend la plupart des relations contractuelles. Cette attente est primordiale pour le commerce, qui dépend fortement de la confiance » : par. 135; voir D. Campbell, « Good Faith and the Ubiquity of the “Relational” Contract » (2014), 77 *Mod. L. Rev.* 475. La Cour d’appel a examiné la décision

it could be an implied term in certain categories of cases: paras. 105 and 150.

[58] Australian courts have also moved towards a greater role for good faith in contract performance: *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (9th Australian ed. 2008), at paras. 10.43-10.47. The duty of good faith in its modern form was recognized by Priestley J.A. in *Renard Constructions (ME) Pty Ltd. v. Minister for Public Works* (1992), 26 N.S.W.L.R. 234 (C.A.). There is no generally applicable duty of good faith, but one will be implied into contracts in certain circumstances. The duty of good faith can be implied as a matter of law or as a matter of fact, although the cases are not always clear on the basis on which the term is being implied. Australian courts have taken a broad view of what constitutes good faith: see, e.g., *Burger King Corporation v. Hungry Jack's Pty Ltd.*, [2001] NSWCA 187, 69 N.S.W.L.R. 558. The law of good faith performance in Australia is still developing and remains unsettled: E. Peden, "Good faith in the performance of contract law" (2004), 42 *L.S.J.* 64, at p. 64. However, it is clear that the duty of good faith requires adherence to standards of honest conduct: A. Mason, "Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing" (2000), 116 *Law Q. Rev.* 66, at p. 76; *Burger King*, at paras. 171 and 189.

(iii) The Way Forward

[59] This selective survey supports the view that Canadian common law in relation to good faith performance of contracts is piecemeal, unsettled and unclear: Belobaba; O'Byrne, "Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments", at p. 95; B. J. Reiter, "Good Faith in Contracts" (1983), 17 *Val. U.L. Rev.* 705, at pp. 711-12. It also

Yam Seng dans l'arrêt *Mid Essex Hospital Services NHS Trust c. Compass Group UK and Ireland Ltd.*, [2013] EWCA Civ 200 (BAILII), et a confirmé que la bonne foi n'est pas un principe général en droit anglais, mais qu'elle pouvait constituer une condition implicite dans certaines catégories de cas : par. 105 et 150.

[58] Les tribunaux australiens ont également reconnu que la bonne foi tient un rôle accru dans l'exécution des contrats : *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (9^e éd. australienne 2008), par. 10.43-10.47. L'obligation d'agir de bonne foi, dans sa forme contemporaine, a été reconnue par le juge Priestley dans l'arrêt *Renard Constructions (ME) Pty Ltd. c. Minister for Public Works* (1992), 26 N.S.W.L.R. 234 (C.A.). Il n'existe pas d'obligation d'agir de bonne foi qui s'applique d'une façon générale aux contrats, mais une obligation s'appliquera de façon implicite dans certaines circonstances. L'obligation d'agir de bonne foi peut être implicite sur le plan du droit ou sur le plan des faits, malgré l'incertitude de la jurisprudence quant au fondement de cette condition implicite. Les tribunaux australiens ont adopté une interprétation large de la notion de bonne foi : voir, p. ex., *Burger King Corporation c. Hungry Jack's Pty Ltd.*, [2001] NSWCA 187, 69 N.S.W.L.R. 558. Le droit australien relatif à l'exécution de bonne foi des contrats évolue toujours et demeure incertain : E. Peden, « Good faith in the performance of contract law » (2004), 42 *L.S.J.* 64, p. 64. Toutefois, il est clair que l'obligation d'agir de bonne foi exige le respect des normes de comportement honnête : A. Mason, « Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing » (2000), 116 *Law Q. Rev.* 66, p. 76; *Burger King*, par. 171 et 189.

(iii) La voie à suivre

[59] L'examen sélectif qui précède étaye le point de vue selon lequel la common law au Canada en matière d'exécution de bonne foi des contrats est fragmentaire, incertaine et imprécise : Belobaba; O'Byrne, « Good Faith in Contractual Performance : Recent Developments », p. 95; B. J. Reiter, « Good Faith in Contracts » (1983), 17 *Val. U.L. Rev.* 705,

shows that in Canada, as well as in the United Kingdom and Australia, there is increasing attention to the notion of good faith, particularly in the area of contractual performance. Opponents of any general obligation of good faith prefer the traditional, organic development of solutions to address particular problems as they arise: see, e.g., M. G. Bridge, “Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?” (1984), 9 *Can. Bus. L.J.* 385; D. Clark, “Some Recent Developments in the Canadian Law of Contracts” (1993), 14 *Advocates’ Q.* 435, at pp. 436 and 440. However, foreclosing some incremental development of the law at the level of principle would go beyond what prudent caution requires and evidence an almost “perverted pride” — to use Swan’s term, at p. 148 — in the law’s failings.

[60] Commercial parties reasonably expect a basic level of honesty and good faith in contractual dealings. While they remain at arm’s length and are not subject to the duties of a fiduciary, a basic level of honest conduct is necessary to the proper functioning of commerce. The growth of longer term, relational contracts that depend on an element of trust and cooperation clearly call for a basic element of honesty in performance, but, even in transactional exchanges, misleading or deceitful conduct will fly in the face of the expectations of the parties: see Swan and Adamski, at §1.24.

[61] The fact that commercial parties expect honesty on the part of their contracting partners can also be seen from the fact that it was the American Bar Association’s Section of Corporation, Banking and Business Law that urged the adoption of “honesty in fact” in the original drafting of the Uniform Commercial Code (“U.C.C.”): E. A. Farnsworth, “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code” (1963), 30 *U. Chicago L. Rev.* 666, at p. 673. Moreover, empirical research suggests that

p. 711-712. Cet examen illustre également qu’au Canada, comme au Royaume-Uni et en Australie, on porte une attention croissante à la notion de bonne foi, plus particulièrement dans le domaine de l’exécution des contrats. Les opposants à toute obligation générale de bonne foi préfèrent élaborer de façon traditionnelle et organique des solutions pour régler des problèmes particuliers au moment où ils se présentent : voir, p. ex., M. G. Bridge, « Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith? » (1984), 9 *Rev. can. dr. comm.* 385; D. Clark, « Some Recent Developments in the Canadian Law of Contracts » (1993), 14 *Advocates’ Q.* 435, p. 436 et 440. Cependant, interdire une certaine évolution graduelle du droit au niveau des principes outrepasserait les exigences d’une prudence avisée et témoignerait d’une [TRADUCTION] « fierté [presque] dénaturée » — pour reprendre l’expression de Swan, p. 148 — que les tribunaux tirent des lacunes du droit.

[60] Les parties commerciales s’attendent raisonnablement dans leurs opérations contractuelles à un niveau minimal d’honnêteté et de bonne foi. Bien qu’elles n’entretiennent aucun lien de dépendance et ne soient pas assujetties à des obligations de nature fiduciaire, un niveau minimal de conduite honnête est nécessaire à la bonne conduite des affaires. L’augmentation du nombre des contrats relationnels à long terme fondés sur un élément de confiance et de coopération exige manifestement un apport d’honnêteté sur le plan de l’exécution, alors que même dans les échanges transactionnels, la tromperie et une conduite dolosive seraient contraires aux attentes des parties : voir Swan et Adamski, § 1.24.

[61] La section du droit des sociétés, du droit bancaire et du droit commercial de l’American Bar Association a insisté pour que l’expression [TRADUCTION] « honnêteté de fait » figure dans l’ébauche initiale du Uniform Commercial Code (« U.C.C. ») : E. A. Farnsworth, « Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code » (1963), 30 *U. Chicago L. Rev.* 666, p. 673, ce qui illustre le fait que les parties commerciales s’attendent à ce que leurs partenaires contractuels soient honnêtes. En

commercial parties do in fact expect that their contracting parties will conduct themselves in good faith: see, e.g., S. Macaulay, “Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study” (1963), 28 *Am. Soc. Rev.* 55, at p. 58; H. Beale and T. Dugdale, “Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies” (1975), 2 *Brit. J. Law & Soc.* 45, at pp. 47-48; S. Macaulay, “An Empirical View of Contract”, [1985] *Wis. L. Rev.* 465; V. Goldwasser and T. Ciro, “Standards of Behaviour in Commercial Contracting” (2002), 30 *A.B.L.R.* 369, at pp. 372-77. It is, to say the least, counterintuitive to think that reasonable commercial parties would accept a contract which contained a provision to the effect that they were not obliged to act honestly in performing their contractual obligations.

[62] I conclude from this review that enunciating a general organizing principle of good faith and recognizing a duty to perform contracts honestly will help bring certainty and coherence to this area of the law in a way that is consistent with reasonable commercial expectations.

(iv) Towards an Organizing Principle of Good Faith

[63] The first step is to recognize that there is an organizing principle of good faith that underlies and manifests itself in various more specific doctrines governing contractual performance. That organizing principle is simply that parties generally must perform their contractual duties honestly and reasonably and not capriciously or arbitrarily.

[64] As the Court has recognized, an organizing principle states in general terms a requirement of justice from which more specific legal doctrines may be derived. An organizing principle therefore is not a free-standing rule, but rather a standard that underpins and is manifested in more specific legal doctrines and may be given different weight in different situations: see, e.g., *R. v. Jones*, [1994]

outré, la recherche empirique montre que les parties commerciales s’attendent effectivement à ce que leurs cocontractants agissent de bonne foi : voir, p. ex., S. Macaulay, « Non-contractual Relations in Business : A Preliminary Study » (1963), 28 *Am. Soc. Rev.* 55, p. 58; H. Beale et T. Dugdale, « Contracts Between Businessmen : Planning and the Use of Contractual Remedies » (1975), 2 *Brit. J. Law & Soc.* 45, p. 47-48; S. Macaulay, « An Empirical View of Contract », [1985] *Wis. L. Rev.* 465; V. Goldwasser et T. Ciro, « Standards of Behaviour in Commercial Contracting » (2002), 30 *A.B.L.R.* 369, p. 372-377. Il est à tout le moins paradoxal de penser que des parties commerciales raisonnables accepteraient de conclure un contrat comportant une disposition prévoyant qu’ils ne seraient pas tenus d’agir avec honnêteté dans l’exécution de leurs obligations contractuelles.

[62] Cet examen m’amène à conclure que l’énonciation d’un principe directeur général de bonne foi et la reconnaissance d’une obligation d’honnêteté en matière d’exécution des contrats favoriseront la certitude et la cohérence dans ce domaine du droit d’une façon qui est conforme aux attentes commerciales raisonnables.

(iv) Vers un principe directeur de bonne foi

[63] La première étape consiste à reconnaître l’existence d’un principe directeur de bonne foi qui sous-tend diverses autres règles plus spécifiques régissant l’exécution des contrats et qui se manifeste dans ces règles. Ce principe directeur énonce simplement que les parties doivent, de façon générale, exécuter leurs obligations contractuelles de manière honnête et raisonnable, et non de façon abusive ou arbitraire.

[64] Comme notre Cour l’a reconnu, un principe directeur énonce en termes généraux une exigence de justice dont il est possible de tirer des règles de droit plus particulières. Un principe directeur est donc non pas une règle autonome, mais plutôt une norme qui sous-tend des règles de droit particulières, qui se manifeste dans ces règles et à laquelle on peut accorder plus ou moins d’importance

2 S.C.R. 229, at p. 249; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, at para. 124; R. M. Dworkin, “Is Law a System of Rules?”, in R. M. Dworkin, ed., *The Philosophy of Law* (1977), 38, at p. 47. It is a standard that helps to understand and develop the law in a coherent and principled way.

[65] The organizing principle of good faith exemplifies the notion that, in carrying out his or her own performance of the contract, a contracting party should have appropriate regard to the legitimate contractual interests of the contracting partner. While “appropriate regard” for the other party’s interests will vary depending on the context of the contractual relationship, it does not require acting to serve those interests in all cases. It merely requires that a party not seek to undermine those interests in bad faith. This general principle has strong conceptual differences from the much higher obligations of a fiduciary. Unlike fiduciary duties, good faith performance does not engage duties of loyalty to the other contracting party or a duty to put the interests of the other contracting party first.

[66] This organizing principle of good faith manifests itself through the existing doctrines about the types of situations and relationships in which the law requires, in certain respects, honest, candid, forthright or reasonable contractual performance. Generally, claims of good faith will not succeed if they do not fall within these existing doctrines. But we should also recognize that this list is not closed. The application of the organizing principle of good faith to particular situations should be developed where the existing law is found to be wanting and where the development may occur incrementally in a way that is consistent with the structure of the common law of contract and gives due weight to the importance of private ordering and certainty in commercial affairs.

[67] This approach is consistent with that taken in the case of unjust enrichment. McLachlin J. outlined

selon chaque situation : voir, p. ex., *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 249; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 124; R. M. Dworkin, « Is Law a System of Rules? », dans R. M. Dworkin, dir., *The Philosophy of Law* (1977), 38, p. 47. Il s’agit d’une norme qui aide à comprendre et à élaborer le droit de façon cohérente et rationnelle.

[65] Le principe directeur de bonne foi montre bien que la partie contractante, lorsqu’elle exécute ses obligations contractuelles, devrait prendre en compte comme il se doit les intérêts légitimes de son partenaire contractuel. Même si la « prise en compte comme il se doit » des intérêts de l’autre partie variera en fonction du contexte de la relation contractuelle, elle n’oblige pas la partie à servir ces intérêts dans tous les cas. Elle exige simplement que la partie ne cherche pas de mauvaise foi à nuire à ces intérêts. Ce principe général présente des différences conceptuelles marquées par rapport aux obligations beaucoup plus rigoureuses du fiduciaire. Contrairement aux obligations qui incombent au fiduciaire, l’exécution de bonne foi ne fait pas entrer en jeu les devoirs de loyauté envers l’autre partie contractante ou une obligation de veiller en priorité aux intérêts de l’autre partie contractante.

[66] Ce principe directeur de bonne foi se manifeste par les règles existantes portant sur les types de situations et de relations dans lesquelles la loi exige, à certains égards, une exécution contractuelle honnête, franche ou raisonnable. De façon générale, la notion de bonne foi ne sera pas retenue si elle ne cadre pas avec ces règles existantes. Toutefois, nous devrions aussi reconnaître que cette liste n’est pas exhaustive. L’application du principe directeur de bonne foi à des situations particulières devrait être élaborée lorsque les règles de droit existantes sont jugées insuffisantes et lorsque cette élaboration pourrait se faire graduellement d’une manière qui est compatible avec la structure du droit des contrats en common law et qui reconnaît toute son importance au choix personnel et à la stabilité dans les affaires commerciales.

[67] Cette approche est conforme à celle retenue dans le cas de l’enrichissement sans cause. La juge

the approach in *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at pp. 786 and 788:

This case presents the Court with the difficult task of mediating between, if not resolving, the conflicting views of the proper scope of the doctrine of unjust enrichment. It is my conclusion that we must choose a middle path; one which acknowledges the importance of proceeding on general principles but seeks to reconcile the principles with the established categories of recovery

The tri-partite principle of general application which this Court has recognized as the basis of the cause of action for unjust enrichment is thus seen to have grown out of the traditional categories of recovery. It is informed by them. It is capable, however, of going beyond them, allowing the law to develop in a flexible way as required to meet changing perceptions of justice.

[68] The flexible approach that was taken in *Peel* recognizes that “[a]t the heart of the doctrine of unjust enrichment, whether expressed in terms of the traditional categories of recovery or general principle, lies the notion of restoration of a benefit which justice does not permit one to retain”: p. 788. In that case, this Court further developed the law through application of an organizing principle without displacing the existing specific doctrines. This is what I propose to do with regards to the organizing principle of good faith.

[69] The approach of recognizing an overarching organizing principle but accepting the existing law as the primary guide to future development is appropriate in the development of the doctrine of good faith. Good faith may be invoked in widely varying contexts and this calls for a highly context-specific understanding of what honesty and reasonableness in performance require so as to give appropriate consideration to the legitimate interests of both contracting parties. For example, the general organizing principle of good faith would likely have different implications in the context of a long-term contract of mutual cooperation than it would in

McLachlin a énoncé l’approche dans l’arrêt *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 786 et 788 :

Notre tâche en l’espèce est difficile : elle consiste à concilier les points de vue opposés quant à la véritable portée de la doctrine de l’enrichissement sans cause ou même à régler ce conflit. Selon moi, il nous faut choisir un moyen terme qui reconnaît l’importance de se fonder sur les principes généraux mais qui cherche à réconcilier ces principes et les catégories de recouvrement . . .

L’on constate donc que le principe d’application générale à trois volets reconnu par notre Cour comme le fondement de l’action pour enrichissement sans cause procède des catégories traditionnelles de recouvrement. Ces catégories constituent l’essence du principe, quoique celui-ci puisse les déborder de manière à ce que le droit puisse évoluer avec la souplesse qui s’impose pour tenir compte des perceptions changeantes de la justice.

[68] L’approche souple adoptée dans *Peel* reconnaît qu’« [a]u cœur de la doctrine de l’enrichissement sans cause, qu’elle soit formulée en fonction des catégories traditionnelles de recouvrement ou qu’elle soit énoncée à titre de principe général, se trouve la notion de la restitution d’un avantage que la justice ne permet pas au bénéficiaire de conserver » : p. 788. Dans cette affaire, notre Cour a étoffé le droit par l’application d’un principe directeur sans modifier les règles spécifiques existantes. C’est ce que je propose de faire à l’égard du principe directeur de bonne foi.

[69] Pour élaborer la doctrine de la bonne foi, il convient de retenir l’approche qui consiste à reconnaître un principe directeur prépondérant tout en acceptant que les règles de droit existantes serviront de guide principal pour préciser ultérieurement le droit. Il est possible d’invoquer la bonne foi dans des contextes très divers, ce qui requiert une compréhension hautement contextuelle de ce qu’exige l’exécution d’une manière honnête et raisonnable de sorte qu’il soit tenu compte comme il se doit des intérêts légitimes des deux parties contractantes. Par exemple, les incidences de l’application du principe directeur général de bonne foi dans

a more transactional exchange: Swan and Adamski, at § 1.24; B. Dixon, “Common law obligations of good faith in Australian commercial contracts — a relational recipe” (2005), 33 *A.B.L.R.* 87.

[70] The principle of good faith must be applied in a manner that is consistent with the fundamental commitments of the common law of contract which generally places great weight on the freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest. In commerce, a party may sometimes cause loss to another — even intentionally — in the legitimate pursuit of economic self-interest: *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177, at para. 31. Doing so is not necessarily contrary to good faith and in some cases has actually been encouraged by the courts on the basis of economic efficiency: *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601, at para. 31. The development of the principle of good faith must be clear not to veer into a form of *ad hoc* judicial moralism or “palm tree” justice. In particular, the organizing principle of good faith should not be used as a pretext for scrutinizing the motives of contracting parties.

[71] Tying the organizing principle to the existing law mitigates the concern that any general notion of good faith in contract law will undermine certainty in commercial contracts. In my view, this approach strikes the correct balance between predictability and flexibility.

(v) Should There Be a New Duty?

[72] In my view, the objection to Can-Am’s conduct in this case does not fit within any of the existing situations or relationships in which duties of good faith have been found to exist. The relationship between Can-Am and Mr. Bhasin was not

le contexte d’un contrat de coopération mutuelle de longue durée seraient vraisemblablement différentes de celles qu’elle aurait dans le contexte d’un échange de nature plus transactionnelle : Swan et Adamski, § 1.24; B. Dixon, « Common law obligations of good faith in Australian commercial contracts — a relational recipe » (2005), 33 *A.B.L.R.* 87.

[70] Il convient d’appliquer le principe de la bonne foi d’une manière conforme aux engagements fondamentaux du droit des contrats en common law, lequel accorde généralement beaucoup de poids à la liberté des parties contractantes dans la poursuite de leur intérêt personnel. En matière commerciale, une partie peut parfois causer une perte à une autre partie — même de façon intentionnelle — dans la poursuite légitime d’intérêts économiques personnels : *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177, par. 31. Agir de la sorte n’entre pas nécessairement en contradiction avec la bonne foi et, dans certains cas, les tribunaux ont encouragé les parties à adopter cette attitude au nom de l’efficience économique : *Banque d’Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601, par. 31. L’évolution du principe de la bonne foi doit éviter clairement de se transformer en une forme de moralisme judiciaire ponctuel ou en une justice au cas par cas. Plus particulièrement, le principe directeur de bonne foi ne devrait pas servir de prétexte à un examen approfondi des intentions des parties contractantes.

[71] Le lien tissé entre le principe directeur et le droit existant atténue la crainte que l’introduction de toute notion générale de la bonne foi dans le droit des contrats compromette la stabilité dans les contrats commerciaux. À mon avis, cette approche établit un juste équilibre entre la prévisibilité et la souplesse.

(v) Faudrait-il créer une nouvelle obligation?

[72] À mon avis, le reproche à l’égard de la conduite de Can-Am ne cadre dans aucune des situations ou des relations à l’égard desquelles les obligations de bonne foi ont trouvé application. Il n’y avait pas entre Can-Am et M. Bhasin une

an employment or franchise relationship. Classifying the decision not to renew the contract as a contractual discretion would constitute a significant expansion of the decided cases under that type of situation. After all, a party almost always has some amount of discretion in how to perform a contract. It would also be difficult to say that a duty of good faith should be implied in this case on the basis of the intentions of the parties given the clear terms of an entire agreement clause in the Agreement. The key question before the Court, therefore, is whether we ought to create a new common law duty under the broad umbrella of the organizing principle of good faith performance of contracts.

[73] In my view, we should. I would hold that there is a general duty of honesty in contractual performance. This means simply that parties must not lie or otherwise knowingly mislead each other about matters directly linked to the performance of the contract. This does not impose a duty of loyalty or of disclosure or require a party to forego advantages flowing from the contract; it is a simple requirement not to lie or mislead the other party about one's contractual performance. Recognizing a duty of honest performance flowing directly from the common law organizing principle of good faith is a modest, incremental step. The requirement to act honestly is one of the most widely recognized aspects of the organizing principle of good faith: see *Swan and Adamski*, at § 8.135; O'Byrne, "Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments", at p. 78; *Belobaba*; *Greenberg v. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755 (C.A.), at p. 764; *Gateway Realty*, at para. 38, *per Kelly J.*; *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533 (C.A.), at para. 69. For example, the duty of honesty was a key component of the good faith requirements which have been recognized in relation to termination of employment contracts: *Wallace*, at para. 98; *Honda Canada*, at para. 58.

relation d'emploi ou de franchise. Faire entrer la décision de ne pas renouveler le contrat dans la catégorie de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de nature contractuelle aurait pour effet d'élargir sensiblement la jurisprudence applicable à ce type de situation. Après tout, une partie dispose presque toujours d'une certaine marge de discrétion quant à sa façon d'exécuter un contrat. Il serait également difficile de prétendre qu'une obligation d'agir de bonne foi devrait en l'espèce découler implicitement de l'intention des parties étant donné la formulation limpide de la clause d'intégralité de l'entente dans leur contrat. La principale question soumise à la Cour est donc de savoir si nous devons créer une nouvelle obligation en common law au sein du vaste principe directeur de l'exécution de bonne foi des contrats.

[73] À mon avis, il le faut. Je concluais qu'il existe une obligation générale d'honnêteté applicable à l'exécution des contrats. Ce qui signifie simplement que les parties ne doivent pas se mentir ni autrement s'induire intentionnellement en erreur au sujet de questions directement liées à l'exécution du contrat. Cette obligation n'impose pas un devoir de loyauté ou de divulgation ni n'exige d'une partie qu'elle renonce à des avantages découlant du contrat; il s'agit d'une simple exigence faite à une partie de ne pas mentir à l'autre partie ni de la tromper au sujet de l'exécution de ses obligations contractuelles. La reconnaissance d'une obligation d'exécution honnête découlant directement du principe directeur de bonne foi en common law se veut une étape modeste élaborée de façon progressive. L'exigence d'agir honnêtement constitue l'un des aspects les plus largement reconnus du principe directeur de la bonne foi : voir *Swan et Adamski*, § 8.135; O'Byrne, « Good Faith in Contractual Performance : Recent Developments », p. 78; *Belobaba*; *Greenberg c. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755 (C.A.), p. 764; *Gateway Realty*, par. 38, le juge *Kelly*; *Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533 (C.A.), par. 69. Par exemple, le devoir d'honnêteté constituait un élément clef des exigences de bonne foi qui ont été reconnues en lien avec la résiliation des contrats de travail : *Wallace*, par. 98; *Honda Canada*, par. 58.

[74] There is a longstanding debate about whether the duty of good faith arises as a term implied as a matter of fact or a term implied by law: see *Mesa Operating*, at paras. 15-19. I do not have to resolve this debate fully, which, as I reviewed earlier, casts a shadow of uncertainty over a good deal of the jurisprudence. I am at this point concerned only with a new duty of honest performance and, as I see it, this should not be thought of as an implied term, but a general doctrine of contract law that imposes as a contractual duty a minimum standard of honest contractual performance. It operates irrespective of the intentions of the parties, and is to this extent analogous to equitable doctrines which impose limits on the freedom of contract, such as the doctrine of unconscionability.

[75] Viewed in this way, the entire agreement clause in cl. 11.2 of the Agreement is not an impediment to the duty arising in this case. Because the duty of honesty in contractual performance is a general doctrine of contract law that applies to all contracts, like unconscionability, the parties are not free to exclude it: see *CivicLife.com*, at para. 52.

[76] It is true that the Anglo-Canadian common law of contract has been reluctant to impose mandatory rules not based on the agreement of the parties, because they are thought to interfere with freedom of contract: see *Gateway Realty*, per Kelly J.; O’Byrne, “Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments”, at p. 95; Farnsworth, at pp. 677-78. As discussed above, however, the duty of honest performance interferes very little with freedom of contract, since parties will rarely expect that their contracts permit dishonest performance of their obligations.

[77] That said, I would not rule out any role for the agreement of the parties in influencing the scope of honest performance in a particular context. The

[74] La question de savoir si l’obligation d’agir de bonne foi résulte d’une condition implicite sur le plan des faits ou d’une condition implicite en droit suscite depuis longtemps les débats : voir *Mesa Operating*, par. 15-19. Je n’ai pas à trancher complètement ce débat qui, comme je l’ai déjà mentionné, laisse planer l’incertitude sur une bonne partie de la jurisprudence. À ce stade-ci, je m’intéresse uniquement à une nouvelle obligation d’exécution honnête qui, à mon avis, devrait être considérée non pas comme une condition implicite, mais comme une doctrine générale du droit des contrats imposant, à titre d’obligation contractuelle, une norme minimale d’exécution honnête du contrat. Cette obligation trouve application sans égard aux intentions des parties et, en ce sens, elle est analogue aux notions reconnues en *equity* qui imposent, comme la doctrine relative aux contrats abusifs, des limites à la liberté contractuelle.

[75] Vue sous cet angle, la clause d’intégralité de l’entente qui figure à la clause 11.2 du contrat ne constitue pas un obstacle à l’obligation dont il est question en l’espèce. Parce que le devoir d’honnêteté en matière d’exécution contractuelle est une doctrine générale du droit des contrats qui s’applique à tous les contrats, comme celle relative aux contrats abusifs, les parties n’ont pas la faculté de l’exclure : voir *CivicLife.com*, par. 52.

[76] Certes, le droit des contrats en common law anglo-canadienne s’est montré peu disposé à imposer des règles obligatoires qui ne sont pas issues de l’entente entre les parties parce qu’elles sont considérées comme étant une atteinte à la liberté contractuelle : voir *Gateway Realty*, le juge Kelly; O’Byrne, « Good Faith in Contractual Performance : Recent Developments », p. 95; Farnsworth, p. 677-678. Comme je l’ai mentionné précédemment, toutefois, l’obligation d’exécution honnête porte très peu atteinte à la liberté contractuelle puisque les parties ne s’attendent que très peu souvent à ce que leurs contrats les autorisent à exécuter leurs obligations de façon malhonnête.

[77] Cela dit, je n’écarterais pas d’emblée la possibilité que l’accord des parties puisse influencer la portée de l’exécution honnête dans un contexte

precise content of honest performance will vary with context and the parties should be free in some contexts to relax the requirements of the doctrine so long as they respect its minimum core requirements. The approach I outline here is similar in principle to that in § 1-302(b) of the U.C.C. (2012):

The obligations of good faith, diligence, reasonableness, and care . . . may not be disclaimed by agreement. The parties, by agreement, may determine the standards by which the performance of those obligations is to be measured if those standards are not manifestly unreasonable.

[78] Certainly, any modification of the duty of honest performance would need to be in express terms. A generically worded entire agreement clause such as cl. 11.2 of the Agreement does not indicate any intention of the parties to depart from the basic tenets of honest performance: see *GEC Marconi Systems Pty Ltd. v. BHP Information Technology Pty Ltd.*, [2003] FCA 50 (AustLII), at para. 922, *per* Finn J.; see also O’Byrne, “Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments”, at p. 96.

[79] Two arguments are typically raised against an increased role for a duty of good faith in the law of contract: see Bridge; Clark; and Peden, “When Common Law Trumps Equity: the Rise of Good Faith and Reasonableness and the Demise of Unconscionability”. The first is that “good faith” is an inherently unclear concept that will permit *ad hoc* judicial moralism to undermine the certainty of commercial transactions. The second is that imposing a duty of good faith is inconsistent with the basic principle of freedom of contract. I do not have to decide here whether or not these points are valid in relation to a broad, generalized duty of good faith. However, they carry no weight in relation to adopting a rule of honest performance.

particulier. La teneur précise de l’exécution honnête variera selon le contexte, et les parties devraient, en certaines circonstances, être libres d’assouplir les exigences de la doctrine dès lors qu’elles en respectent les exigences minimales essentielles. L’approche que j’expose ici est similaire en principe à celle énoncée comme suit au § 1-302(b) du U.C.C. (2012) :

[TRADUCTION] Les obligations de bonne foi, de diligence et de raisonabilité [. . .] ne peuvent être écartées d’un commun accord. Les parties peuvent cependant définir d’un commun accord les normes servant à déterminer la mesure dans laquelle ces obligations sont exécutées, si ces normes ne sont pas manifestement déraisonnables.

[78] Certes, la teneur de l’obligation d’honnêteté ne pourrait être modifiée qu’en termes explicites. Une clause d’intégralité de l’entente formulée en termes génériques comme celle énoncée à la clause 11.2 du contrat n’offre aucune indication que les parties voulaient écarter les préceptes fondamentaux de l’exécution honnête : voir *GEC Marconi Systems Pty Ltd. c. BHP Information Technology Pty Ltd.*, [2003] FCA 50 (AustLII), par. 922, le juge Finn; voir également O’Byrne, « Good Faith in Contractual Performance : Recent Developments », p. 96.

[79] Deux arguments sont habituellement soulevés à l’encontre d’un rôle accru de l’obligation d’agir de bonne foi en droit des contrats : voir Bridge; Clark; et Peden, « When Common Law Trumps Equity : the Rise of Good Faith and Reasonableness and the Demise on Unconscionability ». Selon le premier, la « bonne foi » est une notion intrinsèquement ambiguë qui permet de façon ponctuelle au moralisme judiciaire de miner la stabilité des opérations commerciales. Selon le deuxième argument, l’imposition d’une obligation d’agir de bonne foi n’est pas conforme au principe fondamental de la liberté contractuelle. Je n’ai pas à décider en l’espèce de la validité de ces arguments au regard d’une obligation d’agir de bonne foi élargie et généralisée. Toutefois, ils n’ont aucune valeur qui ferait obstacle à l’adoption d’une règle d’exécution honnête.

[80] Recognizing a duty of honesty in contract performance poses no risk to commercial certainty in the law of contract. A reasonable commercial person would expect, at least, that the other party to a contract would not be dishonest about his or her performance. The duty is also clear and easy to apply. Moreover, one commentator points out that given the uncertainty that has prevailed in this area, cautious solicitors have long advised clients to take account of the requirements of good faith: W. Grover, “A Solicitor Looks at Good Faith in Commercial Transactions”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends* (1985), 93, at pp. 106-7. A rule of honest performance in my view will promote, not detract from, certainty in commercial dealings.

[81] Any interference by the duty of honest performance with freedom of contract is more theoretical than real. It will surely be rare that parties would wish to agree that they may be dishonest with each other in performing their contractual obligations.

[82] Those who fear that this modest step would create uncertainty or impede freedom of contract may take comfort from experience of the civil law of Quebec and the common and statute law of many jurisdictions in the United States.

[83] The *Civil Code of Québec* recognizes a broad duty of good faith which extends to the formation, performance and termination of a contract and includes the notion of the abuse of contractual rights: see arts. 6, 7 and 1375. While this is not the place to expound in detail on good faith in the Quebec civil law, it is worth noting that good faith is seen as having two main aspects. The first is the subjective aspect, which is concerned with the state of mind of the actor, and addresses conduct that is, for example, malicious or intentional. The second is the objective aspect which is concerned with whether conduct is unacceptable according to the

[80] La reconnaissance d’une obligation d’honnêteté en matière d’exécution d’un contrat ne pose aucun risque pour la stabilité commerciale en droit des contrats. Un commerçant raisonnable s’attendrait à tout le moins à ce que l’autre partie à un contrat ne soit pas malhonnête dans son exécution du contrat. L’obligation est également claire et d’application simple. De plus, un auteur souligne qu’étant donné l’instabilité qui prévaut dans ce domaine, les avocats prudents ont depuis longtemps avisé leurs clients de prendre en compte les exigences de la bonne foi : W. Grover, « A Solicitor Looks at Good Faith in Commercial Transactions », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law : Recent Developments and Emerging Trends* (1985), 93, p. 106-107. À mon avis, l’adoption d’une règle d’exécution honnête favorisera, plutôt qu’elle écartera, la stabilité des opérations commerciales.

[81] La possibilité que l’obligation d’exécution honnête porte atteinte à la liberté contractuelle est plus théorique que concrète. Rarement verra-t-on que les parties à un contrat veuillent accepter l’exécution malhonnête du contrat par l’autre partie.

[82] Le droit civil appliqué au Québec ainsi que la common law et les lois de plusieurs États américains peuvent rassurer les personnes qui craignent que cette modeste initiative puisse engendrer l’instabilité ou faire obstacle à la liberté contractuelle.

[83] Le *Code civil du Québec* reconnaît une obligation générale de bonne foi qui s’applique à la formation, à l’exécution et à l’expiration d’un contrat et qui englobe la notion d’abus de droits contractuels : voir les art. 6, 7 et 1375. Bien qu’il ne soit pas opportun d’exposer ici en détail la notion de bonne foi en droit civil québécois, il convient de noter qu’on relève dans la bonne foi deux aspects principaux. Le premier est subjectif et a trait à l’état d’esprit de l’acteur; il examine la conduite qui est, par exemple, malicieuse ou intentionnelle. Le deuxième, l’aspect objectif, pose la question de savoir si la conduite est inacceptable en regard des

standards of reasonable people. As J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin explain, [TRANSLATION] “a person can be in good faith (in the subjective sense), that is, act without malicious intent or without knowledge of certain facts, yet his or her conduct may nevertheless be contrary to the requirements of good faith in that it violates objective standards of conduct that are generally accepted in society”: *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at para. 132. The notion of good faith includes (but is not limited to) the requirement of honesty in performing the contract: *ibid.*, at para. 161; *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429, at p. 436.

[84] In the United States, § 1-304 of the U.C.C. provides that “[e]very contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement.” The U.C.C. has been enacted by legislation in all 50 states. While the provisions of the U.C.C. apply only to commercial contracts, § 205 of the *Restatement (Second) of Contracts* (1981) provides for a general duty of good faith in all contracts. This provision of the *Restatement* has been followed by courts in the vast majority of states. The notion of “good faith” in the *Restatement* substantially followed the definition proposed by Robert Summers in an influential article, where he proposed that “good faith” is best understood as an “excluder” of various categories of bad faith conduct: p. 206; see § 205, comment a. The general definition of “good faith” in the U.C.C. is also quite broad, encompassing honesty and adherence to “reasonable commercial standards”: § 1-201(b)(20). This definition was originally limited to “honesty in fact”, that is, a duty of honesty in performance, and was only later expanded: A. D. Miller and R. Perry, “Good Faith Performance” (2013), 98 *Iowa L. Rev.* 689, at pp. 719-20. Honesty in performance is also a key component of “good faith” under the *Restatement*: § 205, comments a and d.

normes d’une personne raisonnable. Comme l’expliquent J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, « une personne peut être de bonne foi (au sens subjectif), c’est-à-dire ne pas agir de façon malicieuse ou agir dans l’ignorance de certains faits, et aller tout de même à l’encontre des exigences de la bonne foi, soit en violant des normes de comportement objectives et généralement admises dans la société » : *Les obligations* (7^e éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, par. 132. La notion de bonne foi comprend (notamment) l’exigence de l’honnêteté en matière d’exécution du contrat : *ibid.*, par. 161; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, p. 436.

[84] Aux États-Unis, le § 1-304 du U.C.C. prévoit que [TRADUCTION] « [c]haque contrat ou obligation que vise le Uniform Commercial Code impose dans son exécution et son application une obligation d’agir de bonne foi. » Le U.C.C. a été adopté en tant que mesure législative par l’ensemble des 50 États. Bien que ses dispositions ne s’appliquent qu’aux contrats commerciaux, le § 205 du *Restatement (Second) of Contracts* (1981) établit une obligation générale d’agir de bonne foi applicable à tous les contrats. Cette disposition du *Restatement* a été entérinée par les tribunaux dans la grande majorité des États. La notion de « bonne foi » utilisée dans le *Restatement* reproduit essentiellement celle que propose Robert Summers dans un article important, où il a fait valoir que la « bonne foi » s’entend essentiellement d’un [TRADUCTION] « agent d’exclusion » de diverses catégories de conduite de mauvaise foi : p. 206; voir § 205, commentaire a. La définition générale de la « bonne foi » énoncée dans le U.C.C. est également assez large, englobant l’honnêteté et le respect de « normes commerciales raisonnables » : § 1-201(b)(20). Cette définition était initialement restreinte au concept de [TRADUCTION] « l’honnêteté de fait », soit une obligation d’honnêteté en matière d’exécution, et ce n’est qu’ultérieurement qu’elle a été élargie : A. D. Miller et R. Perry, « Good Faith Performance » (2013), 98 *Iowa L. Rev.* 689, p. 719-720. L’honnêteté en matière d’exécution est aussi un élément clef de la « bonne foi » au sens du *Restatement* : § 205, commentaires a et d.

[85] Experience in Quebec and the United States shows that even very broad conceptions of the duty of good faith have not impeded contractual activity or contractual stability: see, e.g., J. Pineau, “La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière contractuelle?”, in *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard* (1998), 141. It is also worth noting that in both the United States and Quebec, judicial developments preceded legislative action in codifying good faith. In the United States, courts had recognized the existence of a general duty of good faith before the promulgation of the U.C.C.: see, e.g., *Kirke La Shelle Co. v. Armstrong Co.*, 263 N.Y. 79 (1933). Similarly, though there was no express provision of “good faith” in the *Civil Code of Lower Canada*, the Court implied such a general duty from more specific provisions of the *Code*: see *National Bank of Canada v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554. The duty of good faith was subsequently included in the revisions leading to the enactment of the *Civil Code of Québec*.

[86] The duty of honest performance that I propose should not be confused with a duty of disclosure or of fiduciary loyalty. A party to a contract has no general duty to subordinate his or her interest to that of the other party. However, contracting parties must be able to rely on a minimum standard of honesty from their contracting partner in relation to performing the contract as a reassurance that if the contract does not work out, they will have a fair opportunity to protect their interests. That said, a dealership agreement is not a contract of utmost good faith (*uberrimae fidei*) such as an insurance contract, which among other things obliges the parties to disclose material facts: *Whiten*. But a clear distinction can be drawn between a failure to disclose a material fact, even a firm intention to end the contractual arrangement, and active dishonesty.

[85] L’expérience vécue au Québec et aux États-Unis montre que même des conceptions très larges de l’obligation d’agir de bonne foi n’ont pas entravé l’activité ou la stabilité contractuelles : voir, p. ex., J. Pineau, « La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière contractuelle? », dans *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard* (1998), 141. Il convient également de souligner qu’aux États-Unis comme au Québec, les développements judiciaires ont précédé les mesures législatives qui ont codifié la bonne foi. Aux États-Unis, les tribunaux avaient reconnu l’existence d’une obligation générale d’agir de bonne foi avant la promulgation du U.C.C. : voir, p. ex., *Kirke La Shelle Co. c. Armstrong Co.*, 263 N.Y. 79 (1933). De même, bien qu’il n’existait pas de disposition explicite traitant de la « bonne foi » dans le *Code civil du Bas-Canada*, notre Cour a déduit une obligation générale de cette nature d’autres dispositions plus spécifiques du *Code* : voir *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554. L’obligation d’agir de bonne foi a été introduite ultérieurement dans les révisions menant à l’entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.

[86] L’obligation d’exécution honnête que je propose ne devrait pas être confondue avec l’obligation de divulgation ni avec celle de loyauté qui incombe au fiduciaire. Une partie contractante n’est pas généralement tenue de subordonner ses intérêts à ceux de l’autre partie. Les parties contractantes doivent toutefois pouvoir s’attendre à ce que leur partenaire contractant respecte une norme minimale d’honnêteté en ce qui a trait à l’exécution du contrat, de sorte que s’il n’est pas donné suite au contrat, elles auront l’assurance d’une possibilité raisonnable de protéger leurs intérêts. Cela dit, un contrat de distribution ne constitue pas un contrat exigeant la bonne foi la plus absolue (*uberrimae fidei*) comme c’est le cas d’un contrat d’assurance, lequel oblige notamment les parties à divulguer des faits importants : *Whiten*. Or, il est possible d’établir une nette distinction entre l’omission de déclarer un fait important, même s’il s’agit de la ferme intention de mettre fin à un contrat, et la conduite malhonnête.

[87] This distinction explains the result reached by the court in *United Roasters, Inc. v. Colgate-Palmolive Co.*, 649 F.2d 985 (4th Cir. 1981). The terminating party had decided in advance of the required notice period that it was going to terminate the contract. The court held that no disclosure of this intention was required other than what was stipulated in the notice requirement. The court stated:

. . . there is very little to be said in favor of a rule of law that good faith requires one possessing a right of termination to inform the other party promptly of any decision to exercise the right. A tenant under a month-to-month lease may decide in January to vacate the premises at the end of September. It is hardly to be suggested that good faith requires the tenant to inform the landlord of his decision soon after January. Though the landlord may have found earlier notice convenient, formal exercise of the right of termination in August will do. [pp. 989-90]

United Roasters makes it clear that there is no unilateral duty to disclose information relevant to termination. But the situation is quite different, as I see it, when it comes to actively misleading or deceiving the other contracting party in relation to performance of the contract.

[88] The duty of honest performance has similarities with the existing law in relation to civil fraud and estoppel, but it is not subsumed by them. Unlike promissory estoppel and estoppel by representation, the contractual duty of honest performance does not require that the defendant intend that his or her representation be relied on and it is not subject to the uncertainty around whether estoppel can be used to found an independent cause of action: *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53, at para. 5; *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50; Waddams, *The Law of Contracts*, at paras. 195-203; B. MacDougall, *Estoppel* (2012), at pp. 142-44. As for the tort of civil fraud, breach of the duty of honest contractual performance does not require the defendant to intend that the false statement be relied on, and breach

[87] Cette distinction explique le résultat auquel est parvenu le tribunal dans l'affaire *United Roasters, Inc. c. Colgate-Palmolive Co.*, 649 F.2d 985 (4th Cir. 1981). La partie qui a mis fin au contrat avait décidé antérieurement à la période de préavis requise qu'elle allait mettre fin au contrat. Le tribunal a conclu qu'aucune divulgation de cette intention autre que celle prévue dans les dispositions exigeant l'avis n'était requise. Le tribunal a statué comme suit :

[TRADUCTION] . . . il y a très peu à dire au soutien d'une règle de droit suivant laquelle la bonne foi exige d'une personne disposant d'un droit de mettre fin à un contrat qu'elle avise promptement l'autre partie de sa décision d'exercer ce droit. Un locataire dont le bail est reconduit sur une base mensuelle peut décider en janvier de quitter les lieux loués à la fin du mois de septembre. On ne saurait prétendre que la bonne foi exige du locataire qu'il avise le propriétaire de sa décision peu après le mois de janvier. Le propriétaire aurait certes pu trouver commode de recevoir un avis plus hâtif, mais l'exercice en bonne et due forme du droit de mettre fin au contrat en août conviendra. [p. 989-990]

L'arrêt *United Roasters* indique clairement qu'il n'existe pas d'obligation unilatérale de divulgation de renseignements lorsqu'il s'agit de mettre fin au contrat. Or, la situation est assez différente, à mon avis, lorsqu'il s'agit d'induire en erreur ou de tromper activement l'autre partie contractante au sujet de l'exécution du contrat.

[88] L'obligation d'honnêteté en matière d'exécution offre des similitudes avec le droit applicable à la fraude civile et à la préclusion, sans toutefois être subsumée sous ces notions. Contrairement à la préclusion promissoire et à la préclusion par assertion de fait, l'obligation d'honnêteté en matière d'exécution n'exige pas que le défendeur ait l'intention qu'une personne se fonde sur ses déclarations et elle n'est pas sujette à l'incertitude entourant la question de savoir si la préclusion peut servir de fondement à une cause d'action indépendante : *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53, par. 5; *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50; Waddams, *The Law of Contracts*, par. 195-203; B. MacDougall, *Estoppel* (2012), p. 142-144. Quant au délit de fraude civile, le manquement à l'obligation d'honnêteté en

of it supports a claim for damages according to the contractual rather than the tortious measure: see, e.g., *Parna v. G. & S. Properties Ltd.*, [1971] S.C.R. 306, cited with approval in *Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, 2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126, at para. 19.

[89] Mr. Bhasin, supported by many judicial and academic authorities, has argued for wholesale adoption of a more expansive duty of good faith in contrast to the modest, incremental change that I propose: A.F., at para. 51; Summers, at p. 206; Belobaba; *Gateway Realty*. In many of its manifestations, good faith requires more than honesty on the part of a contracting party. For example, in *Dynamic Transport*, this Court held that good faith in the context of that contract required a party to take reasonable steps to obtain the planning permission that was a condition precedent to a sale of property. In other cases, the courts have required that discretionary powers not be exercised in a manner that is “capricious” or “arbitrary”: *Mason*, at p. 487; *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1 (C.A.), at p. 7. In other contexts, this Court has been reluctant to extend the requirements of good faith beyond honesty for fear of causing undue judicial interference in contracts: *Wallace*, at para. 76.

[90] It is not necessary in this case to define in general terms the limits of the implications of the organizing principle of good faith. This is because it is unclear to me how any broader duty would assist Mr. Bhasin here. After all, the contract was subject to non-renewal. It is a considerable stretch, as I see it, to turn even a broadly conceived duty of good faith exercise of the non-renewal provision into what is, in effect, a contract of indefinite duration. This in my view is the principal difficulty in the trial judge’s reasoning because, in the result,

matière d’exécution contractuelle n’exige pas que le défendeur ait l’intention qu’une personne s’appuie sur la fausse déclaration, et le manquement à cette obligation justifie une réclamation en dommages-intérêts fondée sur la disposition contractuelle plutôt que sur l’acte délictuel : voir, p. ex., *Parna c. G. & S. Properties Ltd.*, [1971] R.C.S. 306, cité avec approbation dans l’arrêt *Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak*, 2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126, par. 19.

[89] Monsieur Bhasin, invoquant une jurisprudence et une doctrine abondantes, a plaidé en faveur de l’adoption en bloc d’une obligation d’agir de bonne foi plus rigoureuse par opposition à la modification modeste et évolutive que je propose : m.a., par. 51; Summers, p. 206; Belobaba; *Gateway Realty*. Dans bon nombre de ses manifestations, la bonne foi exige davantage que de l’honnêteté de la part d’une partie contractante. Par exemple, dans l’arrêt *Dynamic Transport*, la Cour a jugé que la bonne foi dans le contexte du contrat en cause exigeait d’une partie qu’elle prenne des mesures raisonnables pour obtenir l’autorisation de lotir, laquelle constituait une condition préalable à la vente d’un bien-fonds. Dans d’autres affaires, les tribunaux ont exigé que l’exercice de pouvoirs discrétionnaires ne soit pas fait de façon [TRADUCTION] « capricieuse » ni « arbitraire » : *Mason*, p. 487; *LeMesurier c. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1 (C.A.), p. 7. Dans d’autres contextes, la Cour s’est montrée peu disposée à appliquer les exigences de la bonne foi au-delà de l’honnêteté par crainte que les tribunaux s’ingèrent de manière injustifiée dans les contrats : *Wallace*, par. 76.

[90] Il n’est pas nécessaire en l’espèce de définir dans les grandes lignes les limites de l’incidence du principe directeur de la bonne foi. Cela s’explique du fait que je vois mal en quoi une obligation plus large serait en l’espèce d’un quelconque secours pour M. Bhasin. Après tout, le contrat était assujéti à une clause de non-renouvellement. Il serait exagéré, à mon avis, de se servir d’une disposition de non-renouvellement qui bénéficie d’une application large de l’obligation d’agir de bonne foi pour donner au contrat une durée indéterminée. Il s’agit, selon

her decision turned a three year contract that was subject to an express provision relating to non-renewal into a contract of roughly nine years' duration. As the Court of Appeal pointed out, in my view correctly, "[t]he parties did not intend or presume a perpetual contract, as they contracted that either party could unilaterally cause it to expire on any third anniversary": para. 32. Even if there were a breach of a broader duty of good faith by forcing the merger, Can-Am's contractual liability would still have to be measured by reference to the least onerous means of performance, which in this case would have meant simply not renewing the contract. Since no damages flow from this breach, it is unnecessary to decide whether reliance on a discretionary power to achieve a purpose extraneous to the contract and which undermined one of its key objectives might call for further development under the organizing principle of good faith contractual performance.

[91] I note as well that, even in jurisdictions that embrace a broader role for the duty of good faith, plaintiffs have met with only mixed success in alleging bad faith failure to renew a contract. Some cases have treated non-renewal as equivalent to termination and thus subject to a duty of good faith: *Shell Oil Co. v. Marinello*, 294 A.2d 253 (N.J. Super. Ct. 1972), aff'd 307 A.2d 598 (N.J. 1973); *Atlantic Richfield Co. v. Razumic*, 390 A.2d 736 (Pa. 1978), at pp. 741-42. Other courts have seen non-renewal as fundamentally different, especially where the express terms of the contract contemplate the expiry of contractual obligations and leave no room for any sort of duty to renew: *J.H. Westerbeke Corp. v. Onan Corp.*, 580 F.Supp. 1173 (D. Mass. 1984), at p. 1184; *Pitney-Bowes, Inc. v. Mestre*, 517 F.Supp. 52 (S.D. Fla. 1981), cert. denied, 464 U.S. 893 (1983).

moi, de la difficulté principale que pose le raisonnement de la juge de première instance parce qu'au bout du compte sa décision a transformé un contrat de trois ans, assujetti à une disposition expresse de non-renouvellement, en un contrat d'une durée approximative de neuf ans. Comme la Cour d'appel l'a souligné, à juste titre selon moi, [TRADUCTION] « [I]es parties n'avaient pas l'intention de conclure un contrat perpétuel, ni ne l'avaient-elles présumé, vu qu'elles ont stipulé que l'une ou l'autre d'entre elles pourrait y mettre fin unilatéralement à chaque troisième anniversaire » : par. 32. Même si la fusion imposée constituait une violation d'une obligation d'agir de bonne foi de portée plus large, il faudrait encore mesurer la responsabilité contractuelle de Can-Am en fonction du mode d'exécution le moins contraignant, soit en l'espèce simplement un non-renouvellement du contrat. Étant donné que cette violation ne cause aucun dommage, il n'est pas nécessaire de décider si le fait de s'appuyer sur un pouvoir discrétionnaire pour atteindre un objectif étranger au contrat, et qui minait un des objectifs importants du contrat, pourrait appeler un élargissement du principe directeur de la bonne foi dans l'exécution des contrats.

[91] Je signale également que même dans les ressorts qui accordent un rôle plus important à l'obligation d'agir de bonne foi, les demandeurs n'ont pas toujours obtenu gain de cause lorsqu'ils ont allégué le non-renouvellement de mauvaise foi d'un contrat. Dans certaines affaires, le tribunal a jugé que le non-renouvellement équivalait à une résiliation et, par conséquent, était assujetti à une obligation d'agir de bonne foi : *Shell Oil Co. c. Marinello*, 294 A.2d 253 (N.J. Super. Ct. 1972), conf. par 307 A.2d 598 (N.J. 1973); *Atlantic Richfield Co. c. Razumic*, 390 A.2d 736 (Pa. 1978), p. 741-742. D'autres tribunaux ont considéré le non-renouvellement comme étant fondamentalement différent, surtout lorsque les conditions expresses du contrat prévoient l'expiration des obligations contractuelles et ne laissent aucune place à une obligation de renouvellement de quelque type que ce soit : *J.H. Westerbeke Corp. c. Onan Corp.*, 580 F.Supp. 1173 (D. Mass. 1984), p. 1184; *Pitney-Bowes, Inc. c. Mestre*, 517 F.Supp. 52 (S.D. Fla. 1981), cert. refusé, 464 U.S. 893 (1983).

[92] I conclude that at this point in the development of Canadian common law, adding a general duty of honest contractual performance is an appropriate incremental step, recognizing that the implications of the broader, organizing principle of good faith must be allowed to evolve according to the same incremental judicial approach.

[93] A summary of the principles is in order:

(1) There is a general organizing principle of good faith that underlies many facets of contract law.

(2) In general, the particular implications of the broad principle for particular cases are determined by resorting to the body of doctrine that has developed which gives effect to aspects of that principle in particular types of situations and relationships.

(3) It is appropriate to recognize a new common law duty that applies to all contracts as a manifestation of the general organizing principle of good faith: a duty of honest performance, which requires the parties to be honest with each other in relation to the performance of their contractual obligations.

(3) Application

[94] The trial judge made a clear finding of fact that Can-Am “acted dishonestly toward Bhasin in exercising the non-renewal clause”: para. 261; see also para. 271. There is no basis to interfere with that finding on appeal. It follows that Can-Am breached its duty to perform the Agreement honestly.

[95] The immediate dispute in this case centred on the non-renewal clause contained in cl. 3.3 of the 1998 Agreement which Mr. Bhasin entered into in November 1998. It provided that the Agreement was for a three-year term and would be automatically renewed unless one of the parties gave notice to the

[92] Je conclus qu’à ce stade de l’évolution de la common law au Canada, l’ajout d’une obligation générale d’honnêteté en matière d’exécution contractuelle constitue une mesure progressive appropriée, tout en reconnaissant que le principe directeur de la bonne foi, de portée plus large, doit pouvoir continuer d’évoluer en fonction de la même approche judiciaire progressive.

[93] Il convient ici de résumer ces principes :

(1) Il existe un principe directeur général de bonne foi sous-jacent à de nombreux aspects du droit des contrats.

(2) De façon générale, il est possible de dégager les incidences particulières de l’application du principe général à des cas précis en s’appuyant sur l’ensemble de la doctrine qui a été élaborée et qui donne effet aux aspects de ce principe dans des types particuliers de situations et de relations.

(3) Il convient de reconnaître une nouvelle obligation en common law qui s’applique à tous les contrats en tant que manifestation du principe directeur général de bonne foi : une obligation d’exécution honnête qui oblige les parties à faire preuve d’honnêteté l’une envers l’autre dans le cadre de l’exécution de leurs obligations contractuelles.

(3) Application

[94] La juge de première instance a tiré une conclusion de fait claire selon laquelle Can-Am [TRADUCTION] « a agi malhonnêtement envers M. Bhasin en recourant à la clause de non-renouvellement » : par. 261; voir également par. 271. Aucune raison ne permet de modifier cette conclusion en appel. Il s’ensuit que Can-Am a violé son obligation d’exécution honnête du contrat.

[95] Le litige en l’espèce reposait principalement sur la clause de non-renouvellement énoncée à la clause 3.3 du contrat de 1998 signé par M. Bhasin en novembre 1998. Il y était prévu que la durée du contrat était de trois ans et qu’il serait automatiquement renouvelé, à moins qu’une des parties ne

contrary at least six months before the end of the initial or any renewed term:

3.3 The term of this Agreement shall be for a period of three years from the date hereof (the “Initial Term”) and thereafter shall be automatically renewed for successive three year periods (a “Renewal Term”), subject to earlier termination as provided for in section 8 hereof, unless either [Can-Am] or the Enrollment Director notifies the other in writing at least six months prior to expiry of the Initial Term or any Renewal Term that the notifying party desires expiry of the Agreement, in which event the Agreement shall expire at the end of such Initial Term or Renewal Term, as applicable.

[96] The factual matrix in which the judge made her finding of dishonest performance is complicated and I will only outline it in very broad terms in order to put that finding in context. There were two main interrelated story lines.

[97] The first concerns Mr. Hrynew’s persistent attempts to take over Mr. Bhasin’s market through a merger — in effect a takeover by him of Mr. Bhasin’s agency. The second concerns the difficulties, beginning in early April 1999, that Can-Am was having with the Alberta Securities Commission, which regulated its business and its enrollment directors in Alberta. The Commission insisted that Can-Am appoint a full-time employee to be a PTO responsible for compliance with Alberta securities law. Can-Am ultimately appointed Mr. Hrynew, with the result that he would audit his competitor agencies, including Mr. Bhasin’s, and therefore have access to their confidential business information. Mr. Bhasin’s refusal to allow Mr. Hrynew access to this information led to the final confrontation with Can-Am and its giving notice of non-renewal in May 2001. Can-Am, for its part, wanted to force a merger of the Bhasin agency under the Hrynew agency, effectively giving Mr. Bhasin’s business to Mr. Hrynew. It was in the context of this situation that the trial judge made her findings of dishonesty on the part of Can-Am.

donne à l’autre un avis de non-renouvellement au moins six mois avant la fin de la durée initiale du contrat ou de la durée de son renouvellement :

[TRANSLATION] 3.3 La durée du présent contrat est de trois ans à compter de la date des présentes (la « durée initiale ») et il sera par la suite automatiquement renouvelé pour des périodes successives de trois ans (la « durée du renouvellement »), sous réserve de la possibilité d’y mettre fin plus tôt conformément à l’article 8 des présentes, sauf si [Can-Am] ou le directeur des souscriptions avise l’autre partie par écrit, au moins six mois avant l’expiration de la durée initiale ou de la durée du renouvellement, qu’il veut mettre fin au contrat, auquel cas le contrat expirera à la fin de la durée initiale ou de la durée du renouvellement, selon le cas.

[96] Le fondement factuel sur lequel la juge a conclu à une exécution malhonnête est complexe et je ne l’exposerai qu’en termes très généraux de façon à situer cette conclusion dans son contexte. Nous sommes en présence de deux scénarios intimement liés.

[97] Le premier a trait aux tentatives répétées de M. Hrynew de prendre le contrôle du marché de M. Bhasin au moyen d’une fusion; il visait en fait à prendre le contrôle de l’agence de M. Bhasin. Le deuxième concerne les difficultés qu’a eues Can-Am, à compter du début d’avril 1999, avec la Commission des valeurs mobilières de l’Alberta, laquelle régissait son entreprise ainsi que ses directeurs des souscriptions dans cette province. La Commission a insisté pour que Can-Am nomme un employé à temps plein au poste d’ACP chargé de veiller au respect des dispositions législatives de l’Alberta en matière de valeurs mobilières. Can-Am a finalement désigné M. Hrynew et l’a chargé d’effectuer la vérification des agences de ses concurrents, notamment celle de M. Bhasin; il aurait donc accès à leurs renseignements commerciaux de nature confidentielle. Le refus de M. Bhasin de donner à M. Hrynew accès à ces renseignements a mené à la confrontation ultime avec Can-Am et à l’avis de non-renouvellement qu’elle a donné à M. Bhasin en mai 2001. Can-Am, quant à elle, voulait forcer la fusion de l’agence de M. Bhasin à celle de M. Hrynew, ce qui dans les faits équivalait à donner à M. Hrynew l’entreprise de M. Bhasin. C’est dans ce contexte que la juge de première instance a conclu à la malhonnêteté de la part de Can-Am.

[98] The trial judge concluded that Can-Am acted dishonestly with Mr. Bhasin throughout the period leading up to its exercise of the non-renewal clause, both with respect to its own intentions and with respect to Mr. Hrynew's role as PTO. Her detailed findings amply support this overall conclusion.

[99] By early 2000, Can-Am was considering a significant reorganization of its activities in Alberta; by June of that year, it sent an organizational chart to the Commission showing that Mr. Bhasin's agency was to be merged under Mr. Hrynew's. But it had said nothing of this to Mr. Bhasin: trial reasons, at paras. 167-68. The trial judge found that these representations made by Can-Am to the Commission were clearly false if, as she concluded, they intended to refer to Mr. Bhasin: para. 246. She also found that Can-Am, by June 2000, was fearful that the Commission was going to pull its licence in Alberta and that it was prepared to do whatever it could to forestall that possibility. "However, it was not dealing honestly with [Mr.] Bhasin about the realities of the situation as [it] saw them": para. 246.

[100] In August 2000, Mr. Bhasin first heard of Can-Am's merger plans for him during a meeting with Can-Am's regional vice-president. But when questioned about Can-Am's intentions with respect to the merger, the official "equivocated" and did not tell him the truth that from Can-Am's perspective this was a "done deal". The trial judge concluded that the official was "not honest with [Mr.] Bhasin" at that meeting: para. 247.

[101] When Mr. Bhasin complained about Mr. Hrynew's conflict of interest in being both auditor and competitor, Can-Am in effect blamed the Commission, claiming that the Commission had rejected its proposal to appoint a third party PTO. This was not truthful. Can-Am failed to mention that it had proposed to appoint a non-resident of

[98] La juge de première instance a conclu que Can-Am avait agi malhonnêtement envers M. Bhasin pendant la période précédant le recours à la clause de non-renouvellement, en raison de ses propres intentions et du rôle joué par M. Hrynew en sa qualité d'ACP. Les motifs détaillés de la juge étaient amplement cette conclusion générale.

[99] Au début de l'année 2000, Can-Am envisageait une importante réorganisation de ses activités en Alberta; au mois de juin de la même année, elle a transmis à la Commission un organigramme indiquant que l'agence de M. Bhasin devait être fusionnée à celle de M. Hrynew. Mais elle n'en avait rien dit à M. Bhasin : motifs de première instance, par. 167-168. La juge de première instance a conclu que les déclarations faites par Can-Am à la Commission étaient clairement fausses si, comme elle l'a conclu, ces déclarations devaient concerner M. Bhasin : par. 246. La juge de première instance a également conclu que Can-Am craignait, dès le mois de juin 2000, que la Commission ne lui retire son permis en Alberta et que Can-Am était donc disposée à faire tout ce qui était en son pouvoir pour écarter cette possibilité. [TRADUCTION] « Elle n'a cependant pas été franche avec M. Bhasin parce qu'elle ne lui a pas fait part de la réalité de la situation, telle qu'elle la percevait » : par. 246.

[100] C'est au mois d'août 2000 que M. Bhasin a pour la première fois entendu parler des plans de fusion de Can-Am le concernant lors d'une réunion avec le vice-président régional de Can-Am. Interrogé sur les intentions de Can-Am en ce qui concernait la fusion, le représentant [TRADUCTION] « a tergiversé » et ne lui a pas dit la vérité, soit que, du point de vue de Can-Am, il s'agissait d'un « fait accompli ». La juge de première instance a conclu que le représentant n'avait pas été « honnête avec M. Bhasin » lors de cette rencontre : par. 247.

[101] Lorsque M. Bhasin s'est plaint du fait que M. Hrynew se trouvait en situation de conflit d'intérêts puisqu'il était à la fois le vérificateur et un concurrent, Can-Am a en fait blâmé la Commission en affirmant que cette dernière avait rejeté la proposition de Can-Am de désigner une tierce partie à titre d'ACP. Cette affirmation était fausse. Can-Am

Alberta who was clearly not qualified according to the Commission's criteria or that it had decided to appoint Mr. Hrynew even though he did not meet the Commission's criteria either: trial reasons, at paras. 195 and 221. It also misrepresented — repeatedly — to Mr. Bhasin that Mr. Hrynew was bound by duties of confidentiality and segregation of activities in the course of an audit, when in fact there was no such requirement. Can-Am did not even finalize its PTO contract with Mr. Hrynew until March 2001 and, notwithstanding its assurances to Mr. Bhasin, it failed to include such a provision in the contract: paras. 190-221. As the trial judge found, Can-Am “could not possibly have missed this honestly in the PTO agreement, given that [Mr. Bhasin's] very protests about [Mr.] Hrynew's appointment as PTO were about confidentiality and segregation of activities”: para. 221. The judge also found that Can-Am repeated these “lies” about Mr. Hrynew's supposed obligations of confidentiality even after the PTO agreement, without these protections, had been signed: para. 204.

[102] Can-Am pushed on with the requirement that Mr. Hrynew audit Mr. Bhasin's agency as if it were required to do so by the Commission even though it had arranged to have one of its employees conduct the audit of Mr. Hrynew's agency: trial reasons, at para. 198.

[103] As the trial judge found, this dishonesty on the part of Can-Am was directly and intimately connected to Can-Am's performance of the Agreement with Mr. Bhasin and its exercise of the non-renewal provision. I conclude that Can-Am breached the 1998 Agreement when it failed to act honestly with Mr. Bhasin in exercising the non-renewal clause.

a omis de mentionner qu'elle avait proposé la nomination d'une personne qui ne résidait pas en Alberta et qui ne remplissait clairement pas les conditions requises par la Commission, ou qu'elle avait décidé de nommer M. Hrynew, même s'il ne remplissait pas lui non plus les conditions de la Commission : motifs de première instance, par. 195 et 221. Can-Am a également, à plusieurs reprises, déclaré faussement à M. Bhasin que M. Hrynew était tenu à des obligations de confidentialité et de ségrégation des activités dans le cadre d'une vérification, alors qu'en fait, aucune exigence de cette nature n'existait. Can-Am n'a même pas arrêté les modalités du contrat pour la nomination de M. Hrynew au poste d'ACP avant le mois de mars 2001 et, en dépit des assurances données à M. Bhasin, elle a omis d'inclure au contrat des dispositions en ce sens : par. 190-221. Comme l'a conclu la juge de première instance, Can-Am [TRADUCTION] « n'aurait pas pu honnêtement passer sous silence cette lacune dans le contrat pour le poste d'ACP, étant donné que l'objet des protestations formulées par M. Bhasin concernant la nomination de M. Hrynew au poste d'ACP portait sur la confidentialité et la ségrégation des activités » : par. 221. La juge a aussi conclu que Can-Am avait repris ces « mensonges » au sujet des prétendues obligations de confidentialité de M. Hrynew, même après que les parties eurent signé le contrat pour le poste d'ACP, lequel ne contenait aucune de ces clauses de protection : par. 204.

[102] Can-Am a continué d'exiger que M. Hrynew procède à la vérification de l'agence de M. Bhasin, comme si cette exigence venait de la Commission, même si elle avait pris des mesures pour qu'un de ses propres employés effectue la vérification de l'agence de M. Hrynew : motifs de première instance, par. 198.

[103] Ainsi que l'a conclu la juge de première instance, la malhonnêteté de Can-Am était directement et intimement liée à son exécution du contrat conclu avec M. Bhasin et au recours à la clause de non-renouvellement. Je conclus que Can-Am a rompu le contrat de 1998 lorsqu'elle n'a pas agi honnêtement envers M. Bhasin en recourant à la clause de non-renouvellement.

C. *Liability for Civil Conspiracy and Inducing Breach of Contract*

[104] In light of this conclusion, I agree with the Court of Appeal's rejection of Mr. Bhasin's claims based on the torts of inducing breach of contract and unlawful means conspiracy.

[105] The trial judge specifically found that Mr. Hrynew did not encourage Can-Am to act dishonestly in its dealings with Mr. Bhasin and that Can-Am's dishonest conduct was not fairly attributable to Mr. Hrynew: paras. 271 and 287. It follows that Mr. Hrynew did not induce Can-Am's breach of its contractual duty of honest performance.

[106] The trial judge dismissed the claim for conspiracy to injure and there is no basis to interfere with that finding. However, the trial judge held the respondents liable for unlawful means conspiracy, with the unlawful means being the breach of contract and inducing breach of contract: para. 326. Because, in light of my conclusions, the only relevant breach of contract in this case is the breach of the duty of honest performance and there was no inducement of breach of contract, the only relevant unlawful means pertained to Can-Am alone and not Mr. Hrynew. Accordingly, there can be no liability for civil conspiracy: see *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427, at para. 43.

[107] I therefore agree with the result reached by the Court of Appeal that there could be no liability for inducing breach of contract or unlawful means conspiracy: para. 36. It follows that the claims against Mr. Hrynew were rightly dismissed.

D. *What Is the Appropriate Measure of Damages?*

[108] I have concluded that Can-Am's breach of contract consisted of its failure to be honest

C. *Responsabilité relative aux délits de complot civil et d'incitation à rupture de contrat*

[104] Compte tenu de cette conclusion, je souscris au rejet, par la Cour d'appel de l'Alberta, des allégations de M. Bhasin fondées sur les délits d'incitation à rupture de contrat et de complot prévoyant le recours à des moyens illégaux.

[105] La juge de première instance a expressément conclu que M. Hrynew n'avait pas encouragé Can-Am à agir malhonnêtement dans ses rapports avec M. Bhasin, et que la malhonnêteté de Can-Am ne pouvait en toute justice être attribuable à M. Hrynew : par. 271 et 287. Il s'ensuit que M. Hrynew n'a pas incité Can-Am à manquer à son obligation contractuelle d'exécution honnête.

[106] La juge de première instance a rejeté l'allégation de complot en vue de nuire et il n'y a aucune raison de modifier cette conclusion. La juge de première instance a cependant estimé que les intimés étaient responsables de complot prévoyant le recours à des moyens illégaux, la rupture du contrat et l'incitation à rupture de contrat constituant ces moyens frauduleux : par. 326. Vu mes conclusions, le manquement à l'obligation d'exécution honnête constitue l'unique rupture de contrat qui soit pertinente en l'espèce et il n'y a pas eu d'incitation à rupture de contrat. Le seul moyen frauduleux important ne concerne donc que Can-Am et non M. Hrynew. Par conséquent, la responsabilité pour complot civil ne peut être retenue : voir *Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427, par. 43.

[107] Je souscris donc à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle M. Hrynew n'est pas responsable du délit d'incitation à rupture de contrat ni du délit de complot prévoyant le recours à des moyens illégaux : par. 36. Il s'ensuit que les demandes contre M. Hrynew ont été à juste titre rejetées.

D. *Quel est le montant approprié des dommages-intérêts?*

[108] J'ai conclu que Can-Am avait rompu le contrat parce qu'elle n'a pas exécuté honnêtement

with Mr. Bhasin about its contractual performance and, in particular, with respect to its settled intentions with respect to renewal. It is therefore liable for damages calculated on the basis of what Mr. Bhasin's economic position would have been had Can-Am fulfilled that duty. While the trial judge did not assess damages on that basis given her different findings in relation to liability, she made findings that permit this Court to do so.

[109] The trial judge specifically held that but for Can-Am's dishonesty, Mr. Bhasin could have acted so as to "retain the value in his agency": paras. 258-59. In reaching this conclusion, the trial judge was well aware of the difficulties that Mr. Bhasin would have in selling his business given the "almost absolute controls" that Can-Am had on enrollment directors and that it owned the "book of business": para. 402. She also heard evidence and made findings about what the value of the business was, taking these limitations into account. These findings, in my view, permit us to assess damages on the basis that if Can-Am had performed the contract honestly, Mr. Bhasin would have been able to retain the value of his business rather than see it, in effect, expropriated and turned over to Mr. Hrynew.

[110] It is clear from the findings of the trial judge and from the record that the value of the business around the time of non-renewal was \$87,000. The defendants' expert at trial valued Mr. Bhasin's business as of 2001 (the time of non-renewal) as approximately \$87,000. While there is some confusion in the record about the date of evaluation and the relevance of discount rates, I am persuaded that the trial judge found that the business was worth \$87,000 at the time that the Agreement expired and that she made this finding fully alive to the difficulties standing in the way of a sale of the business given the contractual arrangements between Can-Am and its enrollment directors: see, e.g., para. 451. In

le contrat conclu avec M. Bhasin, plus particulièrement en ce qui concerne ses intentions arrêtées quant au renouvellement. Can-Am est donc responsable de dommages-intérêts calculés en fonction de la situation financière dans laquelle se serait trouvé M. Bhasin si elle s'était acquittée de cette obligation. Bien que la juge de première instance n'ait pas évalué le montant des dommages-intérêts en fonction de ce critère, compte tenu des conclusions différentes qu'elle a tirées en ce qui a trait à la responsabilité, elle a tiré des conclusions qui permettent à notre Cour de le faire.

[109] La juge de première instance a expressément conclu que, n'eût été la malhonnêteté de Can-Am, M. Bhasin aurait pu faire en sorte de [TRANSDUCTION] « conserver la valeur de son agence » : par. 258-259. En tirant cette conclusion, la juge de première instance était bien consciente des difficultés qu'aurait M. Bhasin à vendre son entreprise compte tenu du « contrôle presque absolu » que Can-Am exerçait sur les directeurs des souscriptions et du fait que le « volume d'affaires » appartenait à cette dernière : par. 402. Elle a également entendu les témoins et tiré des conclusions sur ce que valait l'entreprise, compte tenu de ces restrictions. À mon avis, ces conclusions nous permettent d'évaluer les dommages-intérêts en nous fondant sur le fait que, si Can-Am avait exécuté honnêtement le contrat, M. Bhasin aurait été en mesure de conserver la valeur de son entreprise plutôt que de s'en voir dépossédé au profit de M. Hrynew.

[110] Il ressort clairement des conclusions de la juge de première instance ainsi que du dossier que la valeur de l'entreprise vers la date du non-renouvellement était de 87 000 \$. Au procès, l'expert des intimés a indiqué que l'entreprise de M. Bhasin, en 2001 (date du non-renouvellement), valait environ 87 000 \$. Bien qu'il existe une certaine confusion au dossier quant à la date de l'évaluation et quant à la pertinence des taux d'escompte, je suis convaincu que la juge de première instance a conclu que l'entreprise valait 87 000 \$ au moment où le contrat a pris fin et qu'elle a tiré cette conclusion en étant pleinement consciente des difficultés faisant obstacle à la vente de l'entreprise en raison des

addition, we have had no suggestion in argument that this figure should be reassessed. In fact, the defendants, as appellants before the Court of Appeal, submitted to that court that if damages were payable, they should be assessed at the value of the business at the time of the expiry of the Agreement and noted that the trial judge had accepted the evidence of their expert witness, Mr. Bailey, that the value was \$87,000.

[111] I conclude therefore that Mr. Bhasin is entitled to damages in the amount of \$87,000.

IV. Disposition

[112] I would allow the appeal with respect to Can-Am and dismiss the appeal with respect to Mr. Hrynew. I would vary the trial judge's assessment of damages to \$87,000 plus interest. Mr. Bhasin should have his costs throughout as against Can-Am. There should be no costs at any level in favour of or against Mr. Hrynew.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondents: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

arrangements contractuels intervenus entre Can-Am et ses directeurs des souscriptions : voir, p. ex., par. 451. De plus, personne n'a laissé entendre au cours des plaidoiries que ce montant devrait être réévalué. En fait, les intimés, qui étaient les appelants devant la Cour d'appel, ont fait valoir devant cette instance que si des dommages-intérêts devaient être versés, ils devraient être fixés sur la base de la valeur de l'entreprise à la date de l'expiration du contrat et ils ont signalé que la juge de première instance avait retenu le témoignage de leur témoin expert, M. Bailey, selon lequel la valeur était de 87 000 \$.

[111] Je conclus donc que M. Bhasin a droit à des dommages-intérêts de l'ordre de 87 000 \$.

IV. Dispositif

[112] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne Can-Am et de rejeter le pourvoi en ce qui concerne M. Hrynew. Je suis d'avis de modifier l'appréciation des dommages-intérêts faite par la juge de première instance pour la fixer à 87 000 \$ plus l'intérêt. Monsieur Bhasin a droit à ses dépens dans toutes les cours à l'encontre de Can-Am et aucuns dépens ne sont adjugés à M. Hrynew ou à son encontre devant aucune des instances.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appelant : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intimés : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2014 Vol. 3

3^e cahier, 2014 Vol. 3

Cited as [2014] 3 S.C.R. { i-iii
549-710

Renvoi [2014] 3 R.C.S. { i-iii
549-710

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xiii
Table of Cases Cited	xvii
Statutes and Regulations Cited	xli
Authors Cited	xlvi
Index	702

R. v. Day 614

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Search and seizure — Search incident to arrest — Accused’s car searched without warrant and marijuana found — Evidence seized excluded following voir dire — Court of Appeal held that trial judge erred in finding absence of subjective and objective grounds for arrest — Arrest lawful and search valid.

R. v. Fearon 621

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Cell phone found on accused and searched without warrant — Text message and photos on cell phone introduced as evidence at trial — Whether general common law framework for searches incident to arrest needs to be modified in case of cell phone searches incident to arrest — Whether search of cell phone incident to arrest was unreasonable and contrary to accused’s right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence discovered in search should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Police — Powers — Search incident to arrest — Warrantless search of cell phone — Text message and photos on cell phone introduced as evidence at trial of accused — Whether common law police power to search incident to arrest permits cell phone searches — Whether search of cell phone incident to arrest was unreasonable and contrary to accused’s right to be secure against unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. MacLeod 619

Criminal law — Second degree murder — Charge to jury — Lesser verdict of manslaughter — Air of reality — Defence counsel arguing at trial that alternate verdict of

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges	iii
Errata	iv
Requêtes	v
Table des jugements	xv
Table de la jurisprudence	xxix
Lois et règlements cités	xliv
Doctrine citée	xlvi
Index	706

R. c. Day 614

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à une arrestation — Marijuana trouvée dans l’automobile de l’accusé à la suite d’une fouille sans mandat — Preuve écartée au terme d’un voir-dire — Décision de la Cour d’appel portant que le juge du procès a fait erreur en concluant à l’absence de motifs d’arrestation subjectifs et objectifs — Arrestation légale et fouille valide.

R. c. Fearon 621

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à une arrestation — Téléphone cellulaire trouvé sur l’accusé et fouillé sans mandat — Message texte et photos trouvés dans le téléphone produits en preuve au procès — Le cadre général de la common law régissant les fouilles accessoires à l’arrestation doit-il être modifié dans le cas des fouilles de téléphones cellulaires effectuées accessoirement à l’arrestation? — La fouille du téléphone cellulaire effectuée accessoirement à l’arrestation était-elle abusive et contraire au droit de l’accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l’affirmative, les éléments de preuve découverts lors de la fouille doivent-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Police — Pouvoirs — Fouille accessoire à une arrestation — Fouille sans mandat d’un téléphone cellulaire — Message texte et photos trouvés dans le téléphone produits en preuve au procès de l’accusé — Le pouvoir que la common law accorde aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation permet-il la fouille d’un téléphone cellulaire? — La fouille du téléphone cellulaire effectuée accessoirement à l’arrestation

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

manslaughter incompatible with main defence — Trial judge erred in failing to charge jury on manslaughter.

R. v. Wilcox 616

Criminal law — Evidence — Assessment — Accused convicted of aggravated sexual assault as a result of having transmitted HIV to complainant — Trial judge finding that complainant would not have engaged in sexual relations had he known about accused's HIV positive status — Trial judge properly analyzed complainant's credibility in light of evidence as a whole.

R. v. Wills 612

Criminal law — Reasonable verdict — Evidence — Accused convicted of robbery with firearm, unlawful confinement, disguise with intent to commit indictable offence, and possession of weapon for purpose of committing indictable offence — Whether, given frailties of circumstantial evidence, guilty verdict was one that properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered.

Wakeling v. United States of America 549

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Fundamental justice — Interception of communications — Exemption from offence of disclosing intercepted private communication without consent — Provision of Criminal Code exempting disclosure of lawfully intercepted private communication to person or authority with responsibility in a foreign state for investigation or prosecution of offences if disclosure is intended to be in the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere — Whether provision unjustifiably infringes s. 7 or 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 193(2)(e).

Criminal law — Interception of communications — Disclosure of information — Exemption from offence — Whether exemption provision which authorizes sharing of lawfully obtained wiretap information between Canadian and foreign law enforcement agencies is constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 193(2)(e)

SOMMAIRE (Suite)

était-elle abusive et contraire au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. c. MacLeod 619

Droit criminel — Meurtre au second degré — Exposé au jury — Verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable — Vraisemblance — Présentation par l'avocat de la défense au procès d'un argument fondé sur l'incompatibilité du verdict d'homicide involontaire coupable et de la thèse principale de la défense — L'omission du juge du procès de donner des directives au jury sur l'homicide involontaire coupable a constitué une erreur.

R. c. Wilcox 616

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle grave parce qu'il a transmis le VIH au plaignant — Conclusion du juge du procès portant que le plaignant n'aurait pas eu de relations sexuelles s'il avait connu la séropositivité de l'accusé — Analyse adéquate par le juge du procès de la crédibilité du plaignant eu égard à l'ensemble de la preuve.

R. c. Wills 612

Droit criminel — Verdict raisonnable — Preuve — Accusé déclaré coupable de vol qualifié avec usage d'une arme à feu, de séquestration, de déguisement dans un dessein criminel et de possession d'une arme dans le but de commettre un acte criminel — Compte tenu des faiblesses de la preuve circonstancielle, le verdict de culpabilité était-il un de ceux qu'un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre?

Wakeling c. États-Unis d'Amérique 549

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Justice fondamentale — Interception de communications — Exception à l'infraction de divulguer, sans le consentement de l'intéressé, des communications privées interceptées — Disposition du Code criminel qui autorise la divulgation de communications privées licitement interceptées à une personne ou un organisme étranger chargé de la recherche ou de la poursuite des infractions si la divulgation vise à servir l'administration de la justice au Canada ou ailleurs — La disposition porte-t-elle atteinte de manière injustifiée aux art. 7 ou 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 193(2)e).

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Interception de communications — Communication de renseignements — Exception à l'infraction — La disposition prévoyant l'exception qui autorise la communication de renseignements obtenus licitement par écoute électronique entre des organismes canadiens et étrangers d'application de la loi est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 193(2)e).



2014 Volume 3

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
RÉMI SAMSON
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable LOUIS LeBEL*

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable RICHARD WAGNER

The Honourable CLÉMENT GASCON

The Honourable SUZANNE CÔTÉ*

* On the 30th day of November 2014, the Honourable Louis LeBel, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

* On the 1st day of December 2014, Maître Suzanne Côté was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable LOUIS LeBEL*

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable RICHARD WAGNER

L'honorable CLÉMENT GASCON

L'honorable SUZANNE CÔTÉ*

* L'honorable Louis LeBel, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 30 novembre 2014.

* Le 1^{er} décembre 2014, Maître Suzanne Côté a été nommée juge puînée à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

[1987] 1 S.C.R., p. 476, line g-4 of the French version.
Read “ne mettent pas en jeu” instead of “ne mette pas en jeu”.

[1991] 1 S.C.R., p. 523, line b-5 of the French version.
Read “mener à leur récusation” instead of “mener leur récusation”.

[1987] 1 R.C.S., p. 476, ligne g-4 de la version française.
Lire « ne mettent pas en jeu » au lieu de « ne mette pas en jeu ».

[1991] 1 R.C.S., p. 523, ligne b-5 de la version française.
Lire « mener à leur récusation » au lieu de « mener leur récusation ».

MOTIONS — REQUÊTES

(September 20 to December 31, 2014 — 20 septembre au 31 décembre 2014)

- 0802913 BC Ltd. v. Roberts*, (B.C.), 35919, leave to appeal refused with costs, 30.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 1681625 Alberta Ltd. v. Summer Village of Parkland Beach*, (Alta.), 35942, leave to appeal refused with costs, 30.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 51 Taylor Avenue, Chatham, Ontario v. Attorney General of Ontario*, (Ont.), 36009, leave to appeal refused, 4.12.14, autorisation d'appel refusée.
- 572757 Alberta Ltd. v. Sprague-Rosser Contracting Co. Ltd.*, (Alta.), 36025, leave to appeal refused with costs, 11.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9187-0725 Québec Inc. c. 9051-8887 Québec Inc.*, (Qc), 35858, leave to appeal refused, 25.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Abi-Mansour v. Public Service Commission*, (F.C.), 35936, leave to appeal refused with costs, 9.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Adam v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 35887, leave to appeal refused, 25.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Aka c. Sa Majesté la Reine*, (Qc) (Crim.), 35998, leave to appeal refused, 4.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Amato c. Sa Majesté la Reine*, (Qc) (Crim.), 35984, leave to appeal refused, 2.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Ambrosi v. Attorney General of British Columbia*, (B.C.) (Crim.), 35979, leave to appeal refused, 27.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis*, (F.C.), 35562, notice of discontinuance filed, 3.11.14, avis de désistement produit.
- Appulonappa v. Her Majesty The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35958, leave to appeal granted, 9.10.14, autorisation d'appel accordée.
- Arbour v. Director of Public Prosecution*, (Que.) (Crim.), 35924, leave to appeal refused, 11.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Armstrong v. Her Majesty The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35129, leave to appeal refused, 27.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Arsenault c. Sa Majesté la Reine*, (C.F.) (Crim.), 35946, leave to appeal granted, 11.12.14, autorisation d'appel accordée.
- Attorney General for Saskatchewan v. Lemare Lake Logging Ltd.*, (Sask.), 35923, leave to appeal granted, 25.9.14, autorisation d'appel accordée.
- Ayangma v. Prince Edward Island Teachers' Federation*, (P.E.I.), 35965, leave to appeal refused with costs, 9.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Badgerow v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35929, leave to appeal refused, 23.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Bagadiong v. Her Majesty The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35941, leave to appeal refused, 25.9.14, autorisation d'appel refusée.

- Balanyk v. Dutton Brock LLP*, (Ont.), 35836, leave to appeal refused, 25.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Beaulieu v. Governors of the University of Alberta*, (Alta.), 35952, leave to appeal refused with costs, 13.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bédard c. Procureur général du Canada représentant les États-Unis d'Amérique*, (Qc) (Crim.), 36018, leave to appeal refused, 20.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Bennett v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 35839, leave to appeal refused, 30.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Blais c. Sa Majesté la Reine*, (Qc) (Crim.), 35905, leave to appeal refused, 9.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Boehme v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36070, leave to appeal refused, 27.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Bossé v. Farm Credit Canada*, (N.B.), 36026, leave to appeal refused with costs, 11.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bouchard c. Corporation des pilotes pour le havre de Québec et au-dessous*, (Qc), 35921, leave to appeal refused with costs, 25.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- British Columbia (Public Safety) v. Mzite*, (B.C.), 36041, leave to appeal refused with costs, 27.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Burg Properties Ltd. v. Her Majesty The Queen*, (F.C.), 36046, leave to appeal refused with costs, 18.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cain v. Her Majesty The Queen*, (N.S.) (Crim.), 35903, leave to appeal refused, 2.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Canada v. Last*, (F.C.), 36007, leave to appeal refused with costs, 13.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Carroll v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35877, leave to appeal refused, 25.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Cerqueira v. Ontario*, (Ont.), 36043, leave to appeal refused with costs, 4.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chang v. Leung*, (B.C.), 35951, leave to appeal refused, 6.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Charles v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36074, leave to appeal refused, 4.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Charlton v. Niedermeyer*, (B.C.), 35960, leave to appeal refused with costs, 20.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chou v. Leduc*, (Que.), 35896, leave to appeal refused, 6.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Chrétien c. Sa Majesté la Reine*, (Qc) (Crim.), 35909, leave to appeal refused, 9.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, (Qc), 35898, leave to appeal granted with costs in the cause, 11.12.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Connors v. Her Majesty The Queen*, (F.C.), 36051, leave to appeal refused, 27.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Coulombe c. Ville de Sept-Îles*, (Qc), 35913, leave to appeal refused with costs, 27.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Couture c. Sa Majesté la Reine*, (C.F.), 35809, leave to appeal refused with costs, 23.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, (F.C.), 35945, leave to appeal granted with costs in the cause and leave to cross-appeal granted, 20.11.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause et autorisation d'appel incident accordée.
- Diab v. Attorney General of Canada on behalf of the Republic of France*, (Ont.) (Crim.), 35889, leave to appeal refused, 13.11.14, autorisation d'appel refusée.

- Director of Civil Forfeiture v. Hells Angels Motorcycle Corp.*, (B.C.), 35134, notice of discontinuance filed, 29.10.14, avis de désistement produit.
- Director of the Ontario Disability Support Program v. Surdivall*, (Ont.), 35908, leave to appeal refused, 25.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Direk v. Attorney General of Ontario*, (Ont.), 35870, leave to appeal refused with costs, 9.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Doncaster v. Field*, (N.S.), 35943, leave to appeal refused with costs, 9.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Duni c. Druker*, (Qc), 35968, leave to appeal refused, 27.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Duong v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35940, leave to appeal refused, 6.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Egg Films Inc. v. Labour Board*, (N.S.), 35917, leave to appeal refused with costs, 25.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ellis v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35975, leave to appeal refused, 13.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Esrabian v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35966, leave to appeal refused, 20.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Fadlallah c. Université de Sherbrooke*, (Qc), 35881, leave to appeal refused, 25.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Fédération des médecins spécialistes du Québec c. Conseil pour la protection des malades*, (Qc), 35872, leave to appeal and cross-appeal refused, 2.10.14, autorisation d'appel et d'appel incident refusées.
- Felger v. Her Majesty The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35795, leave to appeal refused, 17.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Ferron v. Her Majesty The Queen*, (Ont.), 35939, leave to appeal refused, 13.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Foley v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Ont.), 35931, notice of discontinuance filed, 7.11.14, avis de désistement produit.
- Fotinov v. Royal Bank of Canada*, (F.C.), 35911, leave to appeal refused with costs, 25.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gagné c. Gauvreau*, (Qc), 35897, leave to appeal refused, 25.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Gandhi v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35981, leave to appeal refused, 6.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Gladuhov v. Swider*, (Ont.), 35949, leave to appeal refused, 9.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Goebel v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36008, leave to appeal refused, 20.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Goldentuler v. Mercedes-Benz Canada Inc.*, (Ont.), 36063, leave to appeal refused, 11.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Goldman c. Houle*, (Qc), 36005, leave to appeal refused, 16.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, (B.C.), 35864, leave to appeal granted with costs in the cause, 27.11.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Groupe Hexagone, S.E.C. c. Sa Majesté la Reine*, (C.F.), 35894, leave to appeal refused with costs, 16.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hanne v. SHN Grundstuecksverwaltungsgesellschaft MBH & Co.*, (Alta.), 36011, leave to appeal refused with costs, 4.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Harris v. Her Majesty The Queen*, (Sask.) (Crim.), 34835, leave to appeal refused, 16.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Hartle v. Khadr*, (Alta.) (Crim.), 36081, leave to appeal granted, 11.12.14, autorisation d'appel accordée.

- Hawkes v. Prince Edward Island Human Rights Commission*, (P.E.I.), 35991, leave to appeal refused with costs, 27.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Healy v. Her Majesty The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35907, leave to appeal refused, 17.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Héma-Québec c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de Héma-Québec*, (Qc), 35883, leave to appeal refused with costs, 25.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hollinrake v. Her Majesty The Queen*, (F.C.), 36052, leave to appeal refused, 27.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Hughes v. Hughes*, (B.C.), 36020, leave to appeal refused, 11.12.14, autorisation d'appel refusée.
- J.L. c. N.G.*, (Qc), 36031, leave to appeal refused with costs, 4.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J.R. c. Sa Majesté la Reine*, (Qc) (Crim.), 36047, leave to appeal refused, 11.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Jamal v. Ontario (Community and Social Services)*, (Ont.), 35835, leave to appeal refused with costs, 16.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jamieson v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35773, leave to appeal refused, 23.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Johnson Richard c. Chiriac*, (Qc), 36116, leave to appeal refused, 18.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Jordan v. Her Majesty The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36068, leave to appeal granted, 27.11.14, autorisation d'appel accordée.
- Kanthisamy v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 35990, leave to appeal granted with costs in the cause, 4.12.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Keepness v. Her Majesty The Queen*, (Sask.), 36192, notice of discontinuance filed, 18.12.14, avis de désistement produit.
- Kim v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35899, leave to appeal refused, 2.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Kim v. Kim*, (Man.), 35926, leave to appeal refused with costs, 18.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Klundert v. Her Majesty The Queen*, (F.C.), 35996, leave to appeal refused with costs, 4.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Klundert v. Her Majesty The Queen*, (F.C.), 35997, leave to appeal refused with costs, 4.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kotar v. Lightle*, (B.C.), 35841, leave to appeal refused with costs, 25.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Labossière c. Université de Montréal*, (Qc), 35937, leave to appeal refused with costs, 25.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lacey v. Canada (National Defence)*, (Ont.), 35865, leave to appeal refused with costs, 30.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lane v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Ont.) (Crim.), 36094, leave to appeal refused, 11.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Levin v. Her Majesty The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35930, leave to appeal refused, 23.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Lewis v. Central Credit Union Ltd.*, (P.E.I.), 35969, leave to appeal refused with costs, 6.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lubecki v. Lavin*, (Que.), 36015, leave to appeal refused with costs, 20.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- M.M. v. Minister of Justice Canada on behalf of the United States of America*, (Que.) (Crim.), 35838, leave to appeal granted with costs in the cause, 23.10.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Malcolm v. Canada (Fisheries and Oceans)*, (F.C.), 36012, leave to appeal refused with costs, 20.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Mann v. Her Majesty The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36066, leave to appeal refused, 18.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Marcheterre c. Rollin*, (Qc), 35988, leave to appeal refused with costs, 20.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Matheson v. Lewis*, (Ont.), 36057, notice of discontinuance filed, 25.9.14, avis de désistement produit.
- Miazga v. Her Majesty The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36114, leave to appeal refused, 18.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Minibus Paquin inc. c. Centre hospitalier universitaire de Québec*, (Qc), 35985, leave to appeal refused with costs, 4.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Minister of Justice v. Kouch*, (Alta.) (Crim.), 36105, leave to appeal refused with costs, 11.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Molea v. Rains*, (Ont.), 35954, leave to appeal refused with costs, 20.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Montague v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36022, leave to appeal refused, 20.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Moss v. Keith G. Collins Ltd.*, (Man.), 35953, leave to appeal refused with costs, 9.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Munyanza c. Sa Majesté la Reine*, (Qc) (Crim.), 35993, leave to appeal refused, 18.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Murphy v. Syndicat des copropriétaires Dix sur le Main*, (Que.), 35955, leave to appeal refused, 4.12.14, autorisation d'appel refusée.
- National Money Mart Co. v. Briones*, (Man.), 36028, leave to appeal refused with costs, 20.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Old Navy Property Corp. v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36061, leave to appeal refused, 27.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Pakistan Steel Mills Corporation (Private) Ltd. v. Sociedade-de-Fomento Industrial Private Ltd.*, (B.C.), 36032, leave to appeal refused with costs, 18.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Paradis c. Primum compagnie d'assurance*, (Qc), 35967, leave to appeal refused, 18.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Pasquin c. Sa Majesté la Reine*, (Qc) (Crim.), 35944, leave to appeal refused, 27.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Patenaude c. Procureur générale du Québec*, (Qc) (Crim.), 36034, leave to appeal refused, 27.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Peciukaitis v. Forest Harbour Ratepayers Inc.*, (Ont.), 35882, leave to appeal refused with costs, 25.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Perreault c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, (Qc), 35900, leave to appeal refused with costs, 25.9.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Perreault c. Sa Majesté la Reine*, (Qc) (Crim.), 35484, case remanded to the Quebec Court of Appeal for disposition in accordance with *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, 23.10.14, affaire renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle statue en conformité avec l'arrêt *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544.
- Pharmaprix Inc. v. Régie de l'assurance maladie du Québec*, (Que.), 36040, leave to appeal refused with costs, 11.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Prince v. Air Canada*, (Ont.), 35935, leave to appeal refused with costs, 23.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Procureur général du Canada c. Chambre des notaires du Québec*, (Qc), 35892, leave to appeal granted with costs in the cause, 18.12.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

- R. v. Al-Enzi*, (Ont.) (Crim.), 36083, leave to appeal refused, 11.12.14, autorisation d'appel refusée.
- R. v. J.P.*, (N.S.) (Crim.), 35925, leave to appeal refused, 25.9.14, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Lacasse*, (Qc) (Crim.), 36001, leave to appeal granted, 18.12.14, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Wehmeier*, (F.C.) (Crim.), 35933, leave to appeal refused, 30.10.14, autorisation d'appel refusée.
- R.V. v. R.P.*, (Alta.), 35888, leave to appeal refused with costs, 9.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rahman v. Her Majesty The Queen*, (N.S.) (Crim.), 36000, leave to appeal refused, 27.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Ralph v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35934, leave to appeal refused, 6.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Rana v. Ontario*, (Ont.) (Crim.), 35973, leave to appeal refused, 2.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Ryan v. Her Majesty The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35915, leave to appeal refused, 9.10.14, autorisation d'appel refusée.
- S.A. v. Her Majesty The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36050, leave to appeal refused, 11.12.14, autorisation d'appel refusée.
- S.H. v. Minister of Social Development*, (N.B.), 35928, leave to appeal refused, 9.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Sanchez v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 36049, leave to appeal refused, 20.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Sandhu v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35978, leave to appeal refused, 30.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Sanofi-Aventis v. Apotex Inc.*, (F.C.), 35886, leave to appeal granted with costs in the cause, 30.10.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Santos v. First Majestic Silver Corp.*, (B.C.), 35962, leave to appeal refused with costs, 27.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Shular v. Her Majesty The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36086, leave to appeal refused, 18.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Sietzema v. Economical Mutual Insurance Co.*, (Ont.), 35825, leave to appeal refused with costs, 20.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sigouin v. Maddex*, (B.C.), 36042, leave to appeal refused with costs, 18.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Solmon v. Chandran*, (Ont.), 35992, leave to appeal refused with costs, 20.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Somji v. Wilson*, (Alta.), 35854, leave to appeal refused with costs, 23.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sundance Saloon Ltd. v. Newfoundland and Labrador (Finance)*, (N.L.), 35916, leave to appeal and cross-appeal refused with costs, 23.10.14, autorisation d'appel et d'appel incident refusées avec dépens.
- Szostak v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35983, leave to appeal refused, 20.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, (B.C.), 35563, case remanded to the British Columbia Court of Appeal for disposition in accordance with *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, 23.10.14, affaire renvoyée à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour qu'elle statue en conformité avec l'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633.
- Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, (F.C.), 36019, leave to appeal refused with costs, 13.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Thompson v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35932, leave to appeal refused, 25.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Thompson v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36111, leave to appeal refused, 11.12.14, autorisation d'appel refusée.

- Tremblay c. La Capitale Assureur de l'administration publique inc.*, (Qc), 35354, leave to appeal granted, 4.12.14, autorisation d'appel accordée.
- Turmel v. Her Majesty The Queen*, (Que.) (Crim.), 36037, leave to appeal refused, 4.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Vacca v. Golfnorth Properties Inc.*, (Ont.), 35970, leave to appeal refused with costs, 20.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Valentine v. Her Majesty The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35856, leave to appeal refused, 18.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Van Edig v. Her Majesty The Queen*, (F.C.), 36053, leave to appeal refused, 27.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Verch v. Weckworth*, (Ont.), 35963, leave to appeal refused with costs, 6.11.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Agence métropolitaine de transport*, (Qc), 35792, leave to appeal refused with costs, 30.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Singh*, (Qc), 35832, leave to appeal refused, 6.11.14, autorisation d'appel refusée.
- Vuozzo v. Her Majesty The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35473, leave to appeal refused, 23.10.14, autorisation d'appel refusée.
- Walker v. Digital Shape Technologies Inc.*, (Que.), 35904, leave to appeal refused with costs, 2.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wang v. British Columbia Medical Association*, (B.C.), 35948, leave to appeal refused with costs, 11.12.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wilson v. Superintendent of Motor Vehicles*, (B.C.), 35959, leave to appeal granted with costs in the cause, 27.11.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Witvoet v. Her Majesty The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36079, leave to appeal refused, 4.12.14, autorisation d'appel refusée.
- Yuen v. Sechelt Indian Band*, (B.C.), 35503, leave to appeal refused with costs, 23.10.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Z v. Her Majesty The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35938, leave to appeal refused, 29.9.14, autorisation d'appel refusée.
- Zurich Insurance Co. v. Chubb Insurance Company of Canada*, (Ont.), 36002, leave to appeal granted with costs in the cause, 27.11.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case)

	PAGE		PAGE
A		I	
Air Canada, Thibodeau v.	340	Imperial Oil v. Jacques	287
B		Islamic Republic of Iran, Kazemi Estate v.	176
Bhasin v. Hrynew	495	J	
Bouchard, R. v.	283	Jacques, Imperial Oil v.	287
British Columbia (Attorney General), Trial Law- yers Association of British Columbia v.	31	K	
British Columbia Public School Employers’ As- sociation, British Columbia Teachers’ Feder- ation v.	492	Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran	176
British Columbia Teachers’ Federation v. British Columbia Public School Employers’ Associ- ation	492	L	
C		Lepine, R. v.	285
Canada (Citizenship and Immigration), Febles v. ...	431	M	
Conception, R. v.	82	Mack, R. v.	3
D		MacLeod, R. v.	619
Day, R. v.	614	Mohamed, R. v.	280
Dunn, R. v.	490	R	
F		R. v. Bouchard	283
Fearon, R. v.	621	R. v. Conception	82
Febles v. Canada (Citizenship and Immigration) ...	431	R. v. Day	614
H		R. v. Dunn	490
Hrynew, Bhasin v.	495	R. v. Fearon	621
		R. v. Lepine	285
		R. v. Mack	3
		R. v. MacLeod	619
		R. v. Mohamed	280
		R. v. Steele	138
		R. v. Wilcox	616
		R. v. Wills	612

	PAGE		PAGE
S		U	
Steele, R. v.	138	United States of America, Wakeling v.	549
T		W	
Thibodeau v. Air Canada	340	Wakeling v. United States of America	549
Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)	31	Wilcox, R. v.	616
		Wills, R. v.	612

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de
la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt.

	PAGE		PAGE
A		J	
Air Canada, Thibodeau c.	340	Jacques, Pétrolière Impériale c.	287
B		K	
Bhasin c. Hrynew	495	Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran	176
Bouchard, R. c.	283	L	
British Columbia Public School Employers' As- sociation, British Columbia Teachers' Federa- tion c.	492	Lepine, R. c.	285
British Columbia Teachers' Federation c. British Columbia Public School Employers' Associ- ation	492	M	
C		Mack, R. c.	3
Canada (Citoyenneté et Immigration), Febles c. ...	431	MacLeod, R. c.	619
Colombie-Britannique (Procureur général), Trial Lawyers Association of British Columbia c. ...	31	Mohamed, R. c.	280
Conception, R. c.	82	P	
D		Pétrolière Impériale c. Jacques	287
Day, R. c.	614	R	
Dunn, R. c.	490	R. c. Bouchard	283
E		R. c. Conception	82
États-Unis d'Amérique, Wakeling c.	549	R. c. Day	614
F		R. c. Dunn	490
Fearon, R. c.	621	R. c. Fearon	621
Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration) ...	431	R. c. Lepine	285
H		R. c. Mack	3
Hrynew, Bhasin c.	495	R. c. MacLeod	619
		R. c. Mohamed	280
		R. c. Steele	138
		R. c. Wilcox	616
		R. c. Wills	612
		République islamique d'Iran, Kazemi (Succes- sion) c.	176

	PAGE		PAGE
S		W	
Steele, R. c.	138	Wakeling c. États-Unis d'Amérique	549
T		Wilcox, R. c.	616
Thibodeau c. Air Canada	340	Wills, R. c.	612
Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)	31		

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
702535 Ontario Inc. v. Lloyd’s London, Non-Marine Underwriters ...	(2000), 184 D.L.R. (4th) 687	524
A		
A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.	2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177	531
Agribands Purina Canada Inc. v. Kasamekas	2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427	545
AH (Algeria) v. Secretary of State for the Home Department	[2013] UKUT 00382	459, 481
Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)	[1997] 2 S.C.R. 581	317
Al-Adsani v. United Kingdom	(2001), 34 E.H.R.R. 273	205
Al-Sirri v. Secretary of State for the Home Department	[2012] UKSC 54, [2013] 1 A.C. 745	472
Alcom Ltd. v. Republic of Columbia	[1984] 1 A.C. 580	215
Aleyn v. Belchier	(1758), 1 Eden 132, 28 E.R. 634	515
Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization	2013 SCC 66, [2013] 3 S.C.R. 866	237
Andrusiw v. Aetna Life Insurance Co. of Canada	(2001), 289 A.R. 1	524
Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)	Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3	204, 267
Atlantic Richfield Co. v. Razumic	390 A.2d 736 (1978)	540
Attorney-General (Minister of Immigration) v. Tamil X	[2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721 ...	460, 481
Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre	[1982] 1 S.C.R. 175	328
Ault v. Canada (Attorney General)	(2007), 88 O.R. (3d) 541	325
Authorson v. Canada (Attorney General)	2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40	236
Autorité des marchés financiers v. Panju	2008 QCCA 832, [2008] R.J.Q. 1233	308
Az. X ZR	99/10 (2011) (http://openjur.de/u/163948.html)	375
B		
B (Area of Freedom, Security and Justice)	(2008), BVerwG 10 C 48.07, OVG 8 A 2632/06.A	455
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 214	51, 71
Bámaca Velásquez v. Guatemala	(2002), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 91 ...	241
Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.	2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601	531
Bank of Montreal v. Bail Ltée	[1992] 2 S.C.R. 554	537
Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng	[1989] 2 S.C.R. 429	536
Barclays Bank PLC v. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments VII Corp.	2013 ONCA 494, 365 D.L.R. (4th) 15	517
Beaudet v. British Airways, PLC	853 F.Supp. 1062 (1994)	416
Belhas v. Ya’alon	515 F.3d 1279 (2008)	233
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559	465
Blaikie v. Commission des valeurs mobilières du Québec	[1990] R.D.J. 473	307
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307	237

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Bouzari v. Islamic Republic of Iran	(2004), 71 O.R. (3d) 675	207, 276
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd. ...	[1997] 3 S.C.R. 1210	517
Brandt v. American Airlines	2000 WL 288393	381
Breeden v. Black	2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666	252
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473	47, 72, 518, 563
British Columbia (Attorney General) v. Christie	2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873	45, 68
Brown v. The Queen	2013 FCA 111, 2013 D.T.C. 5094	598
Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak	2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126	539
Bundesrepublik Deutschland v. B.	[2010] EUECJ C-57/09	456, 481
Burger King Corporation v. Hungry Jack's Pty Ltd.	[2001] NSWCA 187, 69 N.S.W.L.R. 558 ...	526
C		
Cabiri v. Assasie-Gyimah	921 F.Supp. 1189 (1996)	269
Canada (Attorney General) v. Bedford	2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101	233
Canada (Attorney General) v. Viola	[1991] 1 F.C. 373	358, 416
Canda (Attorney General) v. Ward	[1993] 2 S.C.R. 689	452, 472
Canada (Prime Minister) v. Khadr	2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44	241
Canada (Procureur général) v. Charbonneau	2012 QCCS 1701 (CanLII)	325
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)	2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76	248
Canadian Westinghouse Co. v. Grant	[1927] S.C.R. 625	389
Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission	[1978] 2 S.C.R. 141	248
Carter v. Boehm	(1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162	515
Case Concerning the Factory at Chorzów	(1928), P.C.I.J. (Ser. A) No. 17	262
Castle v. United States Department of Justice (Attorney General) ...	(2006), 218 O.A.C. 53	220
Centre for Addiction and Mental Health v. Al-Sherewadi	2011 ONSC 2272 (CanLII)	114
Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2000] 4 F.C. 390	463
Children's Aid Society of Thunder Bay (District) v. D. (S.)	2011 ONCJ 100, 2 R.F.L. (7th) 202	326
Christie v. British Columbia (Attorney General)	2005 BCCA 631, 262 D.L.R. (4th) 51	52
Cinar Corporation v. Robinson	2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168	221
Civ. 1 ^{re} , June 14, 2007	Bull. civ. 6, No. 230	374
CivicLife.com Inc. v. Canada (Attorney General)	(2006), 215 O.A.C. 43	521
Cloutier v. Langlois	[1990] 1 S.C.R. 158	635, 674
Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch	2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1	78
Communauté urbaine de Montréal v. Chubb du Canada compagnie d'assurances	[1998] R.J.Q. 759	309
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1999] 2 S.C.R. 203	610
Corporation de financement commercial Transamérica Canada v. Beaudoin	[1995] R.D.J. 633	310
Crawford v. Agricultural Development Board (N.B.)	(1997), 192 N.B.R. (2d) 68	516
Crevier v. Attorney General of Quebec	[1981] 2 S.C.R. 220	49, 70

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
D		
Daishowa inc. v. Commission de la santé et de la sécurité du travail ...	[1993] R.J.Q. 175	331
Daniels v. White	[1968] S.C.R. 517	216, 389
De Fehr v. De Fehr	2001 BCCA 485, 156 B.C.A.C. 240	76
Dhayakpa v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs	(1995), 62 F.C.R. 556	459, 482
Dickason v. University of Alberta	[1992] 2 S.C.R. 1103	415
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)	2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3	253, 402
Dynamic Transport Ltd. v. O.K. Detailing Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 1072	522
E		
Eastern Airlines, Inc. v. Floyd	499 U.S. 530 (1991)	418
Ehrlich v. American Airlines, Inc.	360 F.3d 366 (2004)	413
El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tsui Yuan Tseng	525 U.S. 155 (1999)	369, 409
Emery Air Freight Corp. v. Nerine Nurseries Ltd.	[1997] 3 N.Z.L.R. 723	375
Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)	2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678	449, 472
F		
Fabrikant v. Canada	2014 FCA 89, 459 N.R. 163	63
Fang v. Jiang	[2007] N.Z.A.R. 420	250
Fédération des infirmières et infirmiers du Québec v. Hôpital Laval ...	2006 QCCA 1345, [2006] R.J.Q. 2384	308
Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada	2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3	524
Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.	[1992] 1 S.C.R. 647	307
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport) ...	[1992] 1 S.C.R. 3	389
G		
Gal v. Northern Mountain Helicopters Inc.	1999 BCCA 486, 128 B.C.A.C. 290	375
Gateway Realty Ltd. v. Arton Holdings Ltd.	(1991), 106 N.S.R. (2d) 180	516
GEC Marconi Systems Pty Ltd. v. BHP Information Technology Pty Ltd.	[2003] FCA 50 (AustLII)	534
Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057	[1990] 1 S.C.R. 1298	213
Gibbs v. American Airlines, Inc.	191 F.Supp.2d 144 (2002)	380
Glegg v. Smith & Nephew Inc.	2005 SCC 31, [2005] 1 S.C.R. 724	300
Godínez-Cruz v. Honduras	July 21, 1989 (Reparations and Costs)	263
Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)	2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32	335
Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.	[1956] S.C.R. 610	214
Goulet v. Lussier	[1989] R.J.Q. 2085	310
Grant v. Torstar Corp.	2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640	518
Greenberg v. Meffert	(1985), 50 O.R. (2d) 755	532

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
H		
Hatchwell v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 39	153
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia	2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391	248
Hennessey v. Aer Lingus Ltd.	[2012] IEHC 124 (BAILII)	375
Herbert v. Mercantile Fire Ins. Co.	(1878), 43 U.C.Q.B. 384	515
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	517
Honda Canada Inc. v. Keays	2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362	523
Houle v. Canadian National Bank	[1990] 3 S.C.R. 122	537
Hryniak v. Mauldin	2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87	51, 78
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	603, 631, 674
I		
Imperial Oil v. Jacques	2014 SCC 66, [2014] 3 S.C.R. 287 ...	568, 590
In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation	[2005] UKHL 72, [2006] 1 A.C. 495 ...	373, 416
In re Motion to Unseal Electronic Surveillance Evidence	990 F.2d 1015 (1993)	338
Industries GDS inc. v. Carbotech inc.	2005 QCCA 655 (CanLII)	309
Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.	[1989] 1 Q.B. 433	518
International Air Transport Association v. Department for Transport ...	C-344/04, [2006] E.C.R. I-403	384
International Brotherhood of Electrical Workers v. Town of Summer- side	[1960] S.C.R. 591	389
Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. Netherlands, Award	(1928), II R.I.A.A. 829	219
J		
J.H. Westerbeke Corp. v. Onan Corp.	580 F.Supp. 1173 (1984)	540
Jacques v. Petro-Canada	2009 QCCS 5603 (CanLII)	299
Jaffe v. Miller	(1993), 13 O.R. (3d) 745	225, 259
Januzi v. Secretary of State for the Home Department	[2006] UKHL 5, [2006] 2 A.C. 426	447
Jayasekara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2008 FCA 404, [2009] 4 F.C.R. 164	462
Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia	[2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270 ...	210, 273
Jones v. National Coal Board	[1957] 2 Q.B. 55	307
Jones v. United Kingdom	Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014 205, 269	
Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece in- tervening)	Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99 ...	200, 268
K		
Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care) ...	2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810	63
King v. American Airlines, Inc.	284 F.3d 352 (2002)	377, 416
Kirke La Shelle Co. v. Armstrong Co.	263 N.Y. 79 (1933)	537
KK (Turkey) v. Secretary of State for the Home Department	[2004] UKIAT 00101	483
Kruger Inc. v. Kruger	[1987] R.D.J. 11	309
Kuwait Airways Corp. v. Iraq	2010 SCC 40, [2010] 2 S.C.R. 571	207

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
L		
Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.	2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743	309
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209	602
Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)	2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773	358, 416
Law Society of Upper Canada v. Canada (Attorney General)	(2008), 89 O.R. (3d) 209	326
LeMesurier v. Andrus	(1986), 54 O.R. (2d) 1	539
Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.	2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591	389
London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.	[1992] 3 S.C.R. 299	519
Lyons v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 633	312
M		
M. (A.) v. Ryan	[1997] 1 S.C.R. 157	310
M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.	[1999] 1 S.C.R. 619	525
Machtiger v. HOJ Industries Ltd.	[1992] 1 S.C.R. 986	519
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson	[1995] 4 S.C.R. 725	48, 68
Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada	[1991] 2 S.C.R. 50	538
Marché Lionel Coudry inc. v. Métro inc.	2004 CanLII 73143	331
Martel Building Ltd. v. Canada	2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860	525
Mason v. Freedman	[1958] S.C.R. 483	522
Massicotte v. Boutin	[1969] S.C.R. 818	390
Matar v. Dichter	563 F.3d 9 (2009)	232
Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)	2006 SCC 7, [2006] 1 S.C.R. 326	95, 120
McAuley v. Aer Lingus Ltd.	[2011] IEHC 89 (online: http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/5DDF253DE6C0E09F8025787E0053C421)	375
McDonald's Restaurant of Canada Ltd. v. British Columbia	(1997), 29 B.C.L.R. (3d) 303	516
Mellish v. Motteux	(1792), Peake 156, 170 E.R. 113	515
Mesa Operating Limited Partnership v. Amoco Canada Resources Ltd.	(1994), 149 A.R. 187	517
Michaud v. Quebec (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 3	300
Mid Essex Hospital Services NHS Trust v. Compass Group UK and Ireland Ltd.	[2013] EWCA Civ 200 (BAILII)	525
Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)	Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14 ...	205
Mills v. Mills	(1938), 60 C.L.R. 150	515
Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Singh	[2002] HCA 7, 209 C.L.R. 533	460, 482
Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada	[1995] 2 S.C.R. 187	522
Morris v. KLM Royal Dutch Airlines	[2002] UKHL 7, [2002] 2 A.C. 628	371
Myran v. The Queen	[1976] 2 S.C.R. 137	393

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
N		
National Bank of Canada v. Soucisse	[1981] 2 S.C.R. 339	537
National Broadcasting Co. v. United States Department of Justice ...	735 F.2d 51 (1984)	338
Nelson v. Deutsche Lufthansa AG	C-581/10 and C-629/10, [2013] 1 C.M.L.R. 42 (p. 1191)	384
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)	[1999] 3 S.C.R. 46	237
O		
O'Mara v. Air Canada	2013 ONSC 2931, 115 O.R. (3d) 673	375
Office français de protection des réfugiés et apatrides v. Hykaj	No. 320910, May 4, 2011	462, 481
Ong v. Malaysian Airline System Bhd	[2008] 3 H.K.L.R.D. 153	375
Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario	2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3	68
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	254
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	67
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	397
Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs	(1998), 88 F.C.R. 173	459
P		
P. (D.) v. Wagg	(2004), 71 O.R. (3d) 229	306
Pama v. G. & S. Properties Ltd.	[1971] S.C.R. 306	539
Peel (Regional Municipality) v. Canada	[1992] 3 S.C.R. 762	530
Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General) ...	2004 SCC 20, [2004] 1 S.C.R. 498	120
Peracom Inc. v. TELUS Communications Co.	2014 SCC 29, [2014] 1 S.C.R. 621	471
Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)	[1999] 3 S.C.R. 375	394
Persinger v. Islamic Republic of Iran	729 F.2d 835 (1984)	218
Phillips v. Vancouver Sun	2004 BCCA 14, 27 B.C.L.R. (4th) 27	329
Pitney-Bowes, Inc. v. Mestre	517 F.Supp. 52 (1981)	540
Pleau v. Nova Scotia (Prothonotary)	(1998), 186 N.S.R. (2d) 1	42
Plourde v. Service aérien FBO inc. (Skyservice)	2007 QCCA 739 (CanLII)	372
Polewsky v. Home Hardware Stores Ltd.	(2003), 66 O.R. (3d) 600	63
Potgieter v. British Airways Plc	[2005] ZAWCHC 5 (SAFLII)	375
Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.	2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612	402
Prosecutor v. Anto Furund'ija	Case No. IT-95-17/1-T, December 10, 1998 ...	210
Prosecutor v. Blaškić	(1997), 110 I.L.R. 607	224
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ...	[1998] 1 S.C.R. 982	365, 444, 471
Q		
Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)	Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422	271
R		
R. v. Araujo	2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992	337
R. v. Beare	[1988] 2 S.C.R. 387	636

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Beaulac	[1999] 1 S.C.R. 768	396
R. v. Bonisteel	2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114	20
R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)	[2000] 1 A.C. 147	256
R. v. C.D.	2005 SCC 78, [2005] 3 S.C.R. 668	148
R. v. Caslake	[1998] 1 S.C.R. 51	571, 634, 670
R. v. Cater	2014 NSCA 74 (CanLII)	631
R. v. Cepic	2010 ONSC 561, 93 M.V.R. (5th) 129	150
R. v. Clarke	2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 611	221
R. v. Clayton	2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725	674
R. v. Colarusso	[1994] 1 S.C.R. 20	589, 600
R. v. Cole	2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34	589, 698
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	571, 595, 634, 674
R. v. Commisso	[1983] 2 S.C.R. 121	334
R. v. Consuelo	Ont. Ct. J., Toronto, Nos. 10-10001715, 10- 10004017, 10-70009469, September 14, 2010 (unreported)	114
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	310
R. v. Côté	2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215	18, 666
R. v. Currie	[1997] 2 S.C.R. 260	150
R. v. D'Annunzio	(2010), 224 C.R.R. (2d) 221	631
R. v. Daley	2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523	21
R. v. Debot	[1989] 2 S.C.R. 1140	636
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	312, 334, 566, 592, 673
R. v. Durette	[1994] 1 S.C.R. 469	328
R. v. Dyment	[1988] 2 S.C.R. 417	637, 672
R. v. Feeney	[1997] 2 S.C.R. 13	656, 675
R. v. Ferguson	2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96	610
R. v. Finlay	(1985), 52 O.R. (2d) 632	580
R. v. Finnikin	2009 CanLII 82187	664
R. v. Finta	[1994] 1 S.C.R. 701	215
R. v. Franko	2012 ABQB 282, 541 A.R. 23	631
R. v. Fry	2011 BCCA 381, 311 B.C.A.C. 90	22
R. v. Giles	2007 BCSC 1147 (CanLII)	631
R. v. Goforth	2005 SKCA 12, 257 Sask. R. 123	147
R. v. Golden	2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679	635, 691
R. v. Goldhart	[1996] 2 S.C.R. 463	18
R. v. Golub	(1997), 34 O.R. (3d) 743	675
R. v. Goulet	2011 ABCA 230, 52 Alta. L.R. (5th) 241	166
R. v. Grant	[1993] 3 S.C.R. 223	697
R. v. Grant	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353	18, 663, 697
R. v. Hape	2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292	204, 596
R. v. Hart	2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544	8, 529
R. v. Hiscoe	2013 NSCA 48, 328 N.S.R. (2d) 381	631
R. v. Howell	2011 NSSC 284, 313 N.S.R. (2d) 4	631
R. v. Ipeelee	2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433	154
R. v. J.Y.	(1996), 141 Sask. R. 132	167
R. v. Jacquard	[1997] 1 S.C.R. 314	21

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Johnson	2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357	154
R. v. Jolicoeur	2011 MBQB 129, 265 Man. R. (2d) 225	148
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229	528
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	164
R. v. Kelsy	2011 ONCA 605, 283 O.A.C. 201	694
R. v. Khan	2013 ONSC 4587, 287 C.R.R. (2d) 192	649
R. v. Khawaja	2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555	164
R. v. Law	2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227	589
R. v. Lebar	2010 ONCA 220, 101 O.R. (3d) 263	147
R. v. Liew	2012 ONSC 1826 (CanLII)	631
R. v. Lord Chancellor, Ex parte Witham	[1998] Q.B. 575	63
R. v. Luciano	2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273	21
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	153
R. v. Malmo-Levine	2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571	244
R. v. Mann	2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59	674
R. v. Mann	2014 BCCA 231, 310 C.C.C. (3d) 143	631
R. v. McNeil	2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66	600
R. v. McRae	2013 SCC 68, [2013] 3 S.C.R. 931	163
R. v. Mercure	[1988] 1 S.C.R. 234	356
R. v. Mills	[1999] 3 S.C.R. 668	334, 599
R. v. Morelli	2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253	698
R. v. Neve	1999 ABCA 206, 71 Alta. L.R. (3d) 92	147
R. v. Nikolovski	[1996] 3 S.C.R. 1197	306
R. v. Nolet	2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851	639
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606	577
R. v. O'Keefe	2011 NLCA 41, 309 Nfld. & P.E.I.R. 253 ...	169
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	608
R. v. Otchere-Badu	2010 ONSC 1059 (CanLII)	631
R. v. Plant	[1993] 3 S.C.R. 281	597
R. v. Pohoretsky	[1987] 1 S.C.R. 945	637
R. v. Polius	(2009), 196 C.R.R. (2d) 288	631, 689
R. v. Procope	Ont. Ct. J., Toronto, Nos. 10009107, 1200160, October 6, 2010 (unreported)	114
R. v. Quesnelle	2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390	595
R. v. R.R.	2006 ONCJ 141 (CanLII)	114
R. v. Rochwell	2012 ONSC 5594, 268 C.R.R. (2d) 283	650
R. v. Rodgers	2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554	595
R. v. Roy	2008 SKCA 41, 307 Sask. R. 276	148
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	517
R. v. Samson	(1982), 37 O.R. (2d) 237	578
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	311
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Saleem	[2000] 4 All E.R. 814	63
R. v. Sipos	2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423	154
R. v. Smith	2012 ONCA 645 (CanLII)	158
R. v. Spencer	2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212	672
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	635, 675
R. v. TELUS Communications Co.	2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3	312, 689
R. v. Terrico	2005 BCCA 361, 214 B.C.A.C. 135	22

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Tessling	2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432	597, 671
R. v. Thompson	[1990] 2 S.C.R. 1111	607
R. v. Thompson	2009 ONCJ 359 (CanLII)	148
R. v. Tse	2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531	312, 575, 595
R. v. Ulybel Enterprises Ltd.	2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867	389
R. v. Vu	2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657	649, 677
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	617
R. v. Welsh	(1977), 15 O.R. (2d) 1	313
R. v. White	2007 ONCA 318, 85 O.R. (3d) 407	682
R. v. Wittwer	2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235	18
R. (European Roma Rights Centre) v. Immigration Officer at Prague Airport	[2004] UKHL 55, [2005] 2 A.C. 1	451
R. (JS (Sri Lanka)) v. Secretary of State for the Home Department ...	[2010] UKSC 15, [2010] 3 All E.R. 881	483
R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. ...	2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156	517
Re B.C. Government Employees' Union and British Columbia (Attorney-General)	(1985), 20 D.L.R. (4th) 399	51
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	249
Re Board of Commissioners of Police for City of Thunder Bay and Sundell	(1984), 15 C.C.C. (3d) 574	326
Re Canada Labour Code	[1992] 2 S.C.R. 50	206
Re Residential Tenancies Act, 1979	[1981] 1 S.C.R. 714	49, 69
Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168	2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489	389
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	72
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	248
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1997] 3 S.C.R. 3	48, 70
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	70
Reference re Senate Reform	2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704	47
Renard Constructions (ME) Pty Ltd. v. Minister for Public Works ...	(1992), 26 N.S.W.L.R. 234	526
Riley v. California	134 S. Ct. 2473 (2014)	652
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519	249
Ryan v. Moore	2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53	538
S		
S.M. v. S.G.	[1986] R.D.J. 617	331
Sakka (Litigation Guardian of) v. Air France	2011 ONSC 1995, 18 C.P.C. (7th) 150	372
Samantar v. Yousuf	560 U.S. 305 (2010)	226
Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	61, 610
Schreiber v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269	199, 257
Schuler A.G. v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.	[1974] A.C. 235	520
Seagate Technology International v. Changi International Airport Services Pte. Ltd.	[1997] SGCA 22, [1997] 2 S.L.R.(R.) 57	375
Secretary of State for the Home Department v. AA (Palestine)	[2005] UKIAT 00104	483
Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.	(2003), 64 O.R. (3d) 533	532
Shell Oil Co. v. Marinello	294 A.2d 253 (1972)	540
Sidhu v. British Airways Plc.	[1997] A.C. 430	372, 416

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Singh v. Canada (Attorney General)	[2000] 3 F.C. 185	75
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	237
Sosa v. Alvarez-Machain	542 U.S. 692 (2004)	231, 275
Southam Inc. v. Landry	2003 CanLII 71970	331
SRYYY v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs	[2005] FCAFC 42, 220 A.L.R. 394	481
Stott v. Thomas Cook Tour Operators Ltd.	[2014] UKSC 15, [2014] 2 W.L.R. 521 ...	363, 417
Sturgeon v. Condor Flugdienst GmbH	C-402/07 and C-432/07, [2009] E.C.R. I-10923	384
Subilomar Properties (Dundas) Ltd. v. Cloverdale Shopping Centre Ltd.	[1973] S.C.R. 596	317
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 ...	209, 256, 465
T		
T. v. Secretary of State for the Home Department	[1996] 2 All E.R. 865	459
Technologie Labtronix Inc. v. Technologie Micro Contrôle Inc.	[1998] R.J.Q. 2312	307
Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)	2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69	525
The King v. Williams	[1944] S.C.R. 226	392
Thomson v. Thomson	[1994] 3 S.C.R. 551	445
Tibi v. Ecuador	(2004), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 114 ...	240
Tide Shore Logging Ltd. v. Commonwealth Insurance Co.	(1979), 13 B.C.L.R. 316	324
Toronto-Dominion Bank v. Beaton	2012 ABQB 125, 534 A.R. 132	63
Toronto Railway Co. v. Paget	(1909), 42 S.C.R. 488	389
Transamerica Life Canada Inc. v. ING Canada Inc.	(2003), 68 O.R. (3d) 457	517
Turturro v. Continental Airlines	128 F.Supp.2d 170 (2001)	381
U		
Union Canadienne, compagnie d'assurance v. St-Pierre	2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340	310
United Roasters, Inc. v. Colgate-Palmolive Co.	649 F.2d 985 (1981)	538
United States v. Santillan	571 F.Supp.2d 1093 (2008)	648
United States v. White	401 U.S. 745 (1971)	673
United States of America v. Cotroni	[1989] 1 S.C.R. 1469	596
V		
Vancouver (City) v. Ward	2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28	253, 383
Vetrovec v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 811	27
Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)	[1991] 1 S.C.R. 671	329
W		
Walker v. Eastern Air Lines, Inc.	785 F.Supp. 1168 (1992)	416
Wallace v. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 701	524
Wallentin-Hermann v. Alitalia	C-549/07, [2008] E.C.R. I-11061	384
Walton v. MyTravel Canada Holdings Inc.	2006 SKQB 231, 280 Sask. R. 1	375
Watkins v. Olafson	[1989] 2 S.C.R. 750	517

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Westfalia Surge Canada Co. v. Ferme Hamelon (JFD) et Fils	2005 QCCA 514 (CanLII)	308
Westinghouse Canada Inc. v. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.	[1993] R.J.Q. 2735	309
Whiten v. Pilot Insurance Co.	2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595	524
Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 S.C.R. 625	95, 120
Winnipeg School Division No. 1 v. Craton	[1985] 2 S.C.R. 150	415
X		
X v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides	No. 27.479, May 18, 2009	461, 483
X v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides	No. 69656, November 8, 2011	461, 482
Xuncax v. Gramajo	886 F.Supp. 162 (1995)	269
XXX v. État belge	No. 199.079, A. 192.074/XI-16.797, December 18, 2009	483
Y		
Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corporation Ltd.	[2013] EWHC 111, [2013] 1 All E.R. (Comm.) 1321	525
Ye v. Zemin	383 F.3d 620 (2004)	233
Young v. Canada	2010 CanLII 74003	631
Yousuf v. Samantar	699 F.3d 763 (2012)	232, 266
Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.	2010 SCC 19, [2010] 1 S.C.R. 649	470
Z		
Zingre v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 392	397

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
702535 Ontario Inc. c. Lloyd’s London, Non-Marine Underwriters ...	(2000), 184 D.L.R. (4th) 687	524
A		
A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.	2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177	531
Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique)	fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14	205
Affaire relative à l’usine de Chorzów	(1928), C.P.J.I. (sér. A) n° 17	262
Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas	2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427	545
AH (Algeria) c. Secretary of State for the Home Department	[2013] UKUT 00382	459, 481
Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)	[1997] 2 R.C.S. 581	317
Al-Adsani c. Royaume-Uni	n° 35763/97 21 novembre 2001 (HUDOC) ...	205
Al-Sirri c. Secretary of State for the Home Department	[2012] UKSC 54, [2013] 1 A.C. 745	472
Alcom Ltd. c. Republic of Columbia	[1984] 1 A.C. 580	216
Aleyn c. Belchier	(1758), 1 Eden 132, 28 E.R. 634	515
Amaratunga c. Organisation des pêches de l’Atlantique Nord-Ouest ...	2013 CSC 66, [2013] 3 R.C.S. 866	237
Andrusiw c. Aetna Life Insurance Co. of Canada	(2001), 289 A.R. 1	525
Atlantic Richfield Co. c. Razumic	390 A.2d 736 (1978)	540
Attorney-General (Minister of Immigration) c. Tamil X	[2010] NZSC 107, [2011] 1 N.Z.L.R. 721 ...	460, 481
Ault c. Canada (Attorney General)	(2007), 88 O.R. (3d) 541	325
Authorson c. Canada (Procureur général)	2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40	236
Autorité des marchés financiers c. Panju	2008 QCCA 832, [2008] R.J.Q. 1233	308
Az. X ZR	99/10 (2011) (http://openjur.de/u/163948.html)	375
B		
B (Espace de liberté, de sécurité et de justice)	(2008), BVerwG 10 C 48.07, OVG 8 A 2632/ 06.A	455
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 214	51, 71
Bámaca Velásquez c. Guatemala	(2002), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 91 ...	241
Banque d’Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle	2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601	531
Banque de Montréal c. Bail Ltée	[1992] 2 R.C.S. 554	537
Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng	[1989] 2 R.C.S. 429	536
Banque Nationale du Canada c. Soucisse	[1981] 2 R.C.S. 339	537
Barclays Bank PLC c. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments VII Corp.	2013 ONCA 494, 365 D.L.R. (4th) 15	517
Beudet c. British Airways, PLC	853 F.Supp. 1062 (1994)	416
Belhas c. Ya’alon	515 F.3d 1279 (2008)	233
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559	465
Blaikie c. Commission des valeurs mobilières du Québec	[1990] R.D.J. 473	307

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307	237
Bouzari c. Islamic Republic of Iran	(2004), 71 O.R. (3d) 675	207, 276
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd. ...	[1997] 3 R.C.S. 1210	517
Brandt c. American Airlines	2000 WL 288393	381
Breeden c. Black	2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666	252
Brown c. La Reine	2013 CAF 111 (CanLII)	598
Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak	2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126	539
Bundesrepublik Deutschland c. B.	[2010] EUECJ C-57/09	456, 481
Burger King Corporation c. Hungry Jack's Pty Ltd.	[2001] NSWCA 187, 69 N.S.W.L.R. 558 ...	526
C		
Cabiri c. Assasie-Gyimah	921 F.Supp. 1189 (1996)	269
Canada (Premier ministre) c. Khadr	2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44	241
Canada (Procureur général) c. Bedford	2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101	233
Canada (Procureur général) c. Charbonneau	2012 QCCS 1701 (CanLII)	325
Canada (Procureur général) c. Viola	[1991] 1 C.F. 373	358, 416
Canada (Procureur général) c. Ward	[1993] 2 R.C.S. 689	453, 472
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)	2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76	248
Canadian Westinghouse Co. c. Grant	[1927] R.C.S. 625	389
Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne	[1978] 2 R.C.S. 141	248
Carter c. Boehm	(1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162	515
Castle c. United States Department of Justice (Attorney General)	(2006) 218 O.A.C. 53	220
Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)	2004 CSC 20, [2004] 1 R.C.S. 498	120
Centre for Addiction and Mental Health c. Al-Sherewadi	2011 ONSC 2272 (CanLII)	114
Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2000] 4 C.F. 390	463
Children's Aid Society of Thunder Bay (District) c. D. (S.)	2011 ONCJ 100, 2 R.F.L. (7th) 202	326
Christie c. British Columbia (Attorney General)	2005 BCCA 631, 262 D.L.R. (4th) 51	52
Cinar Corporation c. Robinson	2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168	221
Civ. 1 ^{re} , 14 juin 2007	Bull. civ. 6, n ^o 230	374
CivicLife.com Inc. c. Canada (Attorney General)	(2006), 215 O.A.C. 43	521
Cloutier c. Langlois	[1990] 1 R.C.S. 158	635, 674
Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée	2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473	47, 72, 518, 563
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie	2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873	45, 68
Combined Air Mechanical Services Inc. c. Flesch	2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1	78
Communauté urbaine de Montréal c. Chubb du Canada compagnie d'assurances	[1998] R.J.Q. 759	309
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1999] 2 R.C.S. 203	610
Corporation de financement commercial Transamérica Canada c. Beaudoin	[1995] R.D.J. 633	310
Crawford c. Agricultural Development Board (N.B.)	(1997), 192 R.N.-B. (2 ^e) 68	516
Crevier c. Procureur général du Québec	[1981] 2 R.C.S. 220	49, 70

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
D		
Daishowa inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail ...	[1993] R.J.Q. 175	331
Daniels c. White	[1968] R.C.S. 517	216, 389
De Fehr c. De Fehr	2001 BCCA 485, 156 B.C.A.C. 240	76
Dhayakpa c. Minister of Immigration and Ethnic Affairs	(1995), 62 F.C.R. 556	459, 482
Dickason c. Université de l'Alberta	[1992] 2 R.C.S. 1103	415
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)	2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3	253, 402
Dynamic Transport Ltd. c. O.K. Detailing Ltd.	[1978] 2 R.C.S. 1072	522
E		
Eastern Airlines, Inc. c. Floyd	499 U.S. 530 (1991)	418
Ehrlich c. American Airlines, Inc.	360 F.3d 366 (2004)	413
El Al Israel Airlines, Ltd. c. Tsui Yuan Tseng	525 U.S. 155 (1999)	369, 409
Emery Air Freight Corp. c. Nerine Nurseries Ltd.	[1997] 3 N.Z.L.R. 723	375
États-Unis d'Amérique c. Cotroni	[1989] 1 R.C.S. 1469	596
Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678	449, 472
F		
Fabrikant c. Canada	2014 CAF 89 (CanLII)	63
Fang c. Jiang	[2007] N.Z.A.R. 420	250
Fédération des infirmières et infirmiers du Québec c. Hôpital Laval ...	2006 QCCA 1345, [2006] R.J.Q. 2384	308
Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie	2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3	524
Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie	[1992] 1 R.C.S. 647	307
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Trans- ports)	[1992] 1 R.C.S. 3	389
G		
Gal c. Northern Mountain Helicopters Inc.	1999 BCCA 486, 128 B.C.A.C. 290	375
Gateway Realty Ltd. c. Arton Holdings Ltd.	(1991), 106 N.S.R. (2d) 180	516
GEC Marconi Systems Pty Ltd. c. BHP Information Technology Pty Ltd.	[2003] FCA 50 (AustLII)	534
Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057	[1990] 1 R.C.S. 1298	214
Gibbs c. American Airlines, Inc.	191 F.Supp.2d 144 (2002)	380
Glegg c. Smith & Nephew Inc.	2005 CSC 31, [2005] 1 R.C.S. 724	300
Godínez-Cruz c. Honduras	July 21, 1989 (Reparations and Costs)	263
Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)	2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32	335
Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.	[1956] R.C.S. 610	214
Goulet c. Lussier	[1989] R.J.Q. 2085	310
Grant c. Torstar Corp.	2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640	518
Greenberg c. Meffert	(1985), 50 O.R. (2d) 755	532

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
H		
Hatchwell c. La Reine	[1976] 1 R.C.S. 39	153
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique	2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391	248
Hennessey c. Aer Lingus Ltd.	[2012] IEHC 124 (BAILII)	375
Herbert c. Mercantile Fire Ins. Co.	(1878), 43 U.C.Q.B. 384	515
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	517
Honda Canada Inc. c. Keays	2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362	523
Houle c. Banque Canadienne Nationale	[1990] 3 R.C.S. 122	537
Hryniak c. Mauldin	2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87	51, 78
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	603, 631, 674
I		
Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant))	arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99	200, 268
In re Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation	[2005] UKHL 72, [2006] 1 A.C. 495 ...	373, 416
In re Motion to Unseal Electronic Surveillance Evidence	990 F.2d 1015 (1993)	338
Industries GDS inc. c. Carbotech inc.	2005 QCCA 655 (CanLII)	310
Interfoto Picture Library Ltd. c. Stiletto Visual Programmes Ltd.	[1989] 1 Q.B. 433	518
International Air Transport Association c. Department for Transport ...	C-344/04, [2006] E.C.R. I-403	384
International Brotherhood of Electrical Workers c. Town of Summer- side	[1960] R.C.S. 591	389
Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America c. Netherlands, Award	(1928), II R.I.A.A. 829	219
J		
J.H. Westerbeke Corp. c. Onan Corp.	580 F.Supp. 1173 (1984)	540
Jacques c. Petro-Canada	2009 QCCS 5603 (CanLII)	299
Jaffe c. Miller	(1993), 13 O.R. (3d) 745	225, 259
Januzi c. Secretary of State for the Home Department	[2006] UKHL 5, [2006] 2 A.C. 426	447
Jayasekara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2008 CAF 404, [2009] 4 R.C.F. 164	462
Jones c. Ministry of the Interior of Saudi Arabia	[2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C. 270 ...	210, 273
Jones c. National Coal Board	[1957] 2 Q.B. 55	307
Jones c. United Kingdom	Nos. 34356/06 and 40528/06, ECHR 2014 ...	205, 269
K		
Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée) ...	2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810	64
King c. American Airlines, Inc.	284 F.3d 352 (2002)	377, 416
Kirke La Shelle Co. c. Armstrong Co.	263 N.Y. 79 (1933)	537
KK (Turkey) c. Secretary of State for the Home Department	[2004] UKIAT 00101	483
Kruger Inc. c. Kruger	[1987] R.D.J. 11	309
Kuwait Airways Corp. c. Irak	2010 CSC 40, [2010] 2 R.C.S. 571	207

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
L		
Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.	2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743	309
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209	602
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)	2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773 ... 358, 416,	
Law Society of Upper Canada c. Canada (Attorney General)	(2008), 89 O.R. (3d) 209	326
LeMesurier c. Andrus	(1986), 54 O.R. (2d) 1	539
Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.	2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591	389
London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.	[1992] 3 R.C.S. 299	519
Lyons c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 633	312
M		
M. (A.) c. Ryan	[1997] 1 R.C.S. 157	310
M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée	[1999] 1 R.C.S. 619	525
Machtinger c. HOJ Industries Ltd.	[1992] 1 R.C.S. 986	519
MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson	[1995] 4 R.C.S. 725	48, 68
Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)	arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3	204, 267
Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada	[1991] 2 R.C.S. 50	538
Marché Lionel Coudry inc. c. Métro inc.	2004 CanLII 73143	331
Martel Building Ltd. c. Canada	2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860	525
Mason c. Freedman	[1958] R.C.S. 483	522
Massicotte c. Boutin	[1969] R.C.S. 818	390
Matar c. Dichter	563 F.3d 9 (2009)	232
Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services)	2006 CSC 7, [2006] 1 R.C.S. 326	95, 120
McAuley c. Aer Lingus Ltd.	[2011] IEHC 89 (en ligne : http://www.courts. ie/Judgments.nsf/0/5DDF253DE6C0E09 F8025787E0053C421)	375
McDonald's Restaurant of Canada Ltd. c. British Columbia	(1997), 29 B.C.L.R. (3d) 303	516
Mellish c. Motteux	(1792), Peake 156, 170 E.R. 113	515
Mesa Operating Limited Partnership c. Amoco Canada Resources Ltd.	(1994), 149 A.R. 187	517
Michaud c. Québec (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 3	300
Mid Essex Hospital Services NHS Trust c. Compass Group UK and Ireland Ltd.	[2013] EWCA Civ 200 (BAILII)	525
Mills c. Mills	(1938), 60 C.L.R. 150	515
Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Singh	[2002] HCA 7, 209 C.L.R. 533	460, 482
Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada	[1995] 2 R.C.S. 187	522
Morris c. KLM Royal Dutch Airlines	[2002] UKHL 7, [2002] 2 A.C. 628	371
Myran c. La Reine	[1976] 2 R.C.S. 137	393

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
N		
National Broadcasting Co. c. United States Department of Justice ...	735 F.2d 51 (1984)	338
Nelson c. Deutsche Lufthansa AG	C-581/10 et C-629/10, [2013] 1 C.M.L.R. 42 (p. 1191)	384
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services commu- nautaires) c. G. (J.)	[1999] 3 R.C.S. 46	237
O		
O'Mara c. Air Canada	2013 ONSC 2931, 115 O.R. (3d) 673	375
Office français de protection des réfugiés et apatrides c. Hykaj	n° 320910, 4 mai 2011	462, 481
Ong c. Malaysian Airline System Bhd	[2008] 3 H.K.L.R.D. 153	375
Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario	2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3	68
Operation Dismantle Inc. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 441	254
Ovcharuk c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs	(1998), 88 F.C.R. 173	459
P		
P. (D.) c. Wagg	(2004), 71 O.R. (3d) 229	306
Parna c. G. & S. Properties Ltd.	[1971] R.C.S. 306	539
Peel (Municipalité régionale) c. Canada	[1992] 3 R.C.S. 762	530
Peracom Inc. c. Société TELUS Communications	2014 CSC 29, [2014] 1 R.C.S. 621	471
Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)	[1999] 3 R.C.S. 375	394
Persinger c. Islamic Republic of Iran	729 F.2d 835 (1984)	218
Pétrolière Impériale c. Jacques	2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287	568, 590
Phillips c. Vancouver Sun	2004 BCCA 14, 27 B.C.L.R. (4th) 27	329
Pitney-Bowes, Inc. c. Mestre	517 F.Supp. 52 (1981)	540
Pleau c. Nova Scotia (Prothonotary)	(1998), 186 N.S.R. (2d) 1	42
Plourde c. Service aérien FBO inc. (Skyservice)	2007 QCCA 739 (CanLII)	372
Polewsky c. Home Hardware Stores Ltd.	(2003), 66 O.R. (3d) 600	63
Potgieter c. British Airways Plc	[2005] ZAWCHC 5 (SAFLII)	375
Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.	2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612	402
Procureur c. Anto Furund'ija	Affaire n° IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998 ...	210
Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre	[1982] 1 R.C.S. 175	328
Prosecutor c. Blaškić	(1997), 110 I.L.R. 607	224
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra- tion)	[1998] 1 R.C.S. 982	365, 444, 471
Q		
Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgi- que c. Sénégal)	arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422	271
R		
R. c. Araujo	2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992	337
R. c. Beare	[1988] 2 R.C.S. 387	636
R. c. Beaulac	[1999] 1 R.C.S. 768	396
R. c. Bonisteel	2008 BCCA 344 259 B.C.A.C. 114	20
R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)	[2000] 1 A.C. 147	256

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. C.D.	2005 CSC 78, [2005] 3 R.C.S. 668	148
R. c. Caslake	[1998] 1 R.C.S. 51	571, 634, 670
R. c. Cater	2014 NSCA 74 (CanLII)	631
R. c. Cepic	2010 ONSC 561, 93 M.V.R. (5th) 129	150
R. c. Clarke	2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 611	221
R. c. Clayton	2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725	674
R. c. Colarusso	[1994] 1 R.C.S. 20	589, 600
R. c. Cole	2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34	589, 698
R. c. Collins	[1987] 1 R.C.S. 265	571, 595, 634, 674
R. c. Commisso	[1983] 2 R.C.S. 121	334
R. c. Consuelo	C.J. Ont., Toronto, n ^{os} 10-10001715, 10-10004017, 10-70009469, 14 septembre 2010 (non publié)	114
R. c. Corbett	[1988] 1 R.C.S. 670	310
R. c. Côté	2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215	18, 666
R. c. Currie	[1997] 2 R.C.S. 260	150
R. c. D'Annunzio	(2010), 224 C.R.R. (2d) 221	631
R. c. Daley	2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523	21
R. c. Debot	[1989] 2 R.C.S. 1140	636
R. c. Duarte	[1990] 1 R.C.S. 30	312, 334, 566, 593, 673
R. c. Durette	[1994] 1 R.C.S. 469	328
R. c. Dymont	[1988] 2 R.C.S. 417	637, 672
R. c. Feeney	[1997] 2 R.C.S. 13	656, 675
R. c. Ferguson	2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96	610
R. c. Finlay	(1985), 52 O.R. (2d) 632	580
R. c. Finnikin	2009 CanLII 82187	664
R. c. Finta	[1994] 1 R.C.S. 701	215
R. c. Franko	2012 ABQB 282, 541 A.R. 23	631
R. c. Fry	2011 BCCA 381, 311 B.C.A.C. 90	22
R. c. Giles	2007 BCSC 1147 (CanLII)	631
R. c. Goforth	2005 SKCA 12 257 Sask. R. 123	147
R. c. Golden	2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679	635, 691
R. c. Goldhart	[1996] 2 R.C.S. 463	18
R. c. Golub	(1997), 34 O.R. (3d) 743	675
R. c. Goulet	2011 ABCA 230, 52 Alta. L.R. (5th) 241	166
R. c. Grant	[1993] 3 R.C.S. 223	697
R. c. Grant	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353	18, 663, 697
R. c. Hape	2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292	204, 596
R. c. Hart	2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544	8, 529
R. c. Hiscoe	2013 NSCA 48, 328 N.S.R. (2d) 381	631
R. c. Howell	2011 NSSC 284, 313 N.S.R. (2d) 4	631
R. c. Ipeelee	2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433	154
R. c. J.Y.	(1996), 141 Sask. R. 132	167
R. c. Jacquard	[1997] 1 R.C.S. 314	21
R. c. Johnson	2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357	154
R. c. Jolicoeur	2011 MBQB 129 265 Man. R. (2d) 225	148
R. c. Jones	[1994] 2 R.C.S. 229	529
R. c. Keegstra	[1990] 3 R.C.S. 697	164

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Kelsy	2011 ONCA 605, 283 O.A.C. 201	694
R. c. Khan	2013 ONSC 4587, 287 C.R.R. (2d) 192	649
R. c. Khawaja	2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555	164
R. c. Law	2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227	589
R. c. Lebar	2010 ONCA 220, 101 O.R. (3d) 263	147
R. c. Liew	2012 ONSC 1826 (CanLII)	631
R. c. Lord Chancellor, Ex parte Witham	[1998] Q.B. 575	63
R. c. Luciano	2011 ONCA 89 273 O.A.C. 273	21
R. c. Lyons	[1987] 2 R.C.S. 309	153
R. c. Malmo-Levine	2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571	244
R. c. Mann	2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59	674
R. c. Mann	2014 BCCA 231, 310 C.C.C. (3d) 143	631
R. c. McNeil	2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66	600
R. c. McRae	2013 CSC 68, [2013] 3 R.C.S. 931	163
R. c. Mercure	[1988] 1 R.C.S. 234	356
R. c. Mills	[1999] 3 R.C.S. 668	334, 599
R. c. Morelli	2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253	698
R. c. Neve	1999 ABCA 206, 71 Alta. L.R. (3d) 92	147
R. c. Nikolovski	[1996] 3 R.C.S. 1197	306
R. c. Nolet	2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851	639
R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 R.C.S. 606	577
R. c. O'Keefe	2011 NLCA 41, 309 Nfld. & P.E.I.R. 253 ...	169
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	609
R. c. Otchere-Badu	2010 ONSC 1059 (CanLII)	631
R. c. Plant	[1993] 3 R.C.S. 281	597
R. c. Pohoretsky	[1987] 1 R.C.S. 945	637
R. c. Polius	(2009), 196 C.R.R. (2d) 288	631, 691
R. c. Procope	C.J. Ont., Toronto, n ^{os} 10009107, 1200160, 6 octobre 2010 (non publié)	114
R. c. Quesnelle	2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390	596
R. c. R.R.	2006 ONCJ 141 (CanLII)	114
R. c. Rochwell	2012 ONSC 5594, 268 C.R.R. (2d) 283	650
R. c. Rodgers	2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554	595
R. c. Roy	2008 SKCA 41, 307 Sask. R. 276	148
R. c. Salituro	[1991] 3 R.C.S. 654	517
R. c. Samson	(1982), 37 O.R. (2d) 237	578
R. c. Seaboyer	[1991] 2 R.C.S. 577	310
R. c. Secretary of State for the Home Department, ex p. Saleem	[2000] 4 All E.R. 814	63
R. c. Sipos	2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423	154
R. c. Smith	2012 ONCA 645 (CanLII)	158
R. c. Société TELUS Communications	2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3	312, 689
R. c. Spencer	2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212	672
R. c. Stillman	[1997] 1 R.C.S. 607	635, 675
R. c. Terrico	2005 BCCA 361, 214 B.C.A.C. 135	22
R. c. Tessling	2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432	597, 671
R. c. Thompson	[1990] 2 R.C.S. 1111	607
R. c. Thompson	2009 ONCJ 359 (CanLII)	148

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Tse	2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531	312, 575, 595
R. c. Ulybel Enterprises Ltd.	2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867	389
R. c. Vu	2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657	649, 677
R. c. W. (D.)	[1991] 1 R.C.S. 742.....	617
R. c. Welsh	(1977), 15 O.R. (2d) 1	313
R. c. White	2007 ONCA 318, 85 O.R. (3d) 407	682
R. c. Wittwer	2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235	18
R. (European Roma Rights Centre) c. Immigration Officer at Prague Airport	[2004] UKHL 55, [2005] 2 A.C. 1	451
R. (JS (Sri Lanka)) c. Secretary of State for the Home Department ...	[2010] UKSC 15, [2010] 3 All E.R. 881	484
Re B.C. Government Employees' Union and British Columbia (Attorney-General) (1985)	20 D.L.R. (4th) 399	51
Re Board of Commissioners of Police for City of Thunder Bay and Sundell	(1984), 15 C.C.C. (3d) 574	326
Re Code canadien du travail	[1992] 2 R.C.S. 50	206
Renard Constructions (ME) Pty Ltd. c. Minister for Public Works ...	(1992), 26 N.S.W.L.R. 234	526
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	249
Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168	2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489	389
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	248
Renvoi relatif à la réforme du Sénat	2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704	47
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3	48, 70
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	70
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	72
Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle	[1981] 1 R.C.S. 714	49, 69
Riley c. California	134 S. Ct. 2473 (2014)	652
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519	249
Ryan c. Moore	2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53	538

S

S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156	517
S.M. c. S.G.	[1986] R.D.J. 617	331
Sakka (Litigation Guardian of) c. Air France	2011 ONSC 1995, 18 C.P.C. (7th) 150	372
Samantar c. Yousuf	560 U.S. 305 (2010)	226
Schachter c. Canada	[1992] 2 R.C.S. 679	61, 610
Schreiber c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269	199, 257
Schuler A.G. c. Wickman Machine Tool Sales Ltd.	[1974] A.C. 235	520
Seagate Technology International c. Changi International Airport Services Pte. Ltd.	[1997] SGCA 22, [1997] 2 S.L.R.(R.) 57 ...	375
Secretary of State for the Home Department c. AA (Palestine)	[2005] UKIAT 00104	483
SEFPO c. Ontario (Procureur général)	[1987] 2 R.C.S. 2	67
Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.	(2003), 64 O.R. (3d) 533	532
Shell Oil Co. c. Marinello	294 A.2d 253 (1972)	540
Sidhu c. British Airways Plc.	[1997] A.C. 430	372, 416
Singh c. Canada (Procureur général)	[2000] 3 C.F. 185	75

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	237
Sosa c. Alvarez-Machain	542 U.S. 692 (2004)	231, 275
Southam Inc. c. Landry	2003 CanLII 71970	331
SRYYY c. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs	[2005] FCAFC 42, 220 A.L.R. 394	481
Stott c. Thomas Cook Tour Operators Ltd.	[2014] UKSC 15, [2014] 2 W.L.R. 521	363, 417
Sturgeon c. Condor Flugdienst GmbH	C-402/07 et C-432/07, [2009] E.C.R. I-10923 ...	384
Subilomar Properties (Dundas) Ltd. c. Cloverdale Shopping Centre Ltd.	[1973] R.C.S. 596	317
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	397
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 ...	209, 256, 465
T		
T. c. Secretary of State for the Home Department	[1996] 2 All E.R. 865	459
Technologie Labtronix Inc. c. Technologie Micro Contrôle Inc.	[1998] R.J.Q. 2312	307
Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie) ...	2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69	525
The King c. Williams	[1944] R.C.S. 226	392
Thomson c. Thomson	[1994] 3 R.C.S. 551	445
Tibi c. Ecuador	(2004), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 114 ...	240
Tide Shore Logging Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.	(1979), 13 B.C.L.R. 316	324
Toronto-Dominion Bank c. Beaton	2012 ABQB 125, 534 A.R. 132	63
Toronto Railway Co. c. Paget	(1909), 42 R.C.S. 488	389
Transamerica Life Canada Inc. c. ING Canada Inc.	(2003), 68 O.R. (3d) 457	517
Turturro c. Continental Airlines	128 F.Supp.2d 170 (2001)	381
U		
Union Canadienne, compagnie d'assurance c. St-Pierre	2012 QCCA 433, [2012] R.J.Q. 340	310
United Roasters, Inc. c. Colgate-Palmolive Co.	649 F.2d 985 (1981)	538
United States c. Santillan	571 F.Supp.2d 1093 (2008)	648
United States c. White	401 U.S. 745 (1971)	673
V		
Vancouver (Ville) c. Ward	2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28	253, 383
Vetrovec c. La Reine	[1982] 1 R.C.S. 811	27
Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)	[1991] 1 R.C.S. 671	329

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
W		
Walker c. Eastern Air Lines, Inc.	785 F.Supp. 1168 (1992)	416
Wallace c. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 R.C.S. 701	524
Wallentin-Hermann c. Alitalia	C-549/07, [2008] E.C.R. I-11061	384
Walton c. MyTravel Canada Holdings Inc.	2006 SKQB 231, 280 Sask. R. 1	375
Watkins c. Olafson	[1989] 2 R.C.S. 750	517
Westfalia Surge Canada Co. c. Ferme Hamelon (JFD) et Fils	2005 QCCA 514 (CanLII)	308
Westinghouse Canada Inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.	[1993] R.J.Q. 2735	309
Whiten c. Pilot Insurance Co.	2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595	524
Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 R.C.S. 625	95, 120
Winnipeg School Division No. 1 c. Craton	[1985] 2 R.C.S. 150	415
X		
X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides	n° 27.479, 18 mai 2009	461, 483
X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides	n° 69656, 8 novembre 2011	461, 482
Xuncax c. Gramajo	886 F.Supp. 162 (1995)	269
XXX c. État belge	n° 199.079, A. 192.074/XI-16.797, 18 décembre 2009	483
Y		
Yam Seng Pte Ltd. c. International Trade Corporation Ltd.	[2013] EWHC 111, [2013] 1 All E.R. (Comm.) 1321	525
Ye c. Zemin	383 F.3d 620 (2004)	233
Young c. Canada	2010 CanLII 74003	631
Yousuf c. Samantar	699 F.3d 763 (2012)	232, 266
Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.	2010 CSC 19, [2010] 1 R.C.S. 649	470
Z		
Zingre c. La Reine	[1981] 2 R.C.S. 392	397

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
C		I	
<i>Canadian Bill of Rights</i> , R.S.C. 1985, App. III		<i>Immigration and Refugee Protection Act</i> , S.C.	
s. 2(e)	176	2001, c. 27	
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 98	431
s. 7	82, 176, 549	O	
s. 8	280, 549, 621	<i>Official Languages Act</i> , R.S.C. 1985, c. 31	
s. 10(b)	280	(4th Supp.)	
s. 24 (2)	3, 280, 621	s. 77(4)	340
<i>Code of Civil Procedure</i> , CQLR, c. C-25		S	
art. 402	287	<i>State Immunity Act</i> , R.S.C. 1985, c. S-18	
<i>Competition Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-34		s. 3(1)	176
s. 29	287	<i>Supreme Court Civil Rules</i> , B.C. Reg. 168/2009	
s. 36	287	r. 20-5(1)	31
<i>Constitution Act, 1867</i> ,		<i>Supreme Court Rules</i> , B.C. Reg. 221/90	31
s. 92(14)	31		
s. 96	31		
<i>Court Rules Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 80	31		
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46			
s. 2	490		
s. 193(2)(a)	287		
s. 343(a)	138		
s. 672.58	82		
s. 672.62(1)(a)	82		
s. 752 “serious personal injury offence”	138		
s. 752.1(1)	138		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C		L	
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	
art. 7	82, 176, 549	art. 92(14)	31
art. 8	280, 549, 621	art. 96	31
art. 10b)	280	<i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> , L.C. 2001, ch. 27	
art. 24 (2)	3, 280, 621	art. 98	431
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		<i>Loi sur l'immunité des États</i> , L.R.C. 1985, ch. S-18	
art. 2	490	art. 3(1)	176
art. 193(2)(a)	287	<i>Loi sur la concurrence</i> , L.R.C. 1985, ch. C-34	
art. 343a)	138	art. 29	287
art. 672.58	82	art. 36	287
art. 672.62(1)	82	<i>Loi sur les langues officielles</i> , L.R.C. 1985, ch. 31 (4 ^e suppl.)	
art. 752 « sévices graves à la personne »	138	art. 77(4)	340
art. 752.1(1)	138		
<i>Code de procédure civile</i> , RLRQ, ch. C-25			
art. 402	287		
<i>Court Rules Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 80	31		
D		S	
<i>Déclaration canadienne des droits</i> , L.R.C. 1985, app. III		<i>Supreme Court Civil Rules</i> , B.C. Reg. 168/2009	
art. 2e)	176	art. 20-5(1)	31
		<i>Supreme Court Rules</i> , B.C. Reg. 221/90	31

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGES
Arbour, J.-Maurice, et Geneviève Parent. <i>Droit international public</i> , 6 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2012.	208
Austin, Lisa M. “Control Yourself, or at Least Your Core Self” (2010), 30 <i>Bull. Sci. Tech. & Soc.</i> 26.	671
Austin, Lisa M. “Information Sharing and the ‘Reasonable’ Ambiguities of Section 8 of the Charter” (2007), 57 <i>U.T.L.J.</i> 499.	600
Austin, Lisa. “Privacy and the Question of Technology” (2003), 22 <i>Law & Phil.</i> 119.	672
Bassiouni, M. Cherif. “International Recognition of Victims’ Rights” (2006), 6 <i>Hum. Rts. L. Rev.</i> 203.	266
Batros, Ben, and Philippa Webb. “Accountability for Torture Abroad and the Limits of the Act of State Doctrine: Comments on <i>Habib v. Commonwealth of Australia</i> ” (2010), 8 <i>J.I.C.J.</i> 1153.	270
Baudouin, Jean-Louis. <i>Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve : Étude de Droit Québécois comparé au Droit Français et à la Common-Law</i> . Paris : L.G.D.J., 1965.	307
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 7 ^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.	536
Beale, Hugh, and Tony Dugdale. “Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies” (1975), 2 <i>Brit. J. Law & Soc.</i> 45.	528
Beulac, Stéphane. « “Texture ouverte”, droit international et interprétation de la Charte canadienne », dans Errol Mendes et Stéphane Beulac, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 5 ^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2013, 191.	214
Bellemare, Daniel A. <i>L’écoute électronique au Canada</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1981.	323
Belobaba, Edward P. “Good Faith in Canadian Contract Law”, in <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends</i> . Don Mills, Ont.: De Boo, 1985, 73.	516
Besner, Jennifer, and Amir Attaran. “Civil liability in Canada’s courts for torture committed abroad: The unsatisfactory interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can)” (2008), 16 <i>Tort L. Rev.</i> 150.	276
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, “purpose”.	317
Bradley, Curtis A., and Laurence R. Helfer. “International Law and the U.S. Common Law of Foreign Official Immunity” (2010), <i>Sup. Ct. Rev.</i> 213.	231
Bridge, Michael G. “Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?” (1984), 9 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 385.	527
Brierly, James L. <i>The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace</i> , 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1963.	260

Brown, Henry S. <i>Supreme Court of Canada Practice 2014</i> . Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 2013.	302
Brown, Patrick. "Searches of Cell Phones Incident to Arrest: Overview of the Law as It Stands and a New Path Forward" (2014), 27 <i>Harv. J.L. & Tech.</i> 563.	656
Brunnée, Jutta, and Stephen J. Toope. "A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts" (2002), 40 <i>Can. Y.B. Int'l L.</i> 3.	260
Burton, Steven J. "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith" (1981), 94 <i>Harv. L. Rev.</i> 369.	521
Byrnes, Andrew. "Civil Remedies for Torture Committed Abroad: An Obligation under the Convention against Torture?", in Craig M. Scott, ed., <i>Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation</i> . Oxford: Hart, 2001, 537.	273
Campbell, David. "Good Faith and the Ubiquity of the 'Relational' Contract" (2014), 77 <i>Mod. L. Rev.</i> 475. ...	525
Canada. Bibliothèque du Parlement. Service d'information et de recherche parlementaires. <i>Résumé législatif du projet de loi C-10 : Loi édictant la Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme et modifiant la Loi sur l'immunité des États, le Code criminel, la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et d'autres lois</i> , par Laura Barnett et autres, Division des affaires juridiques et législatives, et Julie Béchar, Division des affaires sociales, 5 octobre 2011, révisé le 17 février 2012.	208
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la sécurité publique et nationale. <i>La santé mentale et la toxicomanie dans le système correctionnel fédéral : Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale</i> , 3 ^e sess., 40 ^e lég., décembre 2010.	116
Canada. Chambre des communes. Comité permanent des Transports et des opérations gouvernementales. Réunion n ^o 40 — Témoignages, 29 novembre 2001.	414
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 3, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 4 octobre 1991, p. 3297.	101
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. X, 2 ^e sess., 33 ^e lég., 8 février 1988, p. 12706, 12712, 12715 et 12737.	398
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. XIV, 2 ^e sess., 33 ^e lég., 7 juillet 1988, p. 17224.	398
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 20 novembre 2001, p. 7346.	414
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques</i> , n ^o 60, 1 ^{re} sess., 32 ^e lég., 4 février 1982, p. 32.	259
Canada. Commissariat aux langues officielles. <i>Vérification de la prestation des services en français et en anglais aux passagers d'Air Canada : Rapport final</i> . Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2011.	359
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: Public Works and Government Services, 2006.	598
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 3, 3rd Sess., 34th Parl., October 4, 1991, pp. 3297-98.	101, 121
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. X, 2nd Sess., 33rd Parl., February 8, 1988, pp. 12706, 12712, 12715 and 12737.	398

Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. XIV, 2nd Sess., 33rd Parl., July 7, 1988, p. 17224.	398
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., November 20, 2001, p. 7346.	414
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs</i> , No. 60, 1st Sess., 32nd Parl., February 4, 1982, p. 32.	259
Canada. House of Commons. Standing Committee on Public Safety and National Security. <i>Mental Health and Drug and Alcohol Addiction in the Federal Correctional System: Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security</i> , 3rd Sess., 40th Parl., December 2010.	116
Canada. House of Commons. Standing Committee on Transport and Government Operations. Meeting No. 40 — Evidence, November 29, 2001.	414
Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. <i>Legislative Summary of Bill C-10: An Act to enact the Justice for Victims of Terrorism Act and to amend the State Immunity Act, the Criminal Code, the Controlled Drugs and Substances Act, the Corrections and Conditional Release Act, the Youth Criminal Justice Act, the Immigration and Refugee Protection Act and other Acts</i> , by Laura Barnett et al., Legal and Legislative Affairs Division, and Julie Béchar, Social Affairs Division, October 5, 2011, revised February 17, 2012.	208
Canada. Office of the Commissioner of Official Languages. <i>Audit of Service Delivery in English and French to Air Canada Passengers: Final Report</i> . Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 2011.	359
Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Transports et des communications. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des Transports et des communications</i> , fascicule n° 15 — Témoignages, 31 octobre 2001.	414
Canada. Sénat. <i>Débats du Sénat</i> , vol. 139, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 2 octobre 2001, p. 1346.	414
Canada. Sénat. <i>Débats du Sénat</i> , vol. IV, 2 ^e sess., 33 ^e lég., 27 juillet 1988, p. 4135-4136.	398
Canada. Senate. <i>Debates of the Senate</i> , vol. 139, 1st Sess., 37th Parl., October 2, 2001, p. 1346.	414
Canada. Senate. <i>Debates of the Senate</i> , vol. IV, 2nd Sess., 33rd Parl., July 27, 1988, pp. 4135-36.	398
Canada. Senate. Standing Senate Committee on Transport and Communications. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Transport and Communications</i> , Issue No. 15 — Evidence, October 31, 2001.	414
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 : Travaux publics et Services gouvernementaux, 2006.	598
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “purpose”.	317
Cassese, Antonio. <i>International Law</i> , 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.	257
Centre for Addiction and Mental Health. “Statement of Principles and Practices for Admission Prioritization”, October 2010.	114
Chassot, Laurent. <i>Les sources de la responsabilité du transporteur aérien international : entre conflit et complémentarité</i> . Genève : Schulthess Éditions Romandes, 2012.	368
<i>Cheshire and Fifoot’s Law of Contract</i> , 9th Australian ed., by N. C. Seddon and M. P. Ellinghaus. Chatswood, N.S.W.: LexisNexis Butterworths, 2008.	526
<i>Chitty on Contracts</i> , 31st ed., vol. I, <i>General Principles</i> , by H. G. Beale et al., eds. London: Sweet & Maxwell, 2012.	516

	PAGES
Clare, John E. J. “Evaluation of Proposals to Increase the ‘Warsaw Convention’ Limit of Passenger Liability” (1949), 16 <i>J. Air L. & Com.</i> 53.	410
Clark, Don. “Some Recent Developments in the Canadian Law of Contracts” (1993), 14 <i>Advocates’ Q.</i> 435. ...	527
Clarke, Malcolm. <i>Contracts of Carriage by Air</i> , 2nd ed. London: Lloyd’s List, 2010.	370
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 3 ^e éd. Montréal : Thémis, 1999.	389
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. ...	389
Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 ^e éd. Montréal : Thémis, 2009.	317, 389
Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.	317, 389
Currie, John H. <i>Public International Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.	204
Currie, John H., Craig Forcese, Joanna Harrington and Valerie Oosterveld. <i>International Law: Doctrine, Practice, and Theory</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2014.	206, 260
Dempsey, Paul Stephen. <i>Aviation Liability Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013.	364
Dempsey, Paul Stephen, and Michael Milde. <i>International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999</i> . Montréal: McGill University Institute of Air & Space Law, 2005.	364, 410
Dixon, Bill. “Common law obligations of good faith in Australian commercial contracts — a relational recipe” (2005), 33 <i>A.B.L.R.</i> 87.	531
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	119, 151, 316, 396
Ducharme, Léo. « Rapports canadiens — première partie : la vérité et la législation sur la procédure civile en droit québécois », dans <i>Travaux de l’Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française</i> , t. 38, <i>La vérité et le droit — Journées canadiennes</i> . Paris : Économica, 1987, 657.	307
Ducharme, Léo, et Charles-Maxime Panaccio. <i>L’administration de la preuve</i> , 4 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010.	307
Dwertmann, Eva. <i>The Reparation System of the International Criminal Court: Its Implementation, Possibilities and Limitations</i> . Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2010.	262
Dworkin, R. M. “Is Law a System of Rules?”, in R. M. Dworkin, ed., <i>The Philosophy of Law</i> . Oxford: Oxford University Press, 1977, 38.	529
Emanuelli, Claude. <i>Droit international public : Contribution à l’étude du droit international selon une perspective canadienne</i> , 3 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010.	204
États-Unis. Senate Report No. 249, 102nd Cong., 1st Sess. (1991).	267
Farnsworth, E. Allan. “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code” (1963), 30 <i>U. Chicago L. Rev.</i> 666.	527
Ferland, Denis, et Benoît Emery. <i>Précis de procédure civile du Québec</i> , vol. 1, 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.	309
Field, Andrew. “International Air Carriage, The Montreal Convention and the Injuries for Which There is No Compensation” (2006), 12 <i>Canta. L.R.</i> 237.	368
Fishman, Clifford S., and Anne T. McKenna. <i>Wiretapping & Eavesdropping: Surveillance in the Internet Age</i> , 3rd ed., vol. 4. Eagan, Minn.: Thomson/West, 2007 (loose-leaf updated November 2012).	338
Fontana, James A. <i>The Law of Search and Seizure in Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1992.	694

Fontana, James A., and David Keeshan. <i>The Law of Search and Seizure in Canada</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.	694
Forcese, Craig. “De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity” (2007), 52 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 127.	205
Fountain Court Chambers. <i>Carriage by Air</i> . London: Butterworths, 2001.	368
Fox, Hazel. “State Immunity and the International Crime of Torture”, [2006] <i>E.H.R.L.R.</i> 142.	220
Fox, Hazel, and Philippa Webb. <i>The Law of State Immunity</i> , 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. ...	204
Franklin, Ben A. “Wiretaps reveal Dr. King feared rebuff on nonviolence”, <i>The New York Times</i> , September 15, 1985.	598
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Contract in Canada</i> , 6th ed. Toronto: Carswell, 2011.	519
Gattini, Andrea. “Reparations to Victims”, in Antonio Cassese, ed., <i>The Oxford Companion to International Criminal Justice</i> . New York: Oxford University Press, 2009, 487.	262
Goldwasser, Vivien, and Tony Ciro. “Standards of Behaviour in Commercial Contracting” (2002), 30 <i>A.B.L.R.</i> 369.	528
Goodwin-Gill, Guy S. <i>The Refugee in International Law</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.	458
Goodwin-Gill, Guy S., and Jane McAdam. <i>The Refugee in International Law</i> , 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 2007.	458
Grahl-Madsen, Atle. <i>The Status of Refugees in International Law</i> , vol. I, <i>Refugee Character</i> . Leyden, Netherlands: Sijthoff, 1966.	479
Grammond, Sébastien. « La justice secrète : information confidentielle et procès civil » (1996), 56 <i>R. du B.</i> 437. ...	309
Grover, Warren. “A Solicitor Looks at Good Faith in Commercial Transactions”, in <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends</i> . Don Mills, Ont.: De Boo, 1985, 93.	535
Hall, Geoff R. <i>Canadian Contractual Interpretation Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.	517
Hathaway, James C., and Michelle Foster. <i>The Law of Refugee Status</i> , 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.	476
Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. « Note d’information sur l’application des clauses d’exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés » (2003).	483
Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. « Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d’exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés », HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003.	472
Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. <i>Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure</i> , vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated February 2014, release 30).	324
International Civil Aviation Organization. <i>International Conference on Air Law</i> , vol. I, <i>Minutes</i> , Doc. 9775-DC/2. Montréal: ICAO, 2001.	366
International Law Association. Committee on International Human Rights Law and Practice. <i>Interim report on the impact of the work of the United Nations human rights treaty bodies on national courts and tribunals</i> , 2002.	275
Koh, Harold Hongju. “Memorandum Opinion on the Geographic Scope of the Convention Against Torture and Its Application in Situations of Armed Conflict”, U.S. Department of State, January 21, 2013.	272
Koh, Harold Hongju. “Transnational Public Law Litigation” (1991), 100 <i>Yale L.J.</i> 2347.	254

Larocque, François. <i>Civil Actions for Uncivilized Acts: The Adjudicative Jurisdiction of Common Law Courts in Transnational Human Rights Proceedings</i> . Toronto: Irwin Law, 2010.	204
Larocque, François. « La Loi sur l'immunité des États canadienne et la torture » (2010), 55 <i>R.D. McGill/McGill L.J.</i> 81.	212
LeBel, Louis, and Gloria Chao. "The Rise of International Law in Canadian Constitutional Litigation: Fugue or Fusion? Recent Developments and Challenges in Internalizing International Law" (2002), 16 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 23.	215
Macaulay, Stewart. "An Empirical View of Contract", [1985] <i>Wis. L. Rev.</i> 465.	528
Macaulay, Stewart. "Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study" (1963), 28 <i>Am. Soc. Rev.</i> 55.	528
MacCormick, Neil. <i>Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy</i> , chapter 11, "The Obligation of Reparation". Oxford: Clarendon Press, 1982.	261
MacDougall, Bruce. <i>Estoppel</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.	538
Marseille, Claude. <i>La règle de la pertinence en droit de la preuve civile québécois</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004.	306
Mason, Anthony. "Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing" (2000), 116 <i>Law Q. Rev.</i> 66.	526
Mazzeschi, Riccardo Pisillo. "Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview" (2003), 1 <i>J.I.C.J.</i> 339.	262
McCamus, John D. <i>The Law of Contracts</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.	518
McKendrick, Ewan. <i>Contract Law</i> , 9th ed. Basingstoke, England: Palgrave Macmillan, 2011.	525
McNeely, Anne C. <i>Canadian Law of Competitive Bidding and Procurement</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2010.	525
Miller, Alan D., and Ronen Perry. "Good Faith Performance" (2013), 98 <i>Iowa L. Rev.</i> 689.	536
Nagel, Thomas. "Concealment and Exposure" (1998), 27 <i>Phil. & Publ. Aff.</i> 3.	672
Nations Unies. Collection des Traités. État de la <i>Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants</i> , base de données TMSG, État des traités, chapitre IV (9.).	274
Nations Unies. Comité contre la torture. <i>Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention</i> . Doc. N.U. CAT/C/CAN/CO/6, 25 juin 2012.	276
Nations Unies. Comité contre la torture. <i>Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la Convention</i> . Doc. N.U. CAT/C/CR/34/CAN, 7 juillet 2005.	276
Nations Unies. Comité contre la torture. <i>Observation générale n° 3 (2012) : Application de l'article 14 par les États parties</i> . Doc. N.U. CAT/C/GC/3, 13 décembre 2012.	246
Nations Unies. Commission des droits de l'homme. <i>Ensemble révisé de principes fondamentaux et de directives concernant le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire, établi par M. Theo van Boven en application de la décision 1995/117 de la Sous-Commission</i> . Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 mai 1996.	265
Nations Unies. Commission des droits de l'homme. <i>Rapport de l'expert indépendant M. Cherif Bassiouni, sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, présenté en application de la résolution 1998/43 de la Commission des droits de l'homme</i> . Doc. N.U. E/CN.4/1999/65, 8 février 1999.	265
Nations Unies. Commission des droits de l'homme. <i>Résumé établi par le Secrétaire général conformément à la résolution 18 (XXXIV) de la Commission</i> . Doc. N.U. E/CN.4/1314, 19 décembre 1978.	211

Nations Unies. Commission du droit international. <i>Guide de la pratique sur les réserves aux traités</i> , Rapport de la Commission du droit international, Doc. N.U. A/66/10/Add.1 (2011).	274
Nations Unies. <i>Examen du sixième rapport du Canada sur la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants</i> , 2012.	244
Nations Unies. <i>Rapport du Comité contre la torture</i> . Doc. N.U. A.G. A/55/44 (2000).	276
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides : Compte rendu analytique de la vingt-quatrième séance</i> , Doc. N.U. A/CONF.2/SR.24 (1951).	478
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides : Compte rendu analytique de la vingt-neuvième séance</i> , Doc. N.U. A/CONF.2/SR.29 (1951).	478
Nations Unies. <i>Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees</i> , vol. III, <i>The Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons</i> , 2-25 July 1951, Geneva, Switzerland. Compiled by Alex Takkenberg and Christopher C. Tahbaz. Amsterdam : Dutch Refugee Council, 1989.	446
Nowak, Manfred, and Elizabeth McArthur, with the contribution of Kerstin Buchinger et al. <i>The United Nations Convention Against Torture: A Commentary</i> . Oxford: Oxford University Press, 2008.	245, 270
O’Byrne, Shannon Kathleen. “Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments” (1995), 74 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 70.	520
O’Byrne, Shannon Kathleen. “The Implied Term of Good Faith and Fair Dealing: Recent Developments” (2007), 86 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 193.	521
O’Connor, J. F. <i>Good Faith in English Law</i> . Aldershot, England: Dartmouth, 1990.	518
O’Flaherty, Michael. “The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies” (2006), 6 <i>Hum. Rts. L. Rev.</i> 27.	275
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Amendment of the Law of Contract</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.	514
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “violence”.	160
Peden, Elisabeth. “Good faith in the performance of contract law” (2004), 42 <i>L.S.J.</i> 64.	526
Peden, Elisabeth. “When Common Law Trumps Equity: the Rise of Good Faith and Reasonableness and the Demise of Unconscionability” (2005), 21 <i>J.C.L.</i> 226.	519
Perry, Stephen R. “The Moral Foundations of Tort Law” (1992), 77 <i>Iowa L. Rev.</i> 449.	261
<i>Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> , nouvelle éd. Paris : Le Robert, 2012.	160, 317
Pineau, Jean. “La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière contractuelle?”, dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 113, <i>La réforme du Code civil, cinq ans plus tard</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998, 141.	537
Powell, Raphael. “Good Faith in Contracts” (1956), 9 <i>Curr. Legal Probs.</i> 16.	515
Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. <i>Rapport du Comité de révision de la procédure civile : une nouvelle culture judiciaire</i> . Québec : Le Comité, 2001.	308
Radošević, Sonja. “CJEU’s Decision in <i>Nelson and Others</i> in Light of the Exclusivity of the Montreal Convention” (2013), 38 <i>Air & Space L.</i> 95.	371
Ranganathan, Prasanna. “Survivors of Torture, Victims of Law: Reforming State Immunity in Canada by Developing Exceptions for Terrorism and Torture” (2008), 71 <i>Sask. L. Rev.</i> 343.	207

Reid, Hubert, avec la collaboration de Simon Reid. <i>Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français</i> , 4 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010, « fins ».	317
Reiter, B. J. “Good Faith in Contracts” (1983), 17 <i>Val. U.L. Rev.</i> 705.	526
Roach, Kent. “Overseeing Information Sharing”, in Hans Born and Aidan Wills, eds., <i>Overseeing Intelligence Services: A Toolkit</i> . Geneva: Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2012, 129.	599
Royaume-Uni. Intelligence and Security Committee. <i>Rendition</i> . London : The Committee, 2007.	604
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. <i>La preuve civile</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.	307
Sanchez, Julian. “Wiretapping’s true danger”, <i>Los Angeles Times</i> , March 16, 2008.	598
Scassa, Teresa. “Violence Against Women in Law Schools” (1992), 30 <i>Alta. L. Rev.</i> 809.	161
<i>Shawcross and Beaumont: Air Law</i> , by J. David McClean et al., eds. London: LexisNexis, 1997 (loose-leaf updated March 2008, issue 111).	364
Steyn, Johan. “Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men” (1997), 113 <i>Law Q. Rev.</i> 433.	518
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.	95, 165, 219, 316, 389
Summers, Robert S. “‘Good Faith’ in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code” (1968), 54 <i>Va. L. Rev.</i> 195.	521
Swan, Angela, and Jakub Adamski. <i>Canadian Contract Law</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.	516
Swan, John. “Whither Contracts: A Retrospective and Prospective Overview”, in <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Contracts</i> . Don Mills, Ont.: De Boo, 1984, 125. ...	516
Tessier, Pierre. « La vérité et la justice » (1988), 19 <i>R.G.D.</i> 29.	306
Tompkins, George N., Jr. “The Continuing Development of Montreal Convention 1999 Jurisprudence” (2010), 35 <i>Air & Space L.</i> 433.	370
Trumbull, Charles P., IV. “The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings” (2008), 29 <i>Mich. J. Int’l L.</i> 777.	264
United Kingdom. Intelligence and Security Committee. <i>Rendition</i> . London: The Committee, 2007.	603
United Nations. <i>Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees</i> , vol. III, <i>The Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons</i> , 2-25 July 1951, Geneva, Switzerland. Compiled by Alex Takkenberg and Christopher C. Tahbaz. Amsterdam: Dutch Refugee Council, 1989.	446
United Nations. Commission on Human Rights. <i>Report of the independent expert on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms, Mr. M. Cherif Bassiouni, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1998/43</i> . U.N. Doc. E/CN.4/1999/65, February 8, 1999.	265
United Nations. Commission on Human Rights. <i>Revised set of basic principles and guidelines on the right to reparation for victims of gross violations of human rights and humanitarian law prepared by Mr. Theo van Boven pursuant to Sub-Commission decision 1995/117</i> . U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/17, May 24, 1996.	265
United Nations. Commission on Human Rights. <i>Summary prepared by the Secretary-General in accordance with Commission resolution 18 (XXXIV)</i> . U.N. Doc. E/CN.4/1314, December 19, 1978.	211
United Nations. Committee against Torture. <i>Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention</i> . U.N. Doc. CAT/C/CAN/CO/6, June 25, 2012.	276

United Nations. Committee against Torture. <i>Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention</i> . U.N. Doc. CAT/C/CR/34/CAN, July 7, 2005.	276
United Nations. Committee against Torture. <i>General comment No. 3 (2012): Implementation of article 14 by States parties</i> . U.N. Doc. CAT/C/GC/3, December 13, 2012.	246
United Nations. General Assembly. <i>Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Twenty-fourth Meeting</i> , U.N. Doc. A/CONF.2/SR.24 (1951).	478
United Nations. General Assembly. <i>Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Twenty-ninth Meeting</i> , U.N. Doc. A/CONF.2/SR.29 (1951).	478
United Nations. International Law Commission. <i>Guide to Practice on Reservations to Treaties</i> , Report of the International Law Commission, U.N. Doc. A/66/10/Add.1 (2011).	274
United Nations. <i>Report of the Committee against Torture</i> . U.N. Doc. G.A. A/55/44 (2000).	276
United Nations. <i>Review of Canada's Sixth Report on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment</i> , 2012.	244
United Nations. Treaty Collection. <i>Status of Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment</i> , MTDSG Database, Status of Treaties, Chapter IV (9.).	274
United Nations High Commissioner for Refugees. "Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees" (2003).	483
United Nations High Commissioner for Refugees. "Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees", HCR/GIP/03/05, September 4, 2003.	472
United States. Senate Report No. 249, 102nd Cong., 1st Sess. (1991).	267
van Ert, Gib. <i>Using International Law in Canadian Courts</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.	215
Waddams, S. M. "Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations" (1995), 9 <i>J.C.L.</i> 55.	519
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2010.	518
Weber, Ludwig, and Arie Jakob. "The Modernization of the Warsaw System: The Montreal Convention of 1999" (1999), 24 <i>Ann. Air & Sp. L.</i> 333.	364
Wegter, Jorn J. "The ECJ Decision of 10 January 2006 on the Validity of Regulation 261/2004: Ignoring the Exclusivity of the Montreal Convention" (2006), 31 <i>Air & Space L.</i> 133.	383
Weinrib, Ernest. "The Special Morality of Tort Law" (1989), 34 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 403.	261
Yee, Woo Pei. "Protecting Parties' Reasonable Expectations: A General Principle of Good Faith" (2001), 1 <i>O.U.C.L.J.</i> 195.	516
Zegveld, Liesbeth. "Victims' Reparations Claims and International Criminal Courts: Incompatible Values?" (2010), 8 <i>J.I.C.J.</i> 79.	262

Andrew Gordon Wakeling *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada on behalf
of the United States of America and
Attorney General of British
Columbia** *Respondents*

and

Andrew Wakeling *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada on behalf of
the Minister of Justice** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Canadian Civil Liberties Association,
British Columbia
Civil Liberties Association,
Information and Privacy
Commissioner of Ontario and
Privacy Commissioner
of Canada** *Intervenors*

**INDEXED AS: WAKELING v. UNITED STATES
OF AMERICA**

2014 SCC 72

File No.: 35072.

2014: April 22; 2014: November 14.

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

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Search
and seizure — Fundamental justice — Interception of
communications — Exemption from offence of disclos-
ing intercepted private communication without consent
— Provision of Criminal Code exempting disclosure of*

Andrew Gordon Wakeling *Appellant*

c.

**Procureur général du Canada au nom des
États-Unis d'Amérique et procureur général
de la Colombie-Britannique** *Intimés*

et

Andrew Wakeling *Appellant*

c.

**Procureur général du Canada au nom du
ministre de la Justice** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général du Québec,
Association canadienne des libertés civiles,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique,
commissaire à l'information et à la
protection de la vie privée de l'Ontario
et commissaire à la protection
de la vie privée du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : WAKELING c. ÉTATS-UNIS
D'AMÉRIQUE**

2014 CSC 72

N° du greffe : 35072.

2014 : 22 avril; 2014 : 14 novembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles,
perquisitions et saisies — Justice fondamentale — Inter-
ception de communications — Exception à l'infraction de
divulguer, sans le consentement de l'intéressé, des com-
munications privées interceptées — Disposition du Code*

lawfully intercepted private communication to person or authority with responsibility in a foreign state for investigation or prosecution of offences if disclosure is intended to be in the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere — Whether provision unjustifiably infringes s. 7 or 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 193(2)(e).

Criminal law — Interception of communications — Disclosure of information — Exemption from offence — Whether exemption provision which authorizes sharing of lawfully obtained wiretap information between Canadian and foreign law enforcement agencies is constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 193(2)(e).

The RCMP lawfully intercepted private communications between W and others that revealed a plot to transport drugs into the United States of America. The wiretap information was disclosed to U.S. authorities, who used it to seize a large quantity of ecstasy pills at a border crossing. The U.S. requested W's extradition. At the extradition hearing, W submitted that legislation authorizing the disclosure violates ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the intercepted communications should not be admitted as evidence. The extradition judge rejected W's arguments and issued a committal order. The Court of Appeal dismissed the appeal.

Held (Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per LeBel, Rothstein and Moldaver JJ.: The ability to share information between law enforcement agencies facilitates the effective investigation of domestic and multi-jurisdictional crime. Part VI of the *Criminal Code* sets out a comprehensive scheme intended by Parliament to exclusively govern the interception and use of private communications for law enforcement purposes. Therefore, there is no need to consider the constitutionality of s. 8(2)(f) of the *Privacy Act*. Section 193(2)(e) of the *Criminal Code* is the governing provision in this case. Although not structured as an explicit authorizing provision, it implicitly authorizes cross-border disclosure of lawfully intercepted wiretap information. Accordingly, the arguments raised by W properly go to the constitutionality of s. 193(2)(e).

criminel qui autorise la divulgation de communications privées licitement interceptées à une personne ou un organisme étranger chargé de la recherche ou de la poursuite des infractions si la divulgation vise à servir l'administration de la justice au Canada ou ailleurs — La disposition porte-t-elle atteinte de manière injustifiée aux art. 7 ou 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 193(2)e).

Droit criminel — Interception de communications — Communication de renseignements — Exception à l'infraction — La disposition prévoyant l'exception qui autorise la communication de renseignements obtenus licitement par écoute électronique entre des organismes canadiens et étrangers d'application de la loi est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 193(2)e).

La GRC a licitement intercepté des communications privées entre W et d'autres personnes. Ces communications ont révélé l'existence d'un complot en vue de faire passer de la drogue aux États-Unis d'Amérique. Les renseignements obtenus par écoute électronique ont été communiqués aux autorités américaines, qui les ont utilisés pour saisir une grande quantité de comprimés d'ecstasy à un poste frontalier. Les É.-U. ont demandé l'extradition de W. À l'audience d'extradition, W a soutenu que les dispositions législatives qui autorisent la divulgation violent les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que les communications interceptées ne devraient donc pas être admises en preuve. La juge d'extradition a rejeté les arguments de W et prononcé une ordonnance d'incarcération. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

Arrêt (les juges Abella, Cromwell et Karakatsanis sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges LeBel, Rothstein et Moldaver : La capacité qu'ont les organismes d'application de la loi de se communiquer de l'information favorise la conduite d'enquêtes criminelles efficaces relevant du Canada et de plusieurs pays. Le législateur a voulu établir à la partie VI du *Code criminel* un régime exhaustif qui régit de manière exclusive l'interception et l'utilisation de communications privées aux fins d'application de la loi. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la constitutionnalité de l'al. 8(2)f) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La disposition déterminante en l'espèce est l'al. 193(2)e) du *Code criminel*. Bien qu'il ne soit pas formulé comme une disposition expressément habilitante, l'al. 193(2)e) autorise implicitement la divulgation transfrontalière de renseignements obtenus licitement par écoute électronique. Les arguments présentés par W touchent donc à juste titre la constitutionnalité de l'al. 193(2)e).

Section 8 of the *Charter* is engaged. Although a disclosure is not a search within the meaning of s. 8, s. 8 protects wiretap targets at both the interception and disclosure stages under Part VI of the *Criminal Code*. Wiretap interceptions are highly invasive and pose heightened privacy concerns. There is a residual, albeit diminished, expectation of privacy in wiretap information after it has been lawfully collected. W's s. 7 arguments need not be addressed. They are subsumed under the s. 8 analysis.

In order for a search to be reasonable under s. 8, it must be authorized by law, the law itself must be reasonable, and the search must be carried out in a reasonable manner. This same framework applies, *mutatis mutandis*, to disclosures made pursuant to s. 193(2)(e). Applying this framework to the facts at hand, there is no violation of s. 8. The disclosure in this case was lawfully authorized by s. 193(2)(e), and the legislation, taken as a whole, is reasonable. Furthermore, there is no evidence that the manner of disclosure was unreasonable.

With respect to the first step of the s. 8 framework, the disclosure in this case was authorized by law. A disclosure will be authorized by law where it is carried out in accordance with the procedural and substantive requirements the law provides. Section 193(2)(e) requires that the recipient must be a person or authority with responsibility in a foreign state for the investigation or prosecution of offences, and the disclosure must be intended to be in the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere. The disclosure in this case was provided to U.S. law enforcement authorities for the purpose of foiling a cross-border drug smuggling operation. In making the disclosure, Canadian authorities intended to advance the administration of justice in Canada and the United States.

Turning to the second step, s. 193(2)(e) is a reasonable law. First, it is not unconstitutionally overbroad. It limits the type of information that may be disclosed, the purpose for which it may be disclosed, and the persons to whom it may be disclosed. Second, it is not unconstitutionally vague. While “the administration of justice” as used in s. 193(2)(e) is a broad concept, it is not one that so lacks in precision as to give insufficient guidance for legal debate. In this context, the phrase “the administration of

L'article 8 de la *Charte* entre en jeu. Bien qu'une divulgation ne soit pas une fouille ou une perquisition au sens de l'art. 8, cet article protège les cibles d'écoute électronique à la fois au stade de l'interception et à celui de la divulgation sous le régime de la partie VI du *Code criminel*. Les interceptions par écoute électronique sont très envahissantes et suscitent des inquiétudes accrues en matière de respect de la vie privée. Une attente résiduelle, mais moindre, en matière de vie privée subsiste à l'égard des renseignements obtenus par écoute électronique après leur collecte licite. Il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments de W relatifs à l'art. 7. Ils relèvent de l'analyse fondée sur l'art. 8 de la *Charte*.

Pour qu'une fouille ou une perquisition ne soit pas abusive au sens de l'art. 8, elle doit être autorisée par la loi, la loi elle-même doit n'avoir rien d'abusif, et la fouille ou perquisition ne doit pas être effectuée d'une manière abusive. Le même cadre d'analyse s'applique, *mutatis mutandis*, aux divulgations faites en vertu de l'al. 193(2)(e). Si l'on applique ce cadre aux faits de l'espèce, il n'y a pas de violation de l'art. 8. La divulgation en l'espèce a été licitement autorisée par l'al. 193(2)(e) et la législation, prise dans son ensemble, est raisonnable. En outre, rien ne prouve que la divulgation a été faite de manière abusive.

Pour ce qui est de la première étape du cadre d'analyse fondé sur l'art. 8, la divulgation en l'espèce était autorisée par la loi. Une divulgation est autorisée par la loi si elle est effectuée conformément aux exigences procédurales et substantielles que la loi prescrit. Aux termes de l'al. 193(2)(e), le destinataire doit être une personne ou un organisme étranger chargé de la recherche ou de la poursuite des infractions, et la divulgation doit viser à servir l'administration de la justice au Canada ou ailleurs. En l'espèce, les renseignements ont été communiqués aux autorités policières américaines dans le but de déjouer une opération transfrontalière de contrebande de drogue. En communiquant ces renseignements, les autorités canadiennes cherchaient à servir l'administration de la justice au Canada et aux États-Unis.

En ce qui concerne la deuxième étape, l'al. 193(2)(e) est une disposition législative raisonnable. Premièrement, il n'est pas inconstitutionnel pour cause de portée excessive. Il limite le type de renseignements qui peuvent être divulgués, l'objectif de leur divulgation et les personnes à qui ils peuvent être divulgués. Deuxièmement, il n'est pas inconstitutionnel pour cause d'imprécision. Bien que l'expression « l'administration de la justice » employée à l'al. 193(2)(e) soit un concept large, il ne s'agit pas d'un

justice” means that the disclosure must be for a legitimate law enforcement purpose.

Third, s. 193(2)(e) is not unconstitutional for lack of accountability or transparency mechanisms. Part VI of the *Criminal Code* contains numerous privacy safeguards. The judicial authorization relating to the initial interception requires privacy interests to be balanced with the interests of law enforcement. The interception of communications is also subject to notice and reporting requirements. Additionally, accountability has been built into the disclosure scheme itself. A disclosure that fails to comply with s. 193(2)(e) can lead to criminal charges against the disclosing party or result in the exclusion of improperly disclosed evidence at a subsequent proceeding. This provides a powerful incentive for Canadian authorities to comply with s. 193(2)(e). Finally, although not constitutionally mandated in every case, adherence to international protocols and the use of caveats or information-sharing agreements may be relevant in determining whether a disclosure was intended to advance the administration of justice, and therefore was authorized by s. 193(2)(e).

As regards the third step of the s. 8 framework, the use of protocols, caveats, or agreements may also be relevant to assessing whether the disclosure was carried out in a reasonable manner. The disclosure in this case was carried out in a reasonable manner. Nothing suggests that the police acted unreasonably. However, in different factual contexts, there may be significant potential dangers posed by the disclosure of intercepted communications to foreign authorities. Where a disclosing party knows or should have known that the information could be used in unfair trials, to facilitate discrimination or political intimidation, or to commit torture or other human rights violations, s. 8 requires that the disclosure, if permissible at all, be carried out in a reasonable manner. In the most serious cases, s. 8 will forbid disclosure. In other cases, information-sharing protocols or caveats may sufficiently mitigate the risks.

concept qui manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire. Dans ce contexte, l’emploi de l’expression « l’administration de la justice » signifie que la divulgation doit avoir un but légitime d’application de la loi.

Troisièmement, l’al. 193(2)e) n’est pas inconstitutionnel du fait qu’il ne prévoit aucun mécanisme de reddition de compte ou mécanisme assurant la transparence. La partie VI du *Code criminel* prévoit de nombreuses garanties en matière de vie privée. Le juge qui autorise l’interception initiale doit mettre en balance les droits à la vie privée et l’intérêt à assurer l’application de la loi. L’interception de communications est également assujettie à des obligations de donner un avis et de faire rapport. En outre, la reddition de compte a été intégrée au régime de divulgation lui-même. La divulgation qui ne respecte pas l’al. 193(2)e) peut entraîner le dépôt d’accusations criminelles contre son auteur ou donner lieu, dans le cadre de procédures judiciaires ultérieures, à l’exclusion des preuves communiquées abusivement. Cela incite fortement les autorités canadiennes à respecter l’al. 193(2)e). Enfin, même si la Constitution ne l’exige pas dans tous les cas, l’adhésion à des protocoles internationaux et le recours à des mises en garde, ou encore la conclusion d’accords sur la communication de renseignements, peuvent être utiles pour savoir si une divulgation donnée visait à servir l’administration de la justice et était donc autorisée par l’al. 193(2)e).

En ce qui concerne la troisième étape du cadre d’analyse fondé sur l’art. 8, le recours à des protocoles, à des mises en garde ou à des accords peut aussi être utile pour savoir si la divulgation a été effectuée de manière raisonnable. En l’espèce, la divulgation a été effectuée de manière raisonnable. Rien ne porte à croire que les policiers ont agi de façon abusive. Toutefois, dans des contextes factuels différents, la divulgation à des autorités étrangères de communications interceptées pourrait poser des dangers importants. Lorsque la partie qui fait une divulgation sait ou aurait dû savoir que les renseignements pourraient être utilisés dans des procès inéquitables, pour faciliter la discrimination ou l’intimidation politique, pour pratiquer la torture ou pour commettre d’autres violations des droits de la personne, l’art. 8 exige que la divulgation, si elle est un tant soit peu acceptable, ne soit pas effectuée de manière abusive. Dans les cas les plus graves, l’art. 8 interdit toute divulgation. Dans d’autres cas, le recours à des protocoles de communication de renseignements ou la formulation de mises en garde sont susceptibles d’atténuer suffisamment les risques.

Per McLachlin C.J.: The only issue on this appeal is whether the disclosure of the intercepted communications violated s. 8 of the *Charter*, and, if so, whether the evidence should have been excluded under s. 24(2). It is not necessary to consider the constitutionality of s. 193(2)(e), s. 193(2)(b) or the *Privacy Act* to answer that question. W has not shown an infringement of his s. 8 rights. The individual whose communications are lawfully intercepted under a valid and reasonably executed warrant cannot complain that use of the information for law enforcement breaches his right to privacy. This principle is not confined to the use of information in Canada. Sharing the information for purposes of law enforcement does not violate s. 8. Sections 7 and 8 of the *Charter* protect against unreasonable uses of lawfully intercepted information but in this case, where the information was disclosed to U.S. authorities for law enforcement purposes, these residual concerns about unreasonable use do not arise. W's rights were not violated.

Section 193(2)(e) does not change this. It is not an authorizing provision. It does not confer a power on Canadian authorities to share information with foreign counterparts. The provision operates by exempting officers from prosecution where they disclosed intercepted communications under their common law powers. Section 193(1) of the *Criminal Code* makes it an offence to disclose intercepted private communications without consent. Section 193(2)(e) is an exemption from that offence. It preserves the common law power of law enforcement authorities to share lawfully obtained information for purposes of law enforcement both domestically and abroad. The exception prevents law enforcement officers from being convicted for using information obtained under warrant for purposes of law enforcement. It is therefore unnecessary to opine on the constitutionality of s. 193(2)(e).

Per Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. (dissenting): Section 193(2)(e) violates s. 8 of the *Charter* in a manner that is not justified under s. 1. It permits disclosure of wiretapped information to foreign officials without safeguards or restrictions on how the information may be used and without accountability measures for this broad state power. Nothing restrains foreign law enforcement officials from using this highly personal information in unfair trials or in ways that violate human rights norms, from publicly disseminating the information, or

La juge en chef McLachlin : En l'espèce, la seule question est de savoir si la divulgation des communications interceptées violait les droits garantis par l'art. 8 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si la preuve aurait dû être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Il est inutile d'analyser la constitutionnalité de l'al. 193(2)(e), de l'al. 193(2)(b) ou de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour répondre à cette question. W n'a pas démontré qu'il y a eu atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8. La personne dont les communications sont licitement et raisonnablement interceptées en vertu d'un mandat valide ne peut prétendre que l'utilisation des renseignements aux fins d'application de la loi porte atteinte à son droit à la vie privée. Ce principe ne s'applique pas uniquement à l'usage de renseignements au Canada. La communication de renseignements aux fins d'application de la loi ne viole pas l'art. 8. Les articles 7 et 8 de la *Charte* empêchent l'utilisation abusive de renseignements obtenus licitement par écoute électronique mais, dans la présente affaire, où l'information a été divulguée aux autorités américaines aux fins d'application de la loi, ces craintes résiduelles à propos de l'utilisation abusive ne se posent pas. Les droits de W n'ont pas été violés.

L'alinéa 193(2)(e) ne change pas la donne. Ce n'est pas une disposition habilitante. Il ne confère pas aux autorités canadiennes le pouvoir de communiquer des renseignements aux autorités étrangères. La disposition a pour effet de mettre les agents à l'abri de poursuites lorsqu'ils divulguent des communications privées interceptées dans l'exercice des pouvoirs qu'ils tiennent de la common law. Selon le par. 193(1) du *Code criminel*, commet une infraction quiconque divulgue sans le consentement de l'intéressé des communications privées interceptées. L'alinéa 193(2)(e) prévoit une exception à cette infraction. Il maintient le pouvoir que les forces de l'ordre tiennent de la common law de communiquer des renseignements licitement obtenus aux fins d'application de la loi tant au pays qu'à l'étranger. L'exception empêche que les agents des forces de l'ordre soient condamnés pour avoir utilisé des renseignements obtenus par mandat aux fins d'application de la loi. Il n'est donc pas nécessaire de se prononcer sur la constitutionnalité de l'al. 193(2)(e).

Les juges Abella, Cromwell et Karakatsanis (dissidents) : L'alinéa 193(2)(e) viole l'art. 8 de la *Charte* d'une manière qui n'est pas justifiée au sens de l'article premier. Il permet de divulguer des renseignements obtenus par écoute électronique à des responsables étrangers sans garantie ou restriction quant à l'utilisation de ces renseignements et sans mesure de reddition de compte visant ce pouvoir étendu de l'État. Rien n'empêche les responsables étrangers de l'application de la loi d'utiliser ces renseignements très personnels dans des procès inéquitables

from sharing it with other states. The torture of Maher Arar in Syria provides a chilling example of the dangers of unconditional information sharing. Section 8 requires that when a law authorizes intrusions on privacy, it must do so in a reasonable manner. A reasonable law must have adequate safeguards to prevent abuse. It must avoid intruding farther than necessary. It must strike an appropriate balance between privacy and other public interests. Section 193(2)(e) falls short on all three counts. The permitted disclosure to foreign officials without safeguards renders the Part VI wiretap regime of the *Criminal Code* unconstitutional. The appropriate remedy is to strike the words “or to a person or authority with responsibility in a foreign state” from s. 193(2)(e). It is unnecessary to consider the constitutionality of s. 8(2)(f) of the *Privacy Act* or arguments with respect to s. 7 of the *Charter*.

Balancing the state’s interest in a search and the public interest in protecting privacy involves asking what level of privacy protection we are entitled to expect. International cooperation and information sharing are essential to law enforcement. Canadian interests are served by appropriate information sharing with other jurisdictions. Timely disclosure will often be critical in the investigation of serious transnational crimes. However, when information is shared across jurisdictional lines, safeguards that apply in domestic investigations lose their force. Section 193(2)(e) does nothing to prevent the use of disclosed information in proceedings which fail to respect due process and human rights. The requirement of prior judicial authorization does not provide sufficient protection against inappropriate future use. The failure to require caveats on the use of disclosed information is unreasonable. Caveats or standing agreements would not undermine the objectives of the wiretap scheme. They are commonplace in international law enforcement cooperation and provide some assurance that disclosed information will only be used in accordance with respect for due process and human rights.

ou d’une façon contraire aux normes établies en matière de droits de la personne, de les diffuser publiquement ou de les communiquer à d’autres États. La torture infligée à Maher Arar en Syrie est un exemple troublant des dangers de la communication sans condition de renseignements. Lorsqu’une loi permet qu’il soit porté atteinte au droit à la vie privée, l’art. 8 exige qu’elle le fasse de façon raisonnable. Une loi raisonnable doit comporter des garanties adéquates pour prévenir les abus. Elle ne doit pas entraîner une immixtion plus grande que nécessaire dans la vie privée. Elle doit établir un juste équilibre entre le droit à la vie privée et d’autres intérêts publics. L’alinéa 193(2)e ne satisfait à aucune de ces trois exigences. La divulgation à des responsables étrangers permise sans garantie rend inconstitutionnel le régime d’écoute électronique prévu à la partie VI du *Code criminel*. La réparation appropriée consiste à supprimer de l’al. 193(2)e les mots « à une personne ou un organisme étranger chargé [. . .] ailleurs ». Il n’est pas nécessaire d’examiner la constitutionnalité de l’al. 8(2)f) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou les arguments relatifs à l’art. 7 de la *Charte*.

Pour établir un juste équilibre entre l’intérêt de l’État dans la fouille ou la perquisition et l’intérêt du public à protéger la vie privée, nous devons nous demander à quelle protection de la vie privée nous sommes en droit de nous attendre. La collaboration et la communication de renseignements à l’échelle internationale sont essentielles à l’application de la loi. Les intérêts du Canada sont servis par la communication convenable de renseignements à d’autres pays. La divulgation faite en temps opportun se révèle souvent cruciale dans les enquêtes sur de graves crimes transfrontaliers. Toutefois, lorsque des renseignements sont communiqués au-delà des frontières, les garanties qui s’appliquent lors d’enquêtes menées au Canada cessent d’avoir effet. L’alinéa 193(2)e n’empêche en rien l’utilisation de renseignements divulgués dans des procédures qui ne respectent pas l’application régulière de la loi et les droits de la personne. L’obligation d’obtenir au préalable l’autorisation du tribunal n’offre pas de protection suffisante contre la divulgation ultérieure abusive. L’omission de requérir une mise en garde concernant l’utilisation des renseignements divulgués est déraisonnable. Les mises en garde ou ententes permanentes n’entraveraient pas la réalisation des objectifs du régime d’écoute électronique. Elles sont monnaie courante dans la collaboration internationale en matière d’application de la loi et offrent une certaine assurance que les renseignements communiqués ne seront utilisés qu’en conformité avec l’application régulière de la loi et les droits de la personne et dans le respect de ceux-ci.

For a law to provide reasonable authority for a search or seizure, it must include some mechanism to permit oversight of state use of the power. Accountability mechanisms deter and identify inappropriate intrusions on privacy. None of the safeguards in Part VI apply to disclosure to foreign officials. Improper or hazardous information sharing is unlikely to come to light without record-keeping, reporting or notice obligations. It is for Parliament to decide what measures are most appropriate, but, at a minimum, the disclosing party should be required to create a written record and to make the sharing known to the target or to government.

The infringement of s. 8 of the *Charter* is not justified under s. 1. The objective of international cooperation in law enforcement is pressing and substantial, and disclosure of wiretap information is rationally connected to that objective. However, s. 193(2)(e) as it is presently drafted interferes with privacy to a greater extent than necessary. The inclusion of accountability mechanisms and limits on subsequent use would cure the constitutional deficiencies without undermining Parliament's goals.

Cases Cited

By Moldaver J.

Distinguished: *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; **referred to:** *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Imperial Oil v. Jacques*, 2014 SCC 66, [2014] 3 S.C.R. 287; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Samson* (1982), 37 O.R. (2d) 237; *R. v. Finlay* (1985), 52 O.R. (2d) 632.

By McLachlin C.J.

Referred to: *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 287; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *Imperial Oil v. Jacques*, 2014 SCC 66, [2014] 3 S.C.R. 287.

By Karakatsanis J. (dissenting)

R. v. Duarte, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R.

Pour qu'une loi confère un pouvoir raisonnable de fouille, de perquisition ou de saisie, elle doit comporter un mécanisme permettant de surveiller l'exercice de ce pouvoir par l'État. Les mécanismes de reddition de compte découragent et débusquent les atteintes abusives au droit à la vie privée. Aucune des garanties prévues à la partie VI ne s'applique à la divulgation de renseignements à des responsables étrangers. Il est peu probable qu'une communication irrégulière ou dangereuse de renseignements soit mise au jour en l'absence d'obligations de conserver des dossiers, de présenter des rapports ou de donner des avis. Il appartient au législateur de décider quelles mesures sont les plus opportunes, mais la partie qui fait la divulgation devrait à tout le moins être tenue de consigner par écrit la communication et d'en informer la cible ou l'État.

L'atteinte à l'art. 8 de la *Charte* n'est pas justifiée au sens de l'article premier. L'objectif de coopération internationale dans l'application de la loi est urgent et réel, et la divulgation de renseignements obtenus par écoute électronique a un lien rationnel avec cet objectif. Toutefois, l'al. 193(2)e dans sa forme actuelle porte davantage atteinte à la vie privée qu'il ne le faut. L'introduction de mécanismes de reddition de compte et de limites concernant l'utilisation ultérieure des renseignements obtenus remédierait à l'inconstitutionnalité de cette disposition sans miner les objectifs du législateur.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; **arrêts mentionnés :** *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Samson* (1982), 37 O.R. (2d) 237; *R. c. Finlay* (1985), 52 O.R. (2d) 632.

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

R. c. Duarte, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S.

554; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Brown v. The Queen*, 2013 FCA 111, 2013 D.T.C. 5094; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act, S.C. 1993, c. 40.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part VI, ss. 183, 184.1, 184.2, 184.4, 185, 186, 193, 195, 196, 487.01(5).
Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. M.56, s. 8(1).
Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8.
Response to the Supreme Court of Canada Decision in R. v. Tse Act, S.C. 2013, c. 8.

Authors Cited

Austin, Lisa M. “Information Sharing and the ‘Reasonable’ Ambiguities of Section 8 of the Charter” (2007), 57 *U.T.L.J.* 499.
 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: Public Works and Government Services, 2006.
 Franklin, Ben A. “Wiretaps reveal Dr. King feared rebuff on nonviolence”, *The New York Times*, September 15, 1985.
 Roach, Kent. “Overseeing Information Sharing”, in Hans Born and Aidan Wills, eds., *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit*. Geneva: Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2012, 129.
 Sanchez, Julian. “Wiretapping’s true danger”, *Los Angeles Times*, March 16, 2008.
 United Kingdom. Intelligence and Security Committee. *Rendition*. London: The Committee, 2007.

554; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Brown c. La Reine*, 2013 CAF 111 (CanLII); *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie VI, art. 183, 184.1, 184.2, 184.4, 185, 186, 193, 195, 196, 487.01(5).
Loi donnant suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l’affaire R. c. Tse, L.C. 2013, ch. 8.
Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication, L.C. 1993, ch. 40.
Loi sur l’accès à l’information municipale et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. M.56, art. 8(1).
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8.

Doctrine et autres documents cités

Austin, Lisa M. « Information Sharing and the “Reasonable” Ambiguities of Section 8 of the Charter » (2007), 57 *U.T.L.J.* 499.
 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 : Travaux publics et Services gouvernementaux, 2006.
 Franklin, Ben A. « Wiretaps reveal Dr. King feared rebuff on nonviolence », *The New York Times*, September 15, 1985.
 Roach, Kent. « Overseeing Information Sharing », in Hans Born and Aidan Wills, eds., *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit*. Geneva : Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2012, 129.
 Royaume-Uni. Intelligence and Security Committee. *Rendition*. London : The Committee, 2007.
 Sanchez, Julian. « Wiretapping’s true danger », *Los Angeles Times*, March 16, 2008.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Low, Groberman and MacKenzie JJ.A.), 2012 BCCA 397, 328 B.C.A.C. 174, 558 W.A.C. 174, 293 C.C.C. (3d) 196, 267 C.R.R. (2d) 279, [2012] B.C.J. No. 2057 (QL), 2012 CarswellBC 3067, affirming a decision of Ross J., 2011 BCSC 165, 268 C.C.C. (3d) 295, 228 C.R.R. (2d) 239, [2011] B.C.J. No. 212 (QL), 2011 CarswellBC 1468. Appeal dismissed, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. dissenting.

Gregory P. Delbigio, Q.C., for the appellant.

W. Paul Riley and Jeffrey G. Johnston, for the respondent the Attorney General of Canada on behalf of the United States of America and on behalf of the Minister of Justice.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, Q.C., for the respondent the Attorney General of British Columbia.

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

Jean-Vincent Lacroix, Dominique A. Jobin and Émilie-Annick Landry-Therriault, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Peter M. Rogers, Q.C., and *Jane O'Neill*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Michael A. Feder and Emily MacKinnon, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

David Goodis and Stephen McCammon, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

Mahmud Jamal, Patricia Kosseim and Jennifer Seligy, for the intervener the Privacy Commissioner of Canada.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Low, Groberman et MacKenzie), 2012 BCCA 397, 328 B.C.A.C. 174, 558 W.A.C. 174, 293 C.C.C. (3d) 196, 267 C.R.R. (2d) 279, [2012] B.C.J. No. 2057 (QL), 2012 CarswellBC 3067, qui a confirmé une décision de la juge Ross, 2011 BCSC 165, 268 C.C.C. (3d) 295, 228 C.R.R. (2d) 239, [2011] B.C.J. No. 212 (QL), 2011 CarswellBC 1468. Pourvoi rejeté, les juges Abella, Cromwell et Karakatsanis sont dissidents.

Gregory P. Delbigio, c.r., pour l'appelant.

W. Paul Riley et Jeffrey G. Johnston, pour l'intimé le procureur général du Canada au nom des États-Unis d'Amérique et au nom du ministre de la Justice.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, c.r., pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

Jean-Vincent Lacroix, Dominique A. Jobin et Émilie-Annick Landry-Therriault, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Peter M. Rogers, c.r., et *Jane O'Neill*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Michael A. Feder et Emily MacKinnon, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

David Goodis et Stephen McCammon, pour l'intervenant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

Mahmud Jamal, Patricia Kosseim et Jennifer Seligy, pour l'intervenant le commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

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

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] The ability to share information between law enforcement agencies, including lawfully intercepted wiretap information, facilitates the effective investigation of both domestic and multi-jurisdictional crime. But the effective investigation of crime must proceed in accordance with the rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The main issue in this appeal is whether federal legislation which authorizes the sharing of lawfully obtained wiretap information between Canadian and foreign law enforcement agencies is constitutional — specifically, whether the legislation falls short of the constitutional standards mandated by the *Charter*.

II. Background

[2] Andrew Gordon Wakeling was the subject of a Canadian drug investigation. Over the course of the investigation, the RCMP lawfully monitored and recorded communications between Mr. Wakeling and others. These communications revealed a plot to transport drugs across the Canada-U.S. border. Canadian authorities provided this information to U.S. authorities (the “Impugned Disclosure”), who used it to intercept and seize 46,000 ecstasy pills at the International Falls, Minnesota border crossing on April 5, 2006.

[3] The U.S. sought Mr. Wakeling’s extradition from Canada for his involvement in the ecstasy shipment. At the extradition hearing, Mr. Wakeling submitted that the legislation authorizing the Impugned Disclosure was unconstitutional. Specifically, he argued that the provisions breach ss. 7 and 8 of the *Charter*, and that the wiretap information provided to U.S. law enforcement authorities should therefore not be admitted as evidence against him.

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

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] La capacité qu’ont les organismes d’application de la loi de se communiquer de l’information, y compris des renseignements obtenus licitement par écoute électronique, favorise la conduite d’enquêtes criminelles efficaces relevant tant du Canada que de plusieurs pays. Ces enquêtes doivent toutefois se faire conformément aux droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le présent pourvoi porte principalement sur la constitutionnalité de la législation fédérale qui autorise la communication de renseignements obtenus licitement par écoute électronique entre des organismes d’application de la loi canadiens et étrangers. Plus précisément, il s’agit de savoir si la législation ne respecte pas les normes constitutionnelles prévues par la *Charte*.

II. Contexte

[2] Andrew Gordon Wakeling a fait l’objet d’une enquête canadienne en matière de stupéfiants. Au cours de cette enquête, la GRC a licitement écouté et enregistré des communications entre M. Wakeling et d’autres personnes. Ces communications ont révélé l’existence d’un complot en vue de faire passer de la drogue par la frontière canado-américaine. Les autorités canadiennes ont fourni ces renseignements à leurs homologues américains (la « divulgation contestée »), qui les ont utilisés pour intercepter et saisir 46 000 comprimés d’ecstasy au poste frontalier d’International Falls, au Minnesota, le 5 avril 2006.

[3] Les États-Unis ont demandé que M. Wakeling soit extradé du Canada en raison de son implication dans l’envoi d’ecstasy. À l’audience d’extradition, M. Wakeling a plaidé l’inconstitutionnalité de la législation qui autorise la divulgation contestée. Plus précisément, il a soutenu que les dispositions en cause violent les art. 7 et 8 de la *Charte*, et que les renseignements obtenus par écoute électronique qui ont été fournis aux autorités policières américaines ne devraient donc pas être utilisés en preuve contre lui.

[4] The extradition judge, Ross J., rejected Mr. Wakeling's arguments and issued a committal order. That order was upheld by the British Columbia Court of Appeal. Before this Court, Mr. Wakeling requests that the committal order be quashed and that a new extradition hearing be held.

[5] For the reasons that follow, I would dismiss Mr. Wakeling's appeal.

III. Statutory Provisions

[6] Section 193 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, states:

193. (1) Where a private communication has been intercepted by means of an electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device without the consent, express or implied, of the originator thereof or of the person intended by the originator thereof to receive it, every one who, without the express consent of the originator thereof or of the person intended by the originator thereof to receive it, wilfully

(a) uses or discloses the private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof, or

(b) discloses the existence thereof,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

(2) Subsection (1) does not apply to a person who discloses a private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof or who discloses the existence of a private communication

(b) in the course of or for the purpose of any criminal investigation if the private communication was lawfully intercepted;

(e) where disclosure is made to a peace officer or prosecutor in Canada or to a person or authority with

[4] La juge d'extradition, la juge Ross, a rejeté les arguments de M. Wakeling et a prononcé une ordonnance d'incarcération, qui a été confirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. M. Wakeling demande à notre Cour d'annuler cette ordonnance et de décréter la tenue d'une nouvelle audience d'extradition.

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de M. Wakeling.

III. Dispositions législatives

[6] L'article 193 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, dispose :

193. (1) Lorsqu'une communication privée a été interceptée au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre sans le consentement, exprès ou tacite, de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, quiconque, selon le cas :

a) utilise ou divulgue volontairement tout ou partie de cette communication privée, ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci;

b) en divulgue volontairement l'existence,

sans le consentement exprès de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une personne qui divulgue soit tout ou partie d'une communication privée, ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci, soit l'existence d'une communication privée :

b) au cours ou aux fins d'une enquête en matière pénale, si la communication privée a été interceptée légalement;

e) lorsque la divulgation est faite à un agent de la paix ou à un poursuivant au Canada ou à une personne ou

responsibility in a foreign state for the investigation or prosecution of offences and is intended to be in the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere; or

un organisme étranger chargé de la recherche ou de la poursuite des infractions et vise à servir l'administration de la justice au Canada ou ailleurs;

[7] Section 8 of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, states:

[7] L'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, prévoit :

8. (1) Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.

8. (1) Les renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l'individu qu'ils concernent, que conformément au présent article.

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants :

(b) for any purpose in accordance with any Act of Parliament or any regulation made thereunder that authorizes its disclosure;

b) communication aux fins qui sont conformes avec les lois fédérales ou ceux de leurs règlements qui autorisent cette communication;

(f) under an agreement or arrangement between the Government of Canada or an institution thereof and the government of a province, the council of the Westbank First Nation, the council of a participating First Nation — as defined in subsection 2(1) of the *First Nations Jurisdiction over Education in British Columbia Act* —, the government of a foreign state, an international organization of states or an international organization established by the governments of states, or any institution of any such government or organization, for the purpose of administering or enforcing any law or carrying out a lawful investigation;

f) communication aux termes d'accords ou d'ententes conclus d'une part entre le gouvernement du Canada ou l'un de ses organismes et, d'autre part, le gouvernement d'une province ou d'un État étranger, une organisation internationale d'États ou de gouvernements, le conseil de la première nation de Westbank, le conseil de la première nation participante — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la compétence des premières nations en matière d'éducation en Colombie-Britannique* — ou l'un de leurs organismes, en vue de l'application des lois ou pour la tenue d'enquêtes licites;

[8] Finally, ss. 7 and 8 of the *Charter* state:

[8] Enfin, les articles 7 et 8 de la *Charte* disposent :

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

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

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

IV. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia, 2011 BCSC 165, 268 C.C.C. (3d) 295 (Ross J.)*

[9] At his extradition hearing, Mr. Wakeling restricted his constitutional challenge to s. 193(2)(e) of the *Criminal Code* and s. 8(2)(f) of the *Privacy Act*. He made a variety of broad and sweeping submissions in support of his contention that the impugned provisions do not pass constitutional muster.

[10] Mr. Wakeling submitted that transparency, accountability and the rule of law are principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* and that the provisions in question are unconstitutional because the disclosure they authorize does not comply with these principles (trial judgment, at para. 42). He also argued that both provisions breach s. 7 of the *Charter* because they are vague and overbroad. With respect to s. 193(2)(e), he submitted that it “provides virtually unlimited discretion to law enforcement” to disclose wiretap communications and he criticized the subjective nature of the test it employs (*ibid.*, at para. 99). He further submitted that the phrase “the interests of the administration of justice . . . elsewhere” is “incapable of framing legal debate within Canada” and that it does not have a “constant and settled meaning” (*ibid.*). In his view, the effect of these uncertainties is that decision-makers are given “unrestricted latitude . . . to disclose intercepted private communications or the substance of the communications, and to be exempt from the application of the offence provisions of Part VI” (*ibid.*).

[11] With respect to s. 8 of the *Charter*, Mr. Wakeling submitted that the Impugned Disclosure re-engaged s. 8 such that a *second* judicial authorization was needed before the disclosure could occur. In this regard, he submitted that his privacy interests

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

IV. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2011 BCSC 165, 268 C.C.C. (3d) 295 (la juge Ross)*

[9] À l’audience d’extradition, M. Wakeling a limité sa contestation constitutionnelle à l’al. 193(2)e du *Code criminel* et à l’al. 8(2)f de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il a fait diverses observations générales à l’appui de sa thèse selon laquelle les dispositions attaquées ne résistent pas au contrôle constitutionnel.

[10] M. Wakeling a fait valoir que la transparence, la reddition de compte et la primauté du droit sont des principes de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte* et que les dispositions en cause sont inconstitutionnelles parce que la divulgation qu’elles autorisent ne respecte pas ces principes (jugement de première instance, par. 42). Toujours selon lui, les deux dispositions attaquées violent l’art. 7 de la *Charte* du fait de leur imprécision et de leur portée excessive. En ce qui concerne l’al. 193(2)e), M. Wakeling a affirmé qu’il [TRADUCTION] « confère aux forces de l’ordre un pouvoir discrétionnaire pratiquement illimité » de divulguer des communications interceptées par écoute électronique, et critiqué la nature subjective du critère qu’il énonce (*ibid.*, par. 99). Il a ajouté que l’expression « servir l’administration de la justice [. . .] ailleurs » « ne permet pas d’encadrer un débat judiciaire au Canada » et n’a pas un « sens constant et établi » (*ibid.*). À son avis, ces incertitudes ont pour effet de conférer aux décideurs « toute latitude [. . .] pour divulguer des communications privées interceptées, ou leur substance, et pour échapper à l’application des dispositions de la partie VI qui prévoient les infractions » (*ibid.*).

[11] En ce qui concerne l’art. 8 de la *Charte*, M. Wakeling a affirmé que la divulgation contestée faisait intervenir de nouveau cette disposition et qu’une *deuxième* autorisation judiciaire était par conséquent nécessaire avant que la divulgation

at the disclosure stage were the same as those he enjoyed at the interception stage and deserved the same protection (trial judgment, at para. 68). Hence, he argued that a second judicial authorization should be required prior to disclosure, and that the provisions in question are unreasonable because they do not provide for this. He also submitted that the provisions are unreasonable because they do not contain sufficient accountability mechanisms such as a police record-keeping requirement, a requirement to report to Parliament about the disclosures, or an obligation to provide notice of the disclosure to the person whose communications were intercepted. Finally, he took issue with the fact that Canadian authorities have little control over the subsequent use of the disclosed information (para. 116).

[12] The extradition judge considered and rejected all of Mr. Wakeling’s arguments. In her view, the constitutionality of s. 8(2)(f) of the *Privacy Act* did not need to be considered because s. 193(2)(e) of the *Criminal Code* “expressly governs disclosure of private communications intercepted under Part VI of the *Criminal Code* to foreign law enforcement authorities” and “[t]he more general information sharing rules in the *Privacy Act* are subject to the specific provisions of [the *Criminal Code*]” (para. 21).

[13] Turning to Mr. Wakeling’s constitutional arguments, the extradition judge concluded that the Impugned Disclosure did not re-engage s. 8 of the *Charter*, as the Impugned Disclosure was “not conduct that interferes with a reasonable expectation of privacy in the circumstances” (para. 75). Thus, the disclosure did not amount to “a search or seizure that engages s. 8 of the *Charter*” (*ibid.*). In the alternative, she reasoned that *if* the Impugned Disclosure engaged s. 8, s. 193(2)(e) is a reasonable law.

puisse être effectuée. À cet égard, il a fait valoir que son droit au respect de sa vie privée lors de la divulgation était le même que celui dont il jouissait lors de l’interception et méritait la même protection (jugement de première instance, par. 68). Par conséquent, a-t-il ajouté, il fallait obtenir une deuxième autorisation judiciaire avant de faire une divulgation, et les dispositions en cause sont abusives parce qu’elles n’en exigent pas, et qu’elles ne prévoient pas de mécanismes de reddition de compte suffisants. Elles auraient pu, par exemple, exiger que les policiers conservent un dossier, qu’il soit fait rapport au Parlement des divulgations effectuées ou qu’un avis de divulgation soit fourni à la personne dont les communications ont été interceptées. Enfin, il est en désaccord avec le peu d’emprise que les autorités canadiennes ont sur l’utilisation subséquente des renseignements divulgués (par. 116).

[12] La juge d’extradition a examiné, puis rejeté, tous les arguments de M. Wakeling. À son avis, il n’était pas nécessaire d’examiner la constitutionnalité de l’al. 8(2)f) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* parce que l’al. 193(2)e) du *Code criminel* [TRADUCTION] « régit expressément la divulgation de communications privées interceptées en vertu de la partie VI du *Code criminel* aux forces de l’ordre étrangères » et que « [l]es règles plus générales de communication de renseignements prévues dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sont subordonnées aux dispositions précises [du *Code criminel*] » (par. 21).

[13] Passant aux arguments constitutionnels de M. Wakeling, la juge d’extradition a conclu que la divulgation contestée ne faisait pas intervenir à nouveau l’art. 8 de la *Charte*, étant donné que cette divulgation [TRADUCTION] « ne portait pas atteinte à une attente raisonnable en matière de vie privée dans les circonstances » (par. 75). La divulgation n’était donc pas assimilable « à une fouille, à une perquisition ou à une saisie faisant intervenir l’art. 8 de la *Charte* » (*ibid.*). La juge a conclu subsidiairement que, *si* la divulgation contestée faisait intervenir l’art. 8, l’al. 193(2)e) est une disposition législative raisonnable.

[14] The extradition judge also rejected Mr. Wakeling's submission that transparency and accountability are principles of fundamental justice that apply to s. 193(2)(e). In her view, "[e]ven if these concepts could be characterized as principles of fundamental justice in some contexts, they could not realistically be applied to the manner in which police investigate criminal activity" (para. 48).

[15] The extradition judge similarly rejected Mr. Wakeling's submission that s. 193(2)(e) is vague and overbroad, noting that

in making the arguments on vagueness and overbreadth that he does, the applicant demands a level of drafting precision from Parliament that is neither constitutionally mandated, nor realistic. By necessity, the wording of s. 193(2)(e) had to be kept fairly broad to capture the myriad of ways in which a need to disclose "in the interests of the administration of justice" might arise. The law must retain flexibility since laws must of necessity govern a variety of different circumstances and situations. [para. 108]

[16] Lastly, the extradition judge rejected Mr. Wakeling's rule of law argument. Relying on this Court's decision in *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, she found Mr. Wakeling's submissions to be "circular, since the measures are themselves embodied in the law" (para. 53).

[17] Having rejected Mr. Wakeling's legal arguments, the extradition judge considered the evidence and found that it was sufficient to warrant his committal.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2012 BCCA 397, 328 B.C.A.C. 174 (Low, Groberman and MacKenzie J.J.A.)*

[18] On appeal, Mr. Wakeling reiterated his challenge to the constitutionality of s. 193(2)(e) of the *Criminal Code* and s. 8(2)(f) of the *Privacy Act*. The B.C. Court of Appeal, *per* Low J.A., agreed with

[14] La juge d'extradition a aussi écarté l'argument de M. Wakeling selon lequel la transparence et la reddition de compte sont des principes de justice fondamentale qui s'appliquent à l'al. 193(2)e). Selon elle, [TRADUCTION] « [m]ême si ces concepts pourraient être qualifiés de principes de justice fondamentale dans certains cas, ils ne peuvent vraisemblablement pas régir la façon dont la police enquête sur des activités criminelles » (par. 48).

[15] La juge d'extradition n'a pas non plus retenu l'argument de M. Wakeling selon lequel l'al. 193(2)e est imprécis et trop général, signalant que :

[TRADUCTION] . . . en plaidant l'imprécision et la portée excessive comme il le fait, le demandeur exige du législateur un niveau de précision dans la rédaction qui n'est ni requis par la Constitution, ni réaliste. Le libellé de l'al. 193(2)e se devait d'être suffisamment large pour englober les innombrables manières dont peut se faire sentir le besoin de divulguer des renseignements en vue de « servir l'administration de la justice ». Les lois doivent rester souples puisqu'elles doivent nécessairement régir une foule de circonstances et situations différentes. [par. 108]

[16] Enfin, la juge d'extradition a rejeté l'argument de M. Wakeling fondé sur la primauté du droit. S'appuyant sur l'arrêt *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, elle a conclu que les arguments de M. Wakeling étaient [TRADUCTION] « circulaires, parce que les mesures sont consacrées elles-mêmes dans la loi » (par. 53).

[17] Après avoir écarté les arguments juridiques de M. Wakeling, la juge d'extradition a examiné la preuve et conclu qu'elle était suffisante pour justifier son incarcération.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2012 BCCA 397, 328 B.C.A.C. 174 (les juges Low, Groberman et MacKenzie)*

[18] En appel, M. Wakeling a contesté une fois de plus la constitutionnalité de l'al. 193(2)e du *Code criminel* et de l'al. 8(2)f de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Sous la plume du

the extradition judge that s. 193(2)(e) was the governing provision for the specific disclosure at issue. Hence, the court found it unnecessary to consider the constitutionality of s. 8(2)(f) of the *Privacy Act*.

[19] In addressing Mr. Wakeling's s. 8 claim, Low J.A. concluded that the state conduct did not interfere with any reasonable privacy expectation to which Mr. Wakeling could lay claim. The court thus rejected Mr. Wakeling's s. 8 argument. As the Impugned Disclosure did not re-engage s. 8 of the *Charter*, no second judicial authorization was needed.

[20] Low J.A. similarly concluded that Mr. Wakeling's fundamental justice submissions pertaining to transparency and accountability were without merit:

The impugned provision does not have to be transparent by requiring prior notice and there is no need for a reporting requirement of some sort after the fact. The information gathered by lawful electronic interception becomes law enforcement intelligence. In my opinion, it is no different than information obtained from a police informer or information contained in documents that lawfully come into the hands of the police. If disclosure is in the interests of the administration of justice, there is no need for prior judicial approval or for notice or for reporting. Such requirements would formalize and hamper the inter-jurisdictional investigation of crime and sometimes the prevention of crime. Control of the use of lawfully-gathered police intelligence by foreign authorities is not practical and would be presumptuous. What is practical and necessary for both crime detection and crime prevention is the ability of police officers to lawfully inform their counterparts in other jurisdictions about impending criminal activity, as occurred in the present case, or past criminal activity. [para. 43]

[21] Finally, the court rejected Mr. Wakeling's vagueness and overbreadth arguments, noting that

juge Low, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a convenu avec la juge d'extradition que l'al. 193(2)e était la disposition qui devait régir la divulgation en cause. La cour a par conséquent estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la constitutionnalité de l'al. 8(2)f) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[19] Pour ce qui est de la prétention de M. Wakeling fondée sur l'art. 8, le juge Low a conclu que la conduite de l'État ne portait atteinte à aucune attente raisonnable en matière de vie privée que pourrait revendiquer l'appelant, et n'a donc pas retenu cette prétention. Comme la divulgation contestée ne faisait pas intervenir à nouveau l'art. 8 de la *Charte*, il n'était pas nécessaire d'obtenir une deuxième autorisation judiciaire.

[20] Le juge Low a aussi conclu que les arguments de M. Wakeling relatifs à la justice fondamentale qui touchent la transparence et la reddition de compte étaient dénués de fondement :

[TRADUCTION] Pour être transparente, la disposition contestée n'a pas besoin d'exiger un préavis et il n'est pas nécessaire de faire rapport d'une quelconque façon après coup. Les renseignements licitement recueillis par des moyens électroniques deviennent des renseignements liés à l'application de la loi. À mon avis, il ne s'agit pas de renseignements différents de ceux obtenus d'un indicateur de police ou de ceux contenus dans des documents se retrouvant licitement entre les mains des policiers. Si la divulgation vise à servir l'administration de la justice, point n'est besoin d'approbation judiciaire préalable, d'avis ou de rapport. De telles exigences formaliseraient et gêneraient les enquêtes criminelles relevant de divers pays, voire nuiraient à la prévention de la criminalité. Le contrôle de l'utilisation par des autorités étrangères de renseignements obtenus licitement par la police n'est pas pratique et serait présomptueux. Ce qui est pratique et nécessaire pour à la fois détecter et prévenir les crimes, c'est la capacité des policiers d'informer licitement leurs homologues d'autres pays de la perpétration imminente d'actes criminels, comme ils l'ont fait dans la présente affaire, ou d'activités criminelles antérieures. [par. 43]

[21] Enfin, la Cour d'appel a rejeté les arguments de M. Wakeling relatifs au caractère imprécis et à

“[t]he administration of justice is a concept that is well understood and needs no clarification or narrowing” (para. 44). In the result, the court dismissed the appeal.

C. *Issues*

[22] On appeal to this Court, Mr. Wakeling renews his constitutional attack on s. 193(2)(e) of the *Criminal Code* and s. 8(2)(f) of the *Privacy Act*, relying on the same arguments he made below. He also raises for the first time, with leave of the Court, the constitutionality of s. 193(2)(b) of the *Code*. He maintains that all of these provisions infringe his rights under ss. 7 and 8 of the *Charter*, and that the infringements are not justified under s. 1.

V. Analysis

[23] I propose initially to explain why this appeal turns on the constitutionality of s. 193(2)(e) of the *Criminal Code* and not s. 193(2)(b) of the *Code* or s. 8(2)(f) of the *Privacy Act*. I will then address Mr. Wakeling’s *Charter* arguments as they relate to s. 193(2)(e).

A. *The Privacy Act Does Not Apply*

[24] The Privacy Commissioner of Canada, an intervener, submits that contrary to the lower court decisions, the RCMP must comply with *both* the *Criminal Code* and the *Privacy Act* when disclosing intercepted private communications to a foreign state, as “[n]othing in the *Criminal Code* relieves the RCMP from their duty to comply with the *Privacy Act*” (factum, at para. 13). According to the Privacy Commissioner, s. 193(2)(e) of the *Criminal Code* “limits the breadth of the criminal prohibition” set out in s. 193, “[b]ut this exemption

la portée excessive de la disposition en déclarant que [TRADUCTION] « [l]’administration de la justice est un concept bien connu qui n’a besoin d’être ni clarifié ni circonscrit » (par. 44). En conséquence, la Cour d’appel a rejeté l’appel.

C. *Questions en litige*

[22] Dans le présent pourvoi, M. Wakeling conteste de nouveau la constitutionnalité de l’al. 193(2)(e) du *Code criminel* et de l’al. 8(2)(f) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sur le fondement des mêmes arguments que ceux qu’il avait présentés devant les juridictions inférieures. Avec l’autorisation de la Cour, il plaide aussi pour la première fois l’inconstitutionnalité de l’al. 193(2)(b) du *Code*. Il soutient que toutes ces dispositions portent atteinte aux droits qui lui sont garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte* et que ces atteintes ne sont pas justifiées en vertu de l’article premier.

V. Analyse

[23] Je propose de commencer par expliquer pourquoi le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l’al. 193(2)(e) du *Code criminel*, et non sur celle de l’al. 193(2)(b) de ce code ou de l’al. 8(2)(f) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. J’examinerai ensuite les arguments de M. Wakeling fondés sur la *Charte* qui se rapportent à l’al. 193(2)(e).

A. *La Loi sur la protection des renseignements personnels ne s’applique pas*

[24] Le commissaire à la protection de la vie privée du Canada, qui a qualité d’intervenant, affirme que, contrairement à ce qu’ont statué les juridictions inférieures, la GRC doit respecter à la fois le *Code criminel* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* lorsqu’elle divulgue à un État étranger des communications privées qu’elle a interceptées, car [TRADUCTION] « [r]ien dans le *Code criminel* ne dispense la GRC de son obligation de respecter la *Loi sur la protection des renseignements personnels* » (mémoire, par. 13). À son avis,

neither authorizes a disclosure under the *Privacy Act* nor is itself a source of police power” (para. 14).

[25] With respect, I do not agree. The federal *Privacy Act* is a statute of general application. Section 8(2) of the Act sets out the circumstances in which personal information under the control of a government institution may be disclosed. That section explicitly states that it is “[s]ubject to any other Act of Parliament”. Therefore, prior to considering the disclosure contemplated by s. 8(2), it must first be determined whether another Act of Parliament addresses the particular disclosure in issue. In this case, the Impugned Disclosure (involving lawfully intercepted private communications) is specifically addressed by another Act of Parliament — the *Criminal Code*.

[26] Part VI of the *Criminal Code* represents a comprehensive scheme dealing with the interception of private communications. The individual right to privacy stands in tension with our collective need for effective law enforcement, and the safeguards layered into the wiretap provisions show Parliament’s efforts to “reconcile these competing interests” (*R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 45). As noted by the extradition judge,

Part VI . . . creates a specific regime for the protection of privacy interests in relation to intercepted communications by creating specific offences, setting out procedures for authorized interception of private communications in the investigation of specific crimes, and delineating the circumstances under which intercepted communications may be disclosed. [para. 22]

This level of detail and specificity in Part VI indicates that Parliament intended this framework to be the exclusive regime governing the interception and

l’al. 193(2)e) du *Code criminel* « limite la portée de l’interdiction criminelle » énoncée à l’art. 193, « [m]ais cette exception n’autorise pas une divulgation en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ni ne peut, en soi, constituer la source d’un pouvoir policier » (par. 14).

[25] Avec égards, je ne suis pas d’accord avec lui. La *Loi sur la protection des renseignements personnels* fédérale est une loi d’application générale. Le paragraphe 8(2) de cette loi expose les situations dans lesquelles les renseignements personnels qui relèvent d’une institution fédérale peuvent être communiqués. La disposition précise expressément que l’autorisation est donnée « [s]ous réserve d’autres lois fédérales ». Par conséquent, avant de se pencher sur la divulgation prévue au par. 8(2), il faut se demander si une autre loi fédérale traite de la divulgation particulière en cause. Dans la présente affaire, une autre loi fédérale — le *Code criminel* — porte expressément sur la divulgation contestée (qui met en jeu des communications privées licitement interceptées).

[26] La partie VI du *Code criminel* constitue un régime exhaustif d’interception de communications privées. Le droit d’une personne au respect de sa vie privée va à l’encontre de notre besoin collectif d’une application efficace de la loi, et les garanties incorporées dans les dispositions sur l’écoute électronique témoignent des efforts déployés par le législateur pour « concilier ces droits contradictoires » (*R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 45). Comme l’a signalé la juge d’extradition :

[TRADUCTION] La partie VI [. . .] instaure un régime particulier de protection du droit à la vie privée à l’égard des communications interceptées : il crée des infractions précises, établit des procédures pour encadrer l’interception de communications privées lors d’enquêtes sur des crimes précis et indique dans quelles circonstances des communications interceptées peuvent être divulguées. [par. 22]

Ce niveau de détail et de précision à la partie VI révèle l’intention du législateur que ce cadre constitue le régime exclusif régissant l’interception et

use of private communications for law enforcement purposes.¹

[27] Section 193(2)(e) deals directly with the issue at hand — namely, the cross-border disclosure of wiretap information. Admittedly, s. 193(2) is not structured as an explicit authorizing provision. Rather, it takes the form of a series of exemptions to the criminal offence identified in s. 193(1). Nonetheless, I am satisfied that it represents Parliament's attempt to regulate the disclosure of intercepted communications and specify the circumstances in which such disclosures may lawfully be made. Succinctly put, s. 193(2)(e) implicitly authorizes the disclosure of wiretap information in accordance with the conditions prescribed therein.

[28] For these reasons, s. 193(2)(e) of the *Criminal Code*, and not s. 8(2)(f) of the *Privacy Act*, is the governing provision in this case. Accordingly, I need not consider the constitutionality of s. 8(2)(f).

[29] In concluding that s. 193(2)(e) is an authorizing provision, I do not quarrel with the Chief Justice that, in general, the police may look to the common law for authority to use the fruits of a lawful search for legitimate law enforcement purposes, including disclosures to foreign law enforcement agencies. However, adopting this analysis in the wiretap context poses a problem. Finding that s. 193(2)(e) is *not* an authorizing provision, but merely an exception to a criminal offence, implies that *none* of the subparts of s. 193(2) are authorizing provisions, and that authorization for all of the listed disclosures must come from some other source. This, however, does not accord with the

¹ Même si le législateur ne voulait pas que la partie VI devienne le régime exclusif régissant l'écoute électronique, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne trouverait pas application en l'espèce. L'alinéa 8(2)b) de cette loi autorise la communication de renseignements personnels « aux fins qui sont conformes avec les lois fédérales [...] qui autorisent cette communication ». Comme j'estime que le *Code criminel* autorise implicitement la divulgation contestée, même en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, c'est le *Code* qui s'applique en l'espèce.

l'utilisation de communications privées aux fins d'application de la loi¹.

[27] L'alinéa 193(2)e) traite directement de la question qui nous occupe, à savoir la divulgation transfrontalière de renseignements obtenus par écoute électronique. Certes, le par. 193(2) n'est pas formulé comme une disposition expressément habilitante. Il revêt plutôt la forme d'une série d'exceptions à l'infraction criminelle prévue au paragraphe précédent. Je suis néanmoins convaincu qu'il reflète la tentative du législateur de réglementer la divulgation des communications interceptées et de préciser les circonstances dans lesquelles pareille divulgation peut être licitement faite. Bref, l'al. 193(2)e) autorise implicitement la divulgation, conforme aux conditions qu'il prescrit, de renseignements obtenus par écoute électronique.

[28] Pour ces raisons, la disposition déterminante en l'espèce est l'al. 193(2)e) du *Code criminel*, et non l'al. 8(2)f) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Je n'ai donc pas à me pencher sur la constitutionnalité de l'al. 8(2)f).

[29] En concluant que l'al. 193(2)e) est une disposition habilitante, je ne conteste pas la thèse de la Juge en chef voulant qu'en général, les policiers puissent chercher dans la common law le pouvoir d'utiliser les fruits d'une fouille ou perquisition licite à des fins légitimes d'application de la loi, notamment les divulgations aux organismes étrangers d'application de la loi. Le fait d'adopter cette analyse dans le contexte de l'écoute électronique pose toutefois problème. Si l'on conclut que l'al. 193(2)e) est *non pas* une disposition habilitante, mais simplement une exception à une infraction criminelle, cela suppose qu'*aucun* des sous-éléments du par. 193(2) ne constitue une disposition

¹ Même si le législateur ne voulait pas que la partie VI devienne le régime exclusif régissant l'écoute électronique, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne trouverait pas application en l'espèce. L'alinéa 8(2)b) de cette loi autorise la communication de renseignements personnels « aux fins qui sont conformes avec les lois fédérales [...] qui autorisent cette communication ». Comme j'estime que le *Code criminel* autorise implicitement la divulgation contestée, même en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, c'est le *Code* qui s'applique en l'espèce.

Court's recent decision in *Imperial Oil v. Jacques*, 2014 SCC 66, [2014] 3 S.C.R. 287, in which the majority held that the exemptions in s. 193(2) "give a person the right to disclose recordings that otherwise could not be disclosed" (para. 43).² Therefore, in my view, s. 193(2)(e) is properly read as an authorizing provision.

B. *Section 193(2)(b) Need Not Be Considered*

[30] As noted, Mr. Wakeling was granted leave to challenge the constitutionality of s. 193(2)(b) of the *Criminal Code* before this Court. In contrast to s. 193(2)(e), which addresses the *cross-border* disclosure of wiretap communications, s. 193(2)(b) authorizes the disclosure of wiretap communications "in the course of or for the purpose of any criminal investigation".

[31] Mr. Wakeling made only cursory mention of s. 193(2)(b) in argument. As his complaint is specific to the issue of international, cross-border sharing of wiretap information for criminal law purposes, it is properly considered under s. 193(2)(e). For that reason — and the fact that Mr. Wakeling did not press s. 193(2)(b) in written or oral argument — I see no need to address its constitutionality.

C. *Does the Impugned Disclosure Violate Section 8 of the Charter?*

(1) Is Section 8 Engaged?

[32] Section 8 is typically invoked where police perform a search or seizure and thereby infringe

² As observed by LeBel and Wagner JJ. in *Imperial Oil*, s. 193(2) merely authorizes the *disclosure* of intercepted communications in a number of prescribed circumstances. It does not create a right of access to intercepted communications, nor a procedure for seeking and obtaining disclosure of such communications by persons who are not otherwise in lawful possession of the information.

habilitante, et que l'autorisation de toutes les divulgations énumérées doit prendre sa source ailleurs. Cette conclusion n'est toutefois pas conforme à notre récent arrêt *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287, dans lequel les juges majoritaires ont décidé que les exceptions prévues au par. 193(2) « autorisent une personne à communiquer des enregistrements qui, autrement, ne pourraient l'être » (par. 43)². J'estime donc que l'al. 193(2)e est considéré à juste titre comme une disposition habilitante.

B. *Il n'est pas nécessaire d'examiner l'al. 193(2)(b)*

[30] Comme je l'ai mentionné, M. Wakeling a été autorisé à contester devant notre Cour la constitutionnalité de l'al. 193(2)(b) du *Code criminel*. Contrairement à l'al. 193(2)(e), qui vise la divulgation *transfrontalière* de communications interceptées par écoute électronique, l'al. 193(2)(b) autorise la divulgation de ces communications « au cours ou aux fins d'une enquête en matière pénale ».

[31] M. Wakeling n'a mentionné que brièvement l'al. 193(2)(b) dans sa plaidoirie. Il convient d'examiner sa plainte sur la base de l'al. 193(2)(e), étant donné qu'elle vise expressément la divulgation internationale et transfrontalière de renseignements obtenus par écoute électronique dans un contexte de droit pénal. Pour cette raison, et parce que M. Wakeling n'a insisté sur l'al. 193(2)(b) ni dans ses observations écrites ni dans sa plaidoirie, je ne vois pas la nécessité d'en examiner la constitutionnalité.

C. *La divulgation contestée viole-t-elle l'art. 8 de la Charte?*

(1) L'article 8 entre-t-il en jeu?

[32] On invoque généralement l'art. 8 lorsque les policiers effectuent des fouilles, des perquisitions

² Comme l'ont fait observer les juges LeBel et Wagner dans *Pétrolière Impériale*, le par. 193(2) ne fait qu'autoriser la *divulgation* de communications interceptées dans un certain nombre de circonstances prévues par la loi. Il ne crée pas de droit d'accès aux communications interceptées, ni une procédure permettant à des personnes n'étant pas par ailleurs en possession licite des renseignements de demander et d'obtenir la divulgation de ces communications.

upon an individual's reasonable expectation of privacy. It is quite evident that the interception of wire-tap communications constitutes a search. However, the disclosure of previously intercepted communications — which is what s. 193(2)(e) implicitly authorizes — is not, in my view, a “search” within the meaning of s. 8. Therefore, as a preliminary matter, it is important to clarify precisely how s. 8 is engaged in the present case. I now turn to that issue.

[33] Mr. Wakeling submits that s. 8 is engaged because the disclosure of his intercepted communications pursuant to s. 193(2)(e) amounted to a second search, such that a second judicial authorization was necessary prior to the Impugned Disclosure. Absent such authorization, he argues that the police violated his s. 8 rights.

[34] With respect, I disagree. As the intervener the British Columbia Civil Liberties Association (“BCCLA”) observes, the plain meaning of “search” does not include the disclosure of information by the state. A disclosure is simply the communication to a third party of previously acquired information.

[35] In sum, there was only one search that engaged s. 8 of the *Charter* on the facts of this case — the original lawful interception of Mr. Wakeling's private communications. For this reason, to invoke s. 8, the appellant must rely on some other analytical approach.

[36] The BCCLA frames the s. 8 analysis in a different way. It submits that to the extent s. 193(2)(e) permits disclosure of the fruits of a search, it forms “part of the context in which courts must assess the reasonableness of the law authorizing the search” (factum, at para. 3).

ou des saisies et portent atteinte, par le fait même, à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. Il est assez évident que l'interception de communications par écoute électronique constitue une fouille ou une perquisition. Toutefois, la divulgation de communications interceptées auparavant — ce que l'al. 193(2)e) autorise implicitement — n'est pas, à mon avis, une « fouille ou une perquisition » au sens de l'art. 8. Il est donc important de préciser, à titre préliminaire, la manière dont l'art. 8 entre en jeu dans la présente affaire, et je passe maintenant à cette question.

[33] M. Wakeling fait valoir que l'art. 8 entre en jeu parce que la divulgation de ses communications interceptées, conforme à l'al. 193(2)e), équivaut à une deuxième fouille ou perquisition, de sorte qu'il était nécessaire d'obtenir une deuxième autorisation judiciaire avant de faire la divulgation contestée. Il soutient que les policiers ont violé les droits qui lui sont garantis par l'art. 8 vu l'absence d'une telle autorisation.

[34] Avec égards, je ne suis pas d'accord avec lui. Comme le fait observer l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (« ALCCB »), les mots « fouille » et « perquisition », dans leur sens ordinaire, ne visent pas la divulgation de renseignements par l'État. La divulgation est simplement la communication à un tiers de renseignements déjà obtenus.

[35] En somme, d'après les faits de l'espèce, une seule fouille ou perquisition a déclenché l'application de l'art. 8 de la *Charte* : l'interception initiale licite des communications privées de M. Wakeling. Pour cette raison, l'appelant doit recourir à un autre cadre d'analyse s'il veut invoquer l'art. 8.

[36] L'ALCCB oriente différemment son analyse fondée sur l'art. 8. Elle fait valoir que, dans la mesure où il permet la divulgation des fruits d'une fouille ou d'une perquisition, l'al. 193(2)e) fait [TRADUCTION] « partie du contexte dans lequel le tribunal doit apprécier le caractère raisonnable de la loi autorisant la fouille ou la perquisition » (mémoire, par. 3).

[37] This submission warrants brief elaboration. According to the BCCLA, s. 193(2)(e) is an integral part of a search regime for wiretap interceptions set out in Part VI of the *Criminal Code*. Like all laws authorizing searches, that regime — including any integral part of that regime — must be reasonable in order to comply with s. 8 of the *Charter*. Therefore, if s. 193(2)(e) is held to be unreasonable, this would taint the overall regime for s. 8 purposes and render it unconstitutional.

[38] While I see some merit in the analytical approach proposed by the BCCLA, my conclusion that s. 8 protects targets at both the interception *and* disclosure stages under Part VI is more a function of the special dangers associated with wiretaps. Parliament has recognized that wiretaps pose heightened privacy concerns beyond those inherent in other searches and seizures. Justice Karakatsanis describes (at para. 116) the serious privacy implications of electronic surveillance, citing this Court's caution that "one can scarcely imagine a state activity more dangerous to individual privacy" (*Duarte*, at p. 43). Given these implications, the protections that Parliament has seen fit to fold into the wiretap regime include s. 193 which provides that, other than for one of the delineated purposes, the disclosure of wiretap information is not only unauthorized, it is criminal.

[39] The highly intrusive nature of electronic surveillance and the statutory limits on the disclosure of its fruits suggest a heightened reasonable expectation of privacy in the wiretap context. Once a lawful interception has taken place and the intercepted communications are in the possession of law enforcement, that expectation is diminished but not extinguished. This heightened and continuing expectation of privacy in the wiretap context is further

[37] Cet argument mérite une brève explication. Selon l'ALCCB, l'al. 193(2)e fait partie intégrante du régime régissant les fouilles et perquisitions découlant d'interceptions faites par écoute électronique prévu à la partie VI du *Code criminel*. Comme toutes les lois autorisant des fouilles et perquisitions, ce régime — y compris toute partie intégrante de celui-ci — doit être raisonnable pour respecter l'art. 8 de la *Charte*. Par conséquent, si l'al. 193(2)e est jugé abusif, l'ensemble du régime serait entaché pour l'application de l'art. 8 et serait donc inconstitutionnel.

[38] Bien que j'attribue un certain fondement au cadre d'analyse proposé par l'ALCCB, ma conclusion suivant laquelle l'art. 8 protège les cibles à la fois au stade de l'interception *et* à celui de la divulgation sous le régime de la partie VI s'explique davantage par les dangers particuliers que présente l'écoute électronique. Le législateur a reconnu que l'écoute électronique suscite, en matière de respect de la vie privée, des inquiétudes plus grandes que celles inhérentes aux autres fouilles ou perquisitions et saisies. La juge Karakatsanis parle (par. 116) de l'incidence grave de la surveillance électronique sur la vie privée, citant la mise en garde de notre Cour selon laquelle « on peut difficilement concevoir une activité de l'État qui soit plus dangereuse pour la vie privée des particuliers » (*Duarte*, p. 43). Étant donné ces conséquences, les mesures de protection que le législateur a jugé bon d'intégrer au régime régissant l'écoute électronique comprennent l'art. 193, lequel prévoit que, si elle ne vise pas l'un des objectifs définis, la divulgation de renseignements obtenus par écoute électronique est non seulement non autorisée, mais criminelle.

[39] La nature hautement envahissante de la surveillance électronique et les limites imposées par la loi à la divulgation de ses fruits militent en faveur d'une attente raisonnable accrue en matière de vie privée dans le contexte de l'écoute électronique. Une fois que des communications ont été licitement interceptées et qu'elles sont entre les mains des forces de l'ordre, cette attente s'en trouve réduite, mais elle ne disparaît pas pour autant. Cette attente accrue et

indication that s. 8 ought to apply to disclosures under Part VI.

[40] In sum, while I acknowledge the Chief Justice's concern that s. 193(2)(e) does not engage s. 8 simply by virtue of its integral place in the search regime of Part VI, that is not the *sole* reason — or indeed the main one — why I conclude that s. 8 is engaged in this context. As I have emphasized, Parliament has recognized that wiretap interceptions are an exceptional and invasive form of search, and it is therefore perfectly appropriate, in my view, that s. 8 protections should extend to wiretap disclosures by law enforcement. Furthermore, there is a residual and continuing expectation of privacy in wiretap information that persists *even after it has been lawfully collected*. Indeed, the Chief Justice agrees that “residual privacy interests” remain at the time of disclosure and that s. 8 protects against unreasonable uses of the information by law enforcement (para. 95). I am therefore satisfied that s. 8 is properly engaged.

(2) The Analytical Framework Under Section 8 of the Charter

[41] In order for a search to be reasonable under s. 8 of the *Charter*, “[it] must be authorized by law, the law itself must be reasonable, and the search must be carried out in a reasonable manner” (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 10; see also *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278). I reiterate that a disclosure is not, standing alone, a “search” within the meaning of the *Charter*. However, for the reasons outlined above, s. 8 is engaged. Therefore, in my view, the s. 8 framework applies, *mutatis mutandis*, to disclosures made by law enforcement pursuant to s. 193(2)(e) of the *Criminal Code*.

continue en matière de vie privée dans le contexte de l'écoute électronique est une autre indication que l'art. 8 devrait s'appliquer aux divulgations visées à la partie VI.

[40] En somme, bien que je prenne note du souci de la Juge en chef que l'al. 193(2)e ne fait pas intervenir l'art. 8 du simple fait de la place qu'il occupe dans le régime régissant les fouilles et perquisitions établi à la partie VI, ce n'est pas la *seule* raison — ni même la principale raison — pour laquelle je conclus que l'art. 8 entre en jeu dans le présent contexte. Comme je l'ai souligné plus haut, le législateur a reconnu que les interceptions par écoute électronique constituent une fouille exceptionnelle et envahissante, et il me semble donc tout à fait approprié que les garanties de l'art. 8 s'étendent aux divulgations, par les forces de l'ordre, de renseignements obtenus par écoute électronique. De plus, une attente résiduelle et continue en matière de vie privée subsiste à l'égard de ces renseignements *même après leur collecte licite*. D'ailleurs, la Juge en chef reconnaît qu'il reste des « droits résiduels à la vie privée » au moment de la divulgation et que l'art. 8 garantit le droit à la protection contre l'usage abusif des renseignements par les forces de l'ordre (par. 95). Je suis donc convaincu que l'art. 8 entre bel et bien en jeu.

(2) Le cadre d'analyse fondé sur l'art. 8 de la Charte

[41] Pour qu'une fouille ou une perquisition ne soit pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*, « [elle] doit être autorisée par la loi, la loi elle-même doit n'avoir rien d'abusif, et la fouille ou perquisition ne doit pas être effectuée d'une manière abusive » (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10; voir aussi *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278). Je le répète, une divulgation ne constitue pas en soi une « fouille ou une perquisition » au sens de la *Charte*. Toutefois, pour les raisons exposées précédemment, l'art. 8 entre en jeu. J'estime donc que le cadre d'analyse fondé sur cet article s'applique, *mutatis mutandis*, aux divulgations faites par les forces de l'ordre en vertu de l'al. 193(2)e du *Code criminel*.

[42] Following the approach outlined above, I will address each step of the s. 8 framework independently: (1) whether the Impugned Disclosure was authorized by law; (2) whether the law authorizing the Impugned Disclosure is reasonable; and (3) whether the Impugned Disclosure was carried out in a reasonable manner.

(3) Was the Impugned Disclosure Authorized by Law?

[43] For ease of reference, I repeat s. 193(2)(e):

(2) Subsection (1) does not apply to a person who discloses a private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof or who discloses the existence of a private communication

(e) where disclosure is made to a peace officer or prosecutor in Canada or to a person or authority with responsibility in a foreign state for the investigation or prosecution of offences and is intended to be in the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere . . .

[44] A disclosure will be authorized by law where it is “carried out in accordance with the procedural and substantive requirements the law provides” (*Caslake*, at para. 12). Section 193(2)(e) imposes two essential requirements. First, with respect to cross-border disclosures, the recipient must be “a person or authority with responsibility in a foreign state for the investigation or prosecution of offences”. Second, the disclosure must be “intended to be in the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere”.

[45] Under the second requirement, the relevant intention is that of the disclosing party. For the disclosure to be authorized by law, that party must subjectively believe that the disclosure will advance the interests of the administration of justice in Canada and/or the foreign state. The belief must be honestly and genuinely held. The credibility of

[42] C’est en suivant l’approche décrite ci-dessus que j’examinerai séparément chaque étape du cadre d’analyse fondé sur l’art. 8 : (1) La divulgation contestée était-elle autorisée par la loi? (2) La loi autorisant la divulgation contestée est-elle raisonnable? (3) La divulgation contestée a-t-elle été effectuée de manière raisonnable?

(3) La divulgation contestée était-elle autorisée par la loi?

[43] Par souci de commodité, je reproduis à nouveau l’al. 193(2)e :

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas à une personne qui divulgue soit tout ou partie d’une communication privée, ou la substance, le sens ou l’objet de tout ou partie de celle-ci, soit l’existence d’une communication privée :

e) lorsque la divulgation est faite à un agent de la paix ou à un poursuivant au Canada ou à une personne ou un organisme étranger chargé de la recherche ou de la poursuite des infractions et vise à servir l’administration de la justice au Canada ou ailleurs;

[44] Une divulgation est autorisée par la loi si elle est « effectuée conformément aux exigences procédurales et substantielles que la loi prescrit » (*Caslake*, par. 12). L’alinéa 193(2)e comporte deux exigences essentielles. Premièrement, pour ce qui est des divulgations transfrontalières, le destinataire doit être « une personne ou un organisme étranger chargé de la recherche ou de la poursuite des infractions ». Deuxièmement, la divulgation doit « vise[r] à servir l’administration de la justice au Canada ou ailleurs ».

[45] Selon la deuxième exigence, l’intention qui compte est celle de la partie qui fait la divulgation. Pour que la divulgation soit autorisée par la loi, cette partie doit croire subjectivement que la divulgation servira l’administration de la justice au Canada ou dans l’État étranger. Il doit s’agir d’une croyance sincère et véritable. La crédibilité de l’intention

the disclosing party's expressed intent can be tested against objective facts.

[46] The disclosure in this case was authorized by law. No one contends otherwise. The intercepted communications were provided to U.S. authorities for the purpose of foiling a cross-border drug smuggling operation. When Canadian authorities shared information about the operation with their American counterparts, they intended to advance the administration of justice in Canada and the United States. The requirements under s. 193(2)(e) were therefore satisfied.

(4) Is Section 193(2)(e) a Reasonable Law?

[47] The parties' submissions focus on the second step of the s. 8 framework, that is the reasonableness of s. 193(2)(e). They argue, and Justice Karakatsanis agrees, that this provision is constitutionally deficient. I do not share that view. As I will explain, s. 193(2)(e) is a reasonable law.

(a) *Overview of the Parties' Charter Challenges*

[48] Mr. Wakeling and the BCCLA raise a host of *Charter* arguments challenging the constitutionality of s. 193(2)(e). For the sake of clarity, these arguments can be broken down into three distinct (though somewhat overlapping) categories: (1) s. 193(2)(e) is unconstitutionally overbroad; (2) s. 193(2)(e) is unconstitutionally vague; and (3) s. 193(2)(e) is unconstitutional because it lacks accountability mechanisms. Viewed individually and collectively, these arguments challenge the reasonableness of the law authorizing the Impugned Disclosure. As such, they are properly considered under the second step of the s. 8 framework.

exprimée par la partie qui fait la divulgation peut s'apprécier au regard de faits objectifs.

[46] En l'espèce, la divulgation était autorisée par la loi. Personne ne prétend le contraire. Les communications interceptées ont été transmises aux autorités américaines dans le but de déjouer une opération transfrontalière de contrebande de drogue. En communiquant à leurs homologues américains des renseignements sur l'opération, les autorités canadiennes cherchaient à servir l'administration de la justice au Canada et aux États-Unis. Les exigences de l'al. 193(2)e) ont donc été respectées.

(4) L'alinéa 193(2)e) est-il une disposition législative raisonnable?

[47] Les observations des parties portent essentiellement sur la deuxième étape du cadre d'analyse fondé sur l'art. 8, à savoir le caractère raisonnable de l'al. 193(2)e). Les parties font valoir, et la juge Karakatsanis est d'accord avec elles, que cette disposition est viciée sur le plan constitutionnel. Je ne partage pas ce point de vue. Comme je l'expliquerai, l'al. 193(2)e) est une disposition législative raisonnable.

a) *Aperçu des arguments des parties fondés sur la Charte*

[48] M. Wakeling et l'ALCCB présentent toute une série d'arguments relatifs à la *Charte* pour contester la constitutionnalité de l'al. 193(2)e). Par souci de clarté, je diviserai ces arguments en trois catégories distinctes (bien que celles-ci puissent se chevaucher quelque peu) : (1) l'al. 193(2)e) est inconstitutionnel pour cause de portée excessive; (2) l'al. 193(2)e) est inconstitutionnel pour cause d'imprécision; (3) l'al. 193(2)e) est inconstitutionnel parce qu'il ne prévoit pas de mécanismes de reddition de compte. Pris individuellement comme globalement, ces arguments s'attaquent au caractère raisonnable des dispositions législatives qui autorisent la divulgation contestée. Par conséquent, ils relèvent à bon droit de la deuxième étape du cadre d'analyse fondé sur l'art. 8.

(i) Overbreadth

[49] The BCCLA's main line of attack on s. 193(2)(e) is that it creates an almost "limitless" scope for disclosure of private intercepted communications. In failing to place reasonable, or indeed any limits on disclosure, the provision effectively grants police untrammelled discretion and is ripe for abuse by both domestic and foreign authorities. This argument strikes me as very similar to Mr. Wakeling's submission that s. 193(2)(e) is unconstitutionally overbroad and thus contravenes the principles of fundamental justice in violation of s. 7 of the *Charter*. I am of the view that both of these arguments can be dealt with together under the reasonableness framework of s. 8. To put it simply, a law that suffers from overbreadth will necessarily be unreasonable.

(ii) Vagueness

[50] Mr. Wakeling argues that the language of s. 193(2)(e) is so vague as to be unworkable. He makes this argument under s. 7 of the *Charter*, asserting that the phrase "in the interests of the administration of justice" does not have a constant and settled meaning. Like the argument on overbreadth, I believe that this argument can be disposed of under s. 8. A provision that is unconstitutionally vague will necessarily be unreasonable.

(iii) Accountability Mechanisms

[51] Mr. Wakeling and the BCCLA submit that s. 193(2)(e) is unconstitutional since it is devoid of mechanisms to hold authorities accountable for their disclosures of intercepted communications. In particular, they are concerned that the provision lacks sufficient safeguards, including judicial pre-authorization, notice and record-keeping requirements, Parliamentary reporting, as well as international protocols and caveats limiting the use of disclosed information.

(i) Portée excessive

[49] Le principal moyen invoqué par l'ALCCB est que l'al. 193(2)e) permet une divulgation presque [TRADUCTION] « illimitée » des communications privées interceptées. En n'imposant aucune limite raisonnable ni même, d'ailleurs, de limite quelconque à la divulgation, la disposition confère effectivement aux policiers un pouvoir discrétionnaire sans entrave, ce qui peut donner lieu à des abus de la part des autorités tant canadiennes qu'étrangères. Cet argument m'apparaît très semblable à celui de M. Wakeling selon lequel l'al. 193(2)e) est inconstitutionnel pour cause de portée excessive et contrevient donc aux principes de justice fondamentale en violation de l'art. 7 de la *Charte*. Je suis d'avis que l'on peut examiner ensemble ces deux arguments selon le cadre d'analyse du caractère abusif de la fouille ou perquisition visé à l'art. 8. Pour dire les choses simplement, une disposition législative ayant une portée excessive est nécessairement abusive.

(ii) Imprécision

[50] M. Wakeling soutient que l'al. 193(2)e) est impossible à appliquer tellement son libellé est imprécis. Il fonde cet argument sur l'art. 7 de la *Charte*, affirmant que l'expression « servir l'administration de la justice » n'a pas un sens constant et établi. J'estime que cet argument peut, à l'instar de celui concernant la portée excessive, être tranché sur le fondement de l'art. 8. Une disposition inconstitutionnelle pour cause d'imprécision est nécessairement abusive.

(iii) Mécanismes de reddition de compte

[51] M. Wakeling et l'ALCCB affirment que l'al. 193(2)e) est inconstitutionnel puisqu'il ne prévoit aucun dispositif de reddition de compte. Ils s'inquiètent tout particulièrement du fait que la disposition ne prévoit pas de garanties suffisantes, notamment une autorisation judiciaire préalable, des obligations de donner un avis et de conserver un dossier, la présentation d'un rapport au Parlement ainsi que l'adhésion à des protocoles internationaux et la formulation de mises en garde limitant l'utilisation des renseignements divulgués.

[52] Mr. Wakeling's accountability argument goes somewhat further than that of the BCCLA. He claims that accountability — and the related value of transparency — are principles of fundamental justice under s. 7. I find it unnecessary to finally decide that issue. The accountability concerns identified by Mr. Wakeling and the BCCLA are best dealt with under s. 8. As this Court's decision in *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, notes, accountability forms part of the reasonableness analysis under s. 8.

[53] Having outlined the three categories of objections to s. 193(2)(e), I will now address each of them in greater depth.

- (b) *Is the Scope of Disclosure Authorized by Section 193(2)(e) Unconstitutionally Overbroad?*

[54] Both Mr. Wakeling and the BCCLA take issue with the extent of disclosure that s. 193(2)(e) authorizes for substantially similar reasons. Both submit that s. 193(2)(e) permits “near-limitless disclosure of private communications intercepted by wiretap” (BCCLA factum, at para. 3; see also A.F., at paras. 129-30).

[55] With respect, I believe that Mr. Wakeling and the BCCLA overstate the nature and extent of the disclosure contemplated by s. 193(2)(e). A law may be broad without suffering from overbreadth. While the provision authorizes a wide scope of disclosure, it does not permit “near-limitless” disclosure of lawfully intercepted communications. On the contrary, it limits the type of information that may be disclosed, the purpose for which it may be disclosed, and the persons to whom it may be disclosed.

[56] Second, the BCCLA notes that the provision allows disclosure where it is intended to be “in the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere” and submits that the use of the word “or” means that disclosure could be in the

[52] L'argument de M. Wakeling concernant la reddition de compte va un peu plus loin que celui de l'ALCCB. L'appelant fait valoir que cette reddition de compte ainsi que la valeur connexe de la transparence sont des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7. J'estime qu'il n'est pas nécessaire de trancher définitivement cette question. Il vaut mieux analyser sur la base de l'art. 8 les préoccupations exprimées par M. Wakeling et l'ALCCB quant à la reddition de compte. Comme notre Cour l'a souligné dans *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, la reddition de compte joue dans l'analyse du caractère abusif fondée sur l'art. 8.

[53] Ayant exposé les trois catégories d'oppositions à l'al. 193(2)e), j'examinerai maintenant chacune d'entre elles plus en détail.

- b) *La divulgation autorisée par l'al. 193(2)e est-elle inconstitutionnelle pour cause de portée excessive?*

[54] Pour des raisons essentiellement semblables, tant M. Wakeling que l'ALCCB contestent l'étendue de la divulgation autorisée par l'al. 193(2)e). Tous deux font valoir que l'al. 193(2)e) autorise [TRADUCTION] « la divulgation quasi illimitée de communications privées interceptées par écoute électronique » (mémoire de l'ALCCB, par. 3; voir aussi le m.a., par. 129-130).

[55] Avec égards, je crois que M. Wakeling et l'ALCCB surestiment la nature et l'étendue de la divulgation prévue à l'al. 193(2)e). Une loi peut être générale sans avoir une portée excessive. La disposition autorise un vaste éventail de divulgations, mais elle ne permet pas une divulgation « quasi illimitée » des communications interceptées licitement. Au contraire, elle limite le type de renseignements qui peuvent être divulgués, l'objectif de leur divulgation et les personnes à qui ils peuvent être divulgués.

[56] Deuxièmement, l'ALCCB fait observer que la disposition autorise la divulgation qui vise à « servir l'administration de la justice au Canada ou ailleurs » et que l'emploi du mot « ou » signifie que la divulgation pourrait être dans le *seul*

sole interests of the foreign state, and not Canada's. According to the BCCLA, "it is never reasonable to disclose an intercepted private communication to a foreign state when to do so is only in the foreign state's interests and not Canada's" (factum, at para. 33).

[57] With respect, I reject this line of thinking. Multi-jurisdictional cooperation between law enforcement authorities furthers the administration of justice in *all* of the jurisdictions involved. It must not be forgotten that Canada is often on the *receiving* end of valuable information from foreign law enforcement authorities. The language of s. 193(2)(e) appropriately captures the reciprocity inherent in this practice.

[58] Third, the BCCLA submits that "on its face, s. 193(2)(e) permits disclosure even to support torture, or to prosecute an offence in a foreign state that violates Canadian constitutional norms or international law, provided only that *someone* intends that disclosure to be in the interests of the administration of justice *somewhere*" (factum, at para. 10 (emphasis in original)). It also contends that s. 193(2)(e) "opens the door to disclosures to foreign states that are motivated by Canadian authorities' political, financial, personal, or other interests, as long as the *foreign state's* intention relates to the interests of *its* administration of justice" (*ibid.*, at para. 13 (emphasis in original)).

[59] Once again, I disagree. Under s. 193(2)(e), it is the *disclosing party's* intention that matters. The provision requires that the disclosing party must subjectively believe that disclosure will further the interests of justice in Canada and/or the foreign state. The belief must be an honest one, genuinely held. If the disclosing party's subjective belief is challenged, the reviewing judge may look at objective indicators in deciding whether the disclosing party is to be believed. Measuring the stated belief against objective facts is an accepted way of separating beliefs that are honestly and genuinely held from those that are not.

intérêt de l'État étranger, et non celui du Canada. Selon l'ALCCB, [TRADUCTION] « il n'est jamais raisonnable de divulguer une communication privée interceptée à un État étranger lorsque cette divulgation sert uniquement ses intérêts et non ceux du Canada » (mémoire, par. 33).

[57] Avec égards, je ne partage pas cet avis. La collaboration entre les forces de l'ordre de différents pays sert l'administration de la justice de *tous* les pays concernés. Il ne faut pas oublier que le Canada est souvent celui qui *reçoit* des renseignements précieux des forces de l'ordre étrangères. Le libellé de l'al. 193(2)e exprime comme il se doit la réciprocité inhérente à cette pratique.

[58] Troisièmement, l'ALCCB fait valoir que [TRADUCTION] « l'al. 193(2)e autorise à première vue la divulgation de renseignements, et ce, même si celle-ci se solde par de la torture ou une poursuite dans un État étranger qui ne respecte pas les normes constitutionnelles canadiennes ou le droit international, à la seule condition qu'*une personne* souhaite que la divulgation serve l'administration de la justice *quelque part* » (mémoire, par. 10 (en italique dans l'original)). Elle soutient aussi que l'al. 193(2)e « ouvre la porte à des divulgations à des États étrangers motivées par des intérêts politiques, financiers, personnels ou autres des autorités canadiennes, tant que l'intention de l'*État étranger* concerne le fait de servir *son* administration de la justice » (*ibid.*, par. 13 (en italique dans l'original)).

[59] Encore une fois, je ne partage pas cet avis. Selon l'al. 193(2)e, c'est l'intention de la *partie qui fait la divulgation* qui importe. Cette disposition exige que la partie en question croie subjectivement que la divulgation servira l'administration de la justice au Canada ou dans l'État étranger. La croyance doit être sincère et véritable. Lorsque la croyance subjective de la partie qui fait la divulgation est remise en question, le juge peut tenir compte d'indicateurs objectifs pour décider s'il faut croire cette partie. Évaluer la crédibilité de la croyance exprimée en fonction de faits objectifs est un moyen reconnu de distinguer les croyances sincères et véritables de celles qui ne le sont pas.

[60] A disclosing party who knows little or nothing about the justice system in the foreign state or who does not know how or for what purpose the foreign state intends to use the information will have a hard time satisfying a court that he or she genuinely believed that disclosure would further the interests of the administration of justice. The same holds true for a disclosing party who knows or has reason to believe that the information will be used to commit torture or other human rights violations, or for someone who has sent the information for personal or partisan reasons. That a disclosing party may have his or her credibility tested against objective indicators incentivizes that person to proceed cautiously when disclosing information to a foreign state. Given these limitations inherent in s. 193(2)(e), I am not persuaded that the provision grants police a “limitless” power to disclose.

(c) *Is Section 193(2)(e) Unconstitutionally Vague?*

[61] I will now address Mr. Wakeling’s objection that s. 193(2)(e) is unconstitutionally vague. He contends that the phrase “where disclosure . . . is intended to be in the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere” is “unworkable” because “the decision maker would be required to have a full appreciation and understanding of the laws of the country which will receive the disclosure” (A.F., at para. 126). He also argues that “the administration of justice” does not have a constant and settled meaning (para. 129).

[62] Like the extradition judge and the Court of Appeal, I would not give effect to these submissions. This Court in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, stated that “a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate” (p. 643). Section 193(2)(e) does not offend in this regard. It sets out *who* must intend that the disclosure be in the interests of the administration of justice (the person disclosing the

[60] La partie qui ne sait peu de choses ou rien du tout sur le système de justice de l’État étranger à qui elle a divulgué ces renseignements, ou qui ne sait pas à quelle fin celui-ci veut utiliser ces renseignements, aura de la difficulté à convaincre le tribunal qu’elle croyait véritablement que la divulgation servirait l’administration de la justice. Il en va de même de la partie qui a divulgué des renseignements alors qu’elle sait ou a des raisons de croire qu’ils seront utilisés pour pratiquer la torture ou commettre d’autres violations des droits de la personne, ou d’un individu qui a divulgué les renseignements pour des raisons personnelles ou partisans. La possibilité de mettre à l’épreuve la crédibilité de la personne qui fait une divulgation en fonction d’indicateurs objectifs incite cette personne à communiquer avec prudence des renseignements à un État étranger. Vu ces limites inhérentes à l’al. 193(2)e, je ne suis pas convaincu que la disposition confère aux policiers un pouvoir de divulgation [TRADUCTION] « illimité ».

(c) *L’alinéa 193(2)e est-il inconstitutionnel pour cause d’imprécision?*

[61] J’examinerai maintenant le moyen de M. Wakeling voulant que l’al. 193(2)e soit inconstitutionnel pour cause d’imprécision. L’appelant fait valoir que les mots « lorsque la divulgation [. . .] vise à servir l’administration de la justice au Canada ou ailleurs » sont « inapplicables » parce que [TRADUCTION] « le décideur aurait à bien apprécier et saisir les lois du pays à qui sont transmis les renseignements » (m.a., par. 126). L’appelant soutient aussi que l’expression « l’administration de la justice » n’a pas un sens constant et établi (par. 129).

[62] Comme la juge d’extradition et la Cour d’appel, je suis d’avis de ne pas retenir ces arguments. Dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, notre Cour a déclaré qu’« une loi sera jugée d’une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire » (p. 643). Ce n’est pas le cas de l’al. 193(2)e, lequel indique *qui* doit souhaiter que la divulgation serve l’administration de la justice

information) and *to whom* the information may be disclosed (to a peace officer or prosecutor in Canada or to a person or authority with responsibility in a foreign state for the investigation or prosecution of offences). Moreover, while “the administration of justice” is a broad concept, it is not one that so lacks in precision as to give insufficient guidance for legal debate. As Borins Co. Ct. J. in *R. v. Samson* (1982), 37 O.R. (2d) 237, explained:

... “administration of justice”, with particular reference to the criminal law, is a compendious term that stands for all the complexes of activity that operate to bring the substantive law of crime to bear, or to keep it from coming to bear, on persons who are suspected of having committed crimes. It refers to the rules of law that govern the detection, investigation, apprehension, interviewing and trial of persons suspected of crime and those persons whose responsibility it is to work within these rules. The administration of justice is not confined to the courts; it encompasses officers of the law and others whose duties are necessary to ensure that the courts function effectively. The concern of the administration of justice is the fair, just and impartial upholding of rights, and punishment of wrongs, according to the rule of law. [pp. 246-47]

In the context of s. 193(2)(e), the phrase “the administration of justice” means that disclosure must be for a legitimate law enforcement purpose, such as the prevention of cross-border drug trafficking. It is not unconstitutionally vague.

(d) *Is Section 193(2)(e) Unconstitutional for Lack of Accountability Mechanisms?*

[63] Mr. Wakeling and the BCCLA also make a variety of submissions pertaining to accountability and the related value of transparency. They take issue with the fact that s. 193(2)(e) contains no record-keeping requirement, nor any requirement that would “attempt to constrain the foreign state’s use and dissemination of the communications”

(la personne qui divulgue les renseignements) et à *qui* les renseignements peuvent être divulgués (à un agent de la paix ou à un poursuivant au Canada ou à une personne ou un organisme étranger chargé de la recherche ou de la poursuite des infractions). Par ailleurs, bien que « l’administration de la justice » soit un concept large, il ne s’agit pas d’un concept qui manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire. Ainsi que l’a expliqué le juge Borins, de la Cour de comté, dans *R. c. Samson* (1982), 37 O.R. (2d) 237 :

[TRADUCTION] . . . « l’administration de la justice », plus particulièrement en droit pénal, est une expression succincte qui vise l’ensemble des activités exercées pour que le droit substantiel en matière pénale soit opposable ou non aux personnes qui sont soupçonnées d’avoir commis des crimes. Cette expression renvoie aux règles de droit qui régissent la détection, les enquêtes, l’arrestation, les interrogatoires et le procès des personnes soupçonnées d’avoir commis des crimes ainsi qu’aux personnes chargées d’appliquer ces règles. L’administration de la justice ne se limite pas aux tribunaux; elle vise les officiers de justice ainsi que ceux dont les fonctions sont nécessaires à la bonne marche des tribunaux. Elle cherche à assurer le respect des droits avec équité, justice et impartialité et à punir les actes répréhensibles, conformément à la primauté du droit. [p. 246-247]

Dans le contexte de l’al. 193(2)e, l’emploi de l’expression « l’administration de la justice » signifie que la divulgation doit avoir un but légitime d’application de la loi, comme la prévention du trafic transfrontalier de drogues. Cette expression n’est pas inconstitutionnelle pour cause d’imprécision.

d) *L’alinéa 193(2)e est-il inconstitutionnel pour cause d’absence de mécanismes de reddition de compte?*

[63] M. Wakeling et l’ALCCB ont également présenté diverses observations concernant la reddition de compte et la valeur connexe de la transparence. Ils s’inscrivent en faux contre l’absence, à l’al. 193(2)e, d’obligation de conserver un dossier ou d’une quelconque obligation de [TRADUCTION] « limiter l’utilisation et la diffusion des communications par

(BCCLA factum, at para. 2). The essence of these arguments is that s. 193(2)(e) inadequately protects the privacy interests at stake and that, absent procedural requirements such as notice to the target of the disclosure, protocols or international agreements, police record keeping, and Parliamentary reporting, s. 193(2)(e) is unconstitutional.

[64] In making these arguments, Mr. Wakeling and the BCCLA rely on *Tse*, where the constitutionality of s. 184.4 of the *Criminal Code* was in issue. That provision permitted peace officers to intercept certain private communications without judicial authorization if an officer believed, on reasonable grounds, that the interception was immediately necessary to prevent an unlawful act that would cause serious harm. In striking it down, this Court held that “s. 184.4 falls down on the matter of accountability because the legislative scheme does not provide any mechanism to permit oversight of the police use of this power” (para. 11 (emphasis added)).

[65] In my opinion, *Tse* is distinguishable from the present case. First, the statutory scheme at issue in *Tse* contained *no* accountability measures. As I will explain, that is not the case with s. 193(2)(e).

[66] Second, the impugned provision in *Tse* involved *warrantless* searches and seizures. Accountability measures, including after-the-fact notice and reporting requirements, are of particular importance in that context. The emergency wiretap provision, by its very nature, allows the police to conduct a warrantless search in exigent circumstances. No balancing of interests before a judge occurs. In contrast, Mr. Wakeling’s private communications were intercepted pursuant to a judicial authorization. Issuing the authorization required the judge to balance Mr. Wakeling’s privacy interests with the interests of law enforcement. A variety of procedural safeguards were adhered to. Unlike an emergency wiretap situation, Mr. Wakeling’s

l’État étranger » (mémoire de l’ALCCB, par. 2). Ils font donc essentiellement valoir que l’al. 193(2)e ne protège pas adéquatement les droits à la vie privée en jeu et que, faute d’exigences procédurales, telles qu’un avis à donner à la cible de la divulgation, la conclusion de protocoles ou d’accords internationaux, la conservation d’un dossier par la police ou l’obligation de faire rapport au Parlement, l’al. 193(2)e est inconstitutionnel.

[64] À l’appui de ces arguments, M. Wakeling et l’ALCCB invoquent l’affaire *Tse*, où la constitutionnalité de l’art. 184.4 du *Code criminel* était en jeu. Cette disposition permettait à l’agent de la paix d’intercepter certaines communications privées sans autorisation judiciaire s’il avait des motifs raisonnables de croire qu’une interception immédiate était nécessaire pour empêcher un acte illicite qui causerait des dommages sérieux. En invalidant la disposition, notre Cour a conclu que « l’art. 184.4 est invalide sur le plan de la reddition de compte, parce que le régime législatif ne prévoit aucun mécanisme permettant de surveiller l’exercice, par les policiers, du pouvoir qu’il leur confère » (par. 11 (je souligne)).

[65] À mon avis, l’affaire *Tse* peut être distinguée de la présente espèce. Premièrement, le régime législatif en cause dans *Tse* ne prévoyait *aucune* mesure de reddition de compte. Comme je l’expliquerai, ce n’est pas le cas de l’al. 193(2)e.

[66] Deuxièmement, la disposition attaquée dans *Tse* prévoyait la possibilité de faire des fouilles, des perquisitions et des saisies *sans mandat*. Les mesures de reddition de compte, notamment les obligations de donner un avis après coup et de faire rapport, sont particulièrement importantes dans ce contexte. De par sa nature même, la disposition sur l’écoute électronique en cas d’urgence permet aux policiers d’effectuer des fouilles ou perquisitions sans mandat en situation d’urgence. Il n’y a aucune mise en balance d’intérêts par un juge. À l’inverse, les communications privées de M. Wakeling ont été interceptées en vertu d’une autorisation judiciaire. Avant d’accorder cette autorisation, le juge devait mettre en balance les droits de M. Wakeling à la vie

privacy interests were afforded significant protection at the interception stage.

[67] Section 193(2)(e) must be considered in context. In my view, it is inappropriate “to seize upon individual sections of [the wiretap scheme] and to see if those sections, viewed in isolation, contravene the provisions of the *Charter*” (*R. v. Finlay* (1985), 52 O.R. (2d) 632 (C.A.), at p. 653). Rather, the proper approach is to consider the “provisions and the safeguards contained therein in their entirety” (*ibid.*). Section 193(2)(e) is part of a unique statutory scheme that contains numerous privacy safeguards, including notice and reporting requirements. Pursuant to s. 196(1) of the *Criminal Code*, an individual who has been wiretapped must be provided with written notification within three months of the time the authorization was given or renewed, subject to judicially authorized extensions. These extensions may be authorized, for instance, where providing notice to the suspect would derail an ongoing police investigation.

[68] While Parliament could perhaps, as a matter of policy, require a *second* notice relating specifically to a s. 193(2)(e) disclosure, there are inherent difficulties with such a requirement. In order to decide whether to apply for an extension of time in providing notice of disclosure, Canadian authorities would have to keep abreast of all foreign investigations involving the disclosed information. Without such knowledge, it would be impossible for them to know whether providing notice of the disclosure to the suspect would derail or otherwise compromise a foreign investigation.

[69] To require Canadian authorities to stay on top of all foreign investigations that involve the disclosed information is surely unreasonable. It would be highly burdensome, if not entirely impractical. In my view, the absence of a requirement to provide

privée et l’intérêt à assurer l’application de la loi. Toute une série de garanties procédurales ont été respectées. Contrairement à la situation d’écoute électronique en cas d’urgence, les droits de M. Wakeling à la vie privée ont bénéficié d’une protection importante lors de l’interception de ses communications.

[67] L’alinéa 193(2)e doit être situé dans son contexte. À mon avis, il ne convient pas [TRADUCTION] « d’analyser des articles précis [du régime d’écoute électronique] pour voir si, pris isolément, ils contreviennent aux dispositions de la *Charte* » (*R. c. Finlay* (1985), 52 O.R. (2d) 632 (C.A.), p. 653). La démarche appropriée consiste plutôt à examiner les « dispositions et garanties prévues par le régime dans leur ensemble » (*ibid.*). L’alinéa 193(2)e fait partie d’un régime législatif unique qui prévoit de nombreuses garanties en matière de vie privée, dont les obligations de donner un avis et de faire rapport. Selon le par. 196(1) du *Code criminel*, la personne mise sous écoute doit être avisée de celle-ci par écrit dans les trois mois qui suivent le moment où l’autorisation a été donnée ou renouvelée, sous réserve de prolongations autorisées par un juge. Ces prolongations peuvent être autorisées, par exemple, lorsque la remise d’un avis au suspect risque de faire avorter une enquête policière en cours.

[68] En principe, le législateur pourrait peut-être exiger un *deuxième* avis propre à une divulgation visée à l’al. 193(2)e), mais une telle exigence poserait certains problèmes. Pour décider s’il convient de demander une prorogation du délai pour donner avis de la divulgation, les autorités canadiennes seraient obligées de se tenir au courant de toutes les enquêtes étrangères où sont utilisés les renseignements divulgués. Si elles ne les connaissent pas toutes, il leur serait impossible de savoir si la remise de l’avis de divulgation au suspect ferait avorter ou compromettrait de quelque autre façon une enquête étrangère.

[69] Il est de toute évidence déraisonnable d’exiger des autorités canadiennes qu’elles se tiennent parfaitement informées de toutes les enquêtes étrangères où sont utilisés les renseignements communiqués. Une telle exigence serait très contraignante,

a second notice does not render the wiretap regime unconstitutional.

[70] As noted, the existing notice requirements contained in Part VI of the *Criminal Code* ensure that all individuals who have been wiretapped are provided with notice of this fact. Once notified, individuals may wish to know whether their intercepted communications have been disclosed to a foreign authority. An individual may make a request pursuant to the applicable access to information statute in an effort to obtain this information. Justice Karakatsanis correctly notes that such efforts may not always be successful, depending on the details of the applicable access to information regime and the individual's circumstances. I express no view on whether a guaranteed right of access to this information would be advisable — only that it is not constitutionally required.

[71] As for Parliamentary reporting, the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness must prepare an annual report to Parliament on the use of electronic surveillance pursuant to s. 195 of the *Criminal Code*. Once again, Parliament could require that disclosures made under s. 193(2)(e) be included in an annual report. But that is a policy decision, and it is important that this Court separate policy matters from constitutional imperatives — especially in this context where international relations are involved. As this Court stated in *Tse*, a reporting requirement to Parliament is not a constitutional imperative (para. 89).

[72] Contrary to the submissions of Mr. Wakeling and the BCCLA, s. 193(2)(e) is not devoid of accountability measures. Rather, accountability has been built into the scheme for the disclosure of wiretap communications. Section 193(1) provides a powerful incentive for Canadian authorities to comply with the dictates of s. 193(2)(e). The failure to do so can lead to criminal charges against

voire tout à fait irréaliste. À mon avis, l'absence d'obligation de donner un deuxième avis ne rend pas le régime d'écoute électronique inconstitutionnel.

[70] Comme je l'ai mentionné, les exigences actuelles en matière d'avis prévues à la partie VI du *Code criminel* font en sorte que tous les individus mis sous écoute en soient avisés. Il est possible qu'une fois informés, ces individus veuillent savoir si leurs communications interceptées ont été divulguées à une autorité étrangère. L'intéressé doit présenter une demande conformément à la loi d'accès à l'information applicable en vue d'obtenir ces renseignements. La juge Karakatsanis fait remarquer à bon droit que de telles tentatives ne portent pas toujours fruit, eu égard aux particularités du régime d'accès à l'information applicable et à la situation de l'intéressé. Je ne me prononce pas sur la question de savoir s'il serait souhaitable d'avoir un droit d'accès garanti à ces renseignements. Je me contente de dire que la Constitution ne l'exige pas.

[71] En ce qui concerne le rapport au Parlement, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile doit présenter chaque année au Parlement un rapport sur le recours à la surveillance électronique conformément à l'art. 195 du *Code criminel*. Là encore, le législateur pourrait exiger qu'un rapport annuel fasse état des divulgations effectuées en vertu de l'al. 193(2)e). Il s'agit toutefois d'une décision de politique générale, et il est important que notre Cour fasse une distinction entre les questions de politique générale et les impératifs constitutionnels, particulièrement dans le présent contexte où les relations internationales sont en cause. Comme l'a déclaré notre Cour dans *Tse*, l'obligation de présenter un rapport au Parlement n'est pas un impératif constitutionnel (par. 89).

[72] Contrairement à ce que prétendent M. Wakeling et l'ALCCB, l'al. 193(2)e) prévoit des mesures de reddition de compte. En fait, la reddition de compte a été intégrée au régime régissant la divulgation des communications interceptées par écoute électronique. Le paragraphe 193(1) incite fortement les autorités canadiennes à respecter les impératifs de l'al. 193(2)e), car leur inobservation peut

the disclosing party or result in the exclusion of the improperly disclosed evidence at a subsequent proceeding in Canada. The possibility of criminal sanction or the loss of important evidence creates an incentive to maintain records about what information was disclosed, to whom, and for what purpose. Indeed, according to the evidence of the Deputy Commissioner of Canada West, Gary David Bass, who testified with respect to certain RCMP practices and procedures, the RCMP have a number of internal record-keeping policies that apply to the cross-border sharing of information.

[73] While police record keeping is not, in my view, constitutionally required for disclosures made under s. 193(2)(e), I should not be taken as discouraging the practice. Likewise, these reasons are not intended to discourage Parliament from instituting reporting requirements or establishing international agreements between Canada and foreign states to address cross-border disclosure of wire-tap communications. The record at hand indicates that many agreements are in place between law enforcement agencies. The record also shows that information is often disclosed with caveats as to its subsequent use.

[74] Although not constitutionally mandated, adherence to international protocols and the use of caveats or information-sharing agreements may be highly relevant in determining whether a given disclosure was authorized by law under s. 193(2)(e). These objective indicators may assist a court in assessing whether disclosure was genuinely intended to advance the interests of the administration of justice. Moreover, as I discuss below in reference to the third step of the s. 8 framework, they will also impact on whether the manner of disclosure is found to be reasonable.

entraîner le dépôt d'accusations criminelles contre la partie qui a fait la divulgation ou donner lieu, dans le cadre de procédures judiciaires ultérieures au Canada, à l'exclusion des preuves communiquées abusivement. Le risque de sanction criminelle ou de perte d'éléments de preuve importants a pour effet d'inciter les autorités à conserver des registres indiquant les renseignements qui ont été divulgués, le nom des destinataires de la divulgation et le but de la divulgation. En fait, selon le témoignage rendu par le commissaire adjoint de l'Ouest du Canada, Gary David Bass, concernant certaines pratiques et procédures de la GRC, cette dernière dispose de plusieurs politiques internes en matière de conservation de dossiers qui s'appliquent à la communication transfrontalière de renseignements.

[73] Bien que la Constitution n'exige pas, à mon avis, que la police conserve des dossiers pour les divulgations effectuées en vertu de l'al. 193(2)e), je ne voudrais pas qu'on pense que je décourage cette pratique. De même, les présents motifs ne visent pas à décourager le législateur d'instaurer des exigences en matière de rapport ou le Canada de conclure des accords internationaux avec des États étrangers concernant la divulgation transfrontalière de communications interceptées par écoute électronique. Le dossier indique que les organismes d'application de la loi ont conclu de nombreux accords. Il ressort également du dossier que les renseignements sont souvent divulgués avec des mises en garde concernant leur utilisation subséquente.

[74] Même si la Constitution ne l'exige pas, l'adhésion à des protocoles internationaux et le recours à des mises en garde, ou la conclusion d'accords sur la communication de renseignements, peuvent être très utiles pour savoir si une divulgation donnée était autorisée par l'al. 193(2)e). Ces indicateurs objectifs peuvent aider le tribunal à déterminer si une divulgation visait véritablement à servir l'administration de la justice. De plus, comme je l'expliquerai plus loin à l'égard de la troisième étape du cadre d'analyse fondé sur l'art. 8, ils jouent dans la détermination du caractère raisonnable de la divulgation.

[75] In considering the possible accountability and transparency mechanisms that Parliament could enact, certain realities cannot be ignored. Even where the information is disclosed to a foreign state with a legal system much like our own, once the information is in the hands of the foreign state, its use will, for the most part, be beyond our purview. Such is a defining feature of state sovereignty. Caveats on disclosure and information-sharing protocols may be desirable, and they may be relevant to evaluating whether a disclosure is intended to be in the interest of the administration of justice (as required at the first step of the s. 8 analysis) or is carried out reasonably (as required at the third step). However, they are not constitutionally required in every case, nor would they be a panacea if they were — certainly not standard-form agreements or caveats accompanying every disclosure, as Justice Karakatsanis's proposal would likely generate. There is *always* a risk that a foreign law enforcement agency may misuse the information disclosed to it under s. 193(2)(e). This risk can never be entirely eliminated, regardless of the nature and extent of the procedural safeguards in place in Canada, and it must not be allowed to undermine the vital interests served by the detection and prosecution of multi-jurisdictional crime. In this regard, I re-emphasize that Canada is frequently on the *receiving* end of such disclosures — and Canadians are safer for it.

[76] I do not gainsay the possibility that a foreign law enforcement agency could misuse the information provided to it by Canadian authorities. In such cases, there are certain avenues Canada may pursue where the subsequent use of information disclosed to a foreign state offends our own notions of justice. For example, where the disclosed information is being used to seek the extradition of an individual who faces a realistic prospect of

[75] On ne peut faire abstraction de certaines réalités lorsqu'on se penche sur les différents mécanismes de transparence et de reddition de compte que le législateur pourrait créer. Même dans le cas des renseignements communiqués à un État étranger dont le système juridique ressemble au nôtre, leur utilisation échappe pour l'essentiel à notre contrôle une fois qu'ils se retrouvent entre les mains de l'État étranger. C'est là une caractéristique déterminante de la souveraineté des États. Des mises en garde concernant la divulgation et des protocoles de communication des renseignements peuvent être des mesures souhaitables, et de telles mesures peuvent être utiles pour déterminer si une divulgation vise à servir l'administration de la justice (tel qu'il est prescrit à la première étape de l'analyse fondée sur l'art. 8) ou si elle a été effectuée de manière raisonnable (tel qu'il est prescrit à la troisième étape). Toutefois, elles ne sont pas requises par la Constitution dans tous les cas et, même si elles l'étaient, elles ne seraient pas non plus une panacée — certainement pas les accords types ou les mises en garde systématiques en cas de divulgation qui résulteraient vraisemblablement de la proposition de la juge Karakatsanis. Le risque que l'organisme étranger d'application de la loi fasse mauvais usage des renseignements qui lui ont été communiqués en vertu de l'al. 193(2)e est *toujours* présent. Ce risque ne peut jamais être entièrement éliminé, peu importe la nature et la portée des garanties procédurales en vigueur au Canada, et on ne doit pas permettre qu'il mine les intérêts vitaux servis par la détection des crimes et les poursuites criminelles relevant de plusieurs pays. À cet égard, je souligne à nouveau que le Canada est souvent celui qui *reçoit* de telles divulgations, et la sécurité des Canadiens et des Canadiennes s'en trouve accrue.

[76] Je ne nie pas la possibilité qu'un organisme étranger d'application de la loi fasse mauvais usage des renseignements que lui ont fournis les autorités canadiennes. Dans de tels cas, le Canada dispose de certains recours lorsque l'utilisation subséquente de renseignements divulgués à un État étranger heurte sa propre conception de la justice. Par exemple, lorsque les renseignements divulgués sont utilisés pour solliciter l'extradition d'un individu qui

torture or other human rights violations in a foreign country, Canada can refuse the extradition request to avoid a manifest violation of the *Charter*. Likewise, if the information in question is found to have been unlawfully obtained, its use in an extradition proceeding — or in any other legal venue — could be challenged. In other contexts, Canada could exert pressure through diplomatic channels. There are various ways that Canada pursues its objectives on the international stage — founded on the principles of comity and state sovereignty — which may have application in a particular case.

[77] It bears emphasizing that this Court's task is not to determine whether there may be better or additional accountability measures or stricter language that could be put in place with respect to the cross-border disclosure of wiretap communications. Any attempt to micromanage Parliament in this context must be approached with great care. The task at hand is to determine whether s. 193(2)(e) passes constitutional muster. As discussed, there are a number of accountability measures contained within Part VI and within s. 193(2)(e) itself, and the scope of the disclosure contemplated by s. 193(2)(e) is, in my view, entirely reasonable. For these reasons, I conclude that the impugned legislation does not fall short of the constitutional standards mandated by s. 8 of the *Charter*.

(5) Was the Impugned Disclosure Carried Out in a Reasonable Manner?

[78] Having determined that s. 193(2)(e) is a reasonable law and that it was complied with in this case, the remaining inquiry is whether the *manner* of the Impugned Disclosure was unreasonable, and therefore violates s. 8 of the *Charter*. Nothing in the record suggests that the police acted unreasonably in disclosing Mr. Wakeling's intercepted communications to U.S. authorities. Neither the Chief Justice nor Justice Karakatsanis suggest otherwise. Common sense would suggest that similarly unremarkable and entirely reasonable

risque véritablement d'être torturé ou victime d'autres violations des droits de la personne dans un pays étranger, le Canada peut refuser la demande d'extradition pour éviter une violation manifeste de la *Charte*. De même, s'il est jugé que les renseignements en question ont été obtenus illicitement, leur utilisation dans une procédure d'extradition — ou dans toute autre instance judiciaire — pourrait être contestée. Dans d'autres contextes, le Canada pourrait exercer des pressions diplomatiques. Il poursuit ses objectifs sur la scène internationale par différents moyens — fondés sur les principes de courtoisie et de souveraineté des États — qui pourraient trouver application dans un cas donné.

[77] Il importe de souligner que notre Cour n'a pas pour tâche de décider s'il est possible d'instaurer des mesures de reddition de compte meilleures ou additionnelles, ou si la loi peut être rédigée en des termes plus stricts, quant à la divulgation transfrontalière de communications interceptées par écoute électronique. Toute tentative en vue de dicter au législateur sa conduite dans ce contexte doit être faite avec beaucoup de prudence. Il nous faut en l'espèce décider si l'al. 193(2)e) résiste au contrôle constitutionnel. Comme nous l'avons vu, la partie VI et l'al. 193(2)e) lui-même prévoient un certain nombre de mesures de reddition de compte, et l'étendue de la divulgation envisagée à cet alinéa me semble tout à fait raisonnable. Pour ces raisons, je conclus que les dispositions législatives attaquées respectent les normes constitutionnelles prévues à l'art. 8 de la *Charte*.

(5) La divulgation contestée a-t-elle été effectuée de manière raisonnable?

[78] Comme j'ai conclu que l'al. 193(2)e) est une disposition législative raisonnable qui a été respectée en l'espèce, il reste à savoir si la *manière* dont a été effectuée la divulgation contestée était abusive et donc contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Rien dans le dossier ne porte à croire que les policiers ont agi de façon abusive en divulguant aux autorités américaines les communications interceptées de M. Wakeling. Ni la Juge en chef ni la juge Karakatsanis n'affirment le contraire. Le bon sens voudrait qu'il y ait chaque jour une collaboration

instances of law enforcement cooperation to combat cross-border criminal activity occur on a daily basis between Canadian and U.S. authorities. Saddling police with the obligation of imposing boilerplate caveats on even the most routine disclosures poses an unnecessary burden. It would do little to safeguard the interests protected by s. 8 while impeding legitimate law enforcement operations.

[79] Nothing further is needed to dispose of the instant case. However, in different factual contexts, there may be significant potential dangers posed by the disclosure of intercepted communications to foreign authorities. Given these dangers, a broader discussion of the third step of the s. 8 framework is warranted.

[80] Where a disclosing party knows or should have known that the information could be used in unfair trials, to facilitate discrimination or political intimidation, or to commit torture or other human rights violations — concerns rightly expressed by Justice Karakatsanis — s. 8 requires that the disclosure, if permissible at all, be carried out in a reasonable manner. In the most serious examples, where there are no steps that could be taken to mitigate the danger, s. 8 forbids disclosure entirely. I should emphasize that this inquiry as to the manner of disclosure is distinct from whether disclosure would be authorized by law pursuant to s. 193(2)(e) — although, as a practical matter, the two inquiries may overlap. For example, where the risks are so great that there is *no* manner of disclosure that would be objectively reasonable, a disclosing party would find it difficult to prove that he or she believed that the disclosure was “in the interests of the administration of justice” under any plausible meaning of that term.

[81] In other cases, a disclosure could be reasonably carried out where the use of information-sharing protocols or the imposition of caveats would sufficiently mitigate the risks. An example may be useful to illustrate this point. Suppose that Canadian

aussi banale et tout à fait raisonnable entre les autorités canadiennes et américaines pour lutter contre les activités criminelles transfrontalières. Il serait inutilement onéreux d'imposer aux policiers l'obligation de prévoir des mises en garde types même pour les divulgations les plus routinières. Une telle obligation ne contribuerait que peu à la protection des droits que garantit l'art. 8 tout en nuisant à des opérations policières légitimes.

[79] Je pourrais d'ores et déjà trancher la présente affaire. Toutefois, dans des contextes factuels différents, la divulgation à des autorités étrangères de communications interceptées pourrait poser des dangers importants. Par conséquent, il convient de procéder à un examen plus large de la troisième étape du cadre d'analyse fondé sur l'art. 8.

[80] Lorsque la partie qui fait une divulgation sait ou aurait dû savoir que les renseignements pourraient être utilisés dans des procès inéquitables, pour faciliter la discrimination ou l'intimidation politique, pour pratiquer la torture ou pour commettre d'autres violations des droits de la personne — préoccupations exprimées à juste titre par la juge Karakatsanis — l'art. 8 exige que la divulgation, si elle est un tant soit peu acceptable, ne soit pas effectuée de manière abusive. Dans les cas les plus graves, où rien ne peut être fait pour atténuer le danger, l'art. 8 interdit toute divulgation. Je tiens à souligner que cet examen de la manière dont la divulgation est faite se distingue de celui de la question de savoir si la divulgation serait autorisée par l'al. 193(2)e), bien que, dans les faits, les deux examens puissent se chevaucher. Par exemple, lorsque les risques sont tellement importants qu'*aucune* forme de divulgation ne serait objectivement raisonnable, la partie qui a fait la divulgation trouverait difficile de prouver qu'elle croyait que la divulgation visait à « servir l'administration de la justice » d'après n'importe quelle acception plausible de cette expression.

[81] Dans d'autres cas, une divulgation pourrait être effectuée de manière raisonnable lorsque le recours à des protocoles de communication de renseignements ou la formulation de mises en garde sont susceptibles d'atténuer suffisamment les risques. Il

authorities know or ought to know that a foreign government, to which they are contemplating a disclosure, may pass on the information to a third country that could exploit it to harm a Canadian citizen. In that context, the failure to include a caveat limiting subsequent use of the disclosed information, even where the disclosing party intended to further the administration of justice, might render the disclosure unreasonable under s. 8. In such cases, therefore, the existence of appropriate safeguards will play a crucial role in determining the constitutionality of a challenged disclosure. It is by mandating appropriate safeguards on a case-by-case basis, rather than inflexibly requiring them in all situations, that a proper balance is struck between protecting against unreasonable disclosures of private communications and facilitating the effective investigation of domestic and multi-jurisdictional crime.

VI. Conclusion

[82] Inter-agency cooperation is critical to the prevention, detection, and punishment of cross-border crime. Recognizing this, Parliament has authorized the cross-border sharing of wiretap communications under s. 193(2)(e) of the *Criminal Code*. The disclosure in this case was lawfully authorized by that provision, and the legislation, taken as a whole, does not violate s. 8 of the *Charter*. Furthermore, there is no evidence that the manner of disclosure was unreasonable. Accordingly, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[83] THE CHIEF JUSTICE — I have read the reasons of my colleagues Moldaver J. and Karakatsanis J., who come to different conclusions about the constitutionality of s. 193(2)(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and the measures that should

serait utile de donner un exemple à titre d'illustration. Supposons que les autorités canadiennes savent, ou devraient savoir, qu'un gouvernement étranger à qui elles envisagent de divulguer des renseignements pourrait communiquer à son tour ces renseignements à un pays tiers qui pourrait les utiliser pour s'en prendre à un citoyen canadien. Dans ce contexte, l'absence d'une mise en garde limitant l'utilisation subséquente des renseignements divulgués, même lorsque la partie qui fait la divulgation cherchait à favoriser l'administration de la justice, pourrait rendre la divulgation abusive au sens de l'art. 8. Par conséquent, dans de tels cas, l'existence de garanties appropriées jouera un rôle crucial dans la détermination du caractère constitutionnel de la divulgation contestée. C'est en requérant des garanties appropriées au cas par cas, plutôt qu'en les exigeant de façon rigide dans toutes les situations, qu'on atteindra un juste équilibre entre, d'une part, la protection contre les divulgations abusives de communications privées et, d'autre part, la facilitation d'enquêtes criminelles efficaces relevant du Canada et de plusieurs pays.

VI. Conclusion

[82] La collaboration entre organismes est essentielle à la prévention, à la détection et à la sanction des crimes transfrontaliers. Compte tenu de ce fait, le législateur a autorisé la transmission transfrontalière de communications interceptées par écoute électronique à l'al. 193(2)e) du *Code criminel*. La divulgation en l'espèce a été licitement autorisée par cette disposition, et la législation, prise dans son ensemble, ne viole pas l'art. 8 de la *Charte*. En outre, rien ne prouve que la divulgation a été faite de manière abusive. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[83] LA JUGE EN CHEF — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Moldaver et Karakatsanis, qui arrivent à des conclusions différentes sur la constitutionnalité de l'al. 193(2)e) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et les

be in place to govern sharing information obtained under warrant with law enforcement agencies in other countries.

[84] I approach the matter differently. In my view, the question on this appeal is whether Mr. Wakeling's rights under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated. The constitutionality of s. 193(2)(e) becomes an issue only if Mr. Wakeling can show that s. 193(2)(e) infringed his s. 8 rights. In my view, he has not shown this. Accordingly, I would dismiss the appeal.

I. Background

[85] Moldaver J. has set out the facts and judicial history of the case. Briefly put, Mr. Wakeling was the subject of a Canadian drug investigation. In the course of the investigation, the RCMP obtained a warrant to monitor communications between Mr. Wakeling and others. The communications revealed a plot to transport drugs across the Canada-U.S. border. The RCMP shared information obtained from the communications with U.S. authorities, who used it to intercept and seize 46,000 ecstasy pills at the International Falls, Minnesota border crossing.

[86] The U.S. sought Mr. Wakeling's extradition from Canada to face charges arising from the seizure of the ecstasy pills. At the hearing, Mr. Wakeling argued that the RCMP's disclosure of the information obtained from the intercepted communications violated his rights under s. 8 of the *Charter* and that the evidence should not be admitted against him.

[87] The extradition judge held that there was no violation of Mr. Wakeling's s. 8 rights, admitted the evidence, and issued a committal order for extradition. The British Columbia Court of Appeal dismissed Mr. Wakeling's appeal.

mesures qui devraient régir la communication de renseignements obtenus par mandat à des organismes étrangers d'application de la loi.

[84] J'aborde la question sous un autre angle. À mon avis, la question qui se pose en l'espèce est de savoir s'il y a eu violation des droits garantis à M. Wakeling par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La constitutionnalité de l'al. 193(2)e n'entre en jeu que si M. Wakeling parvient à démontrer que cette disposition a porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8. D'après moi, il n'en a pas fait la démonstration. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Contexte

[85] Le juge Moldaver a relaté les faits et l'histoire judiciaire de l'affaire. En bref, M. Wakeling a fait l'objet d'une enquête canadienne en matière de stupéfiants. Au cours de cette enquête, la GRC a obtenu un mandat pour écouter les communications entre M. Wakeling et d'autres personnes. Les communications ont révélé l'existence d'un complot en vue de faire passer des stupéfiants par la frontière canado-américaine. La GRC a transmis de l'information issue des communications aux autorités américaines, qui l'ont utilisée pour intercepter et saisir 46 000 comprimés d'ecstasy au poste frontalier d'International Falls, au Minnesota.

[86] Les États-Unis ont demandé que M. Wakeling soit extradé du Canada pour répondre à des accusations découlant de la saisie des comprimés d'ecstasy. M. Wakeling a prétendu à l'audience que la divulgation, par la GRC, des renseignements issus des communications interceptées violait les droits qui lui sont garantis par l'art. 8 de la *Charte*, et que la preuve ne devrait donc pas être admise contre lui.

[87] La juge d'extradition a conclu à l'absence de violation des droits garantis à M. Wakeling par l'art. 8, admis la preuve et ordonné l'incarcération de M. Wakeling en vue de son extradition. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel de M. Wakeling.

II. The Issue

[88] The main — and in my view the only — issue on this appeal is whether the RCMP’s disclosure of the intercepted communications to U.S. authorities violated Mr. Wakeling’s s. 8 rights and, if so, whether the evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

[89] In my view, it is not necessary to consider the constitutionality of s. 193(2)(e) of the *Criminal Code* to answer that question. I agree with my colleagues that it is unnecessary to consider the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, or s. 193(2)(b) of the *Criminal Code*.

III. Analysis

[90] Section 8 of the *Charter* protects individuals against unreasonable search and seizure. It provides:

Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

[91] Section 8 protects the individual’s privacy interest against unreasonable state intrusion. Here, Mr. Wakeling has a reasonable expectation of privacy in his communications with others. In order to obtain private information by intercepting communications, the state must obtain a judicial warrant, which requires the state to demonstrate that there are reasonable grounds to believe the interception will show evidence of a crime. (Circumstances where the state can intercept *without* a warrant are not relevant here, e.g., s. 184.4 of the *Criminal Code*.) Where such grounds exist, the individual’s privacy interest in the intercepted communication gives way to the state’s interest in law enforcement.

[92] The warrant allows the police to obtain the information and to use it for purposes of law enforcement. The individual whose communications

II. La question en litige

[88] En l’espèce, la principale — et à mon avis la seule — question est de savoir si la divulgation par la GRC des communications interceptées aux autorités américaines violait les droits garantis à M. Wakeling par l’art. 8 et, dans l’affirmative, si la preuve aurait dû être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[89] Il m’apparaît inutile d’analyser la constitutionnalité de l’al. 193(2)e) du *Code criminel* pour répondre à cette question. À l’instar de mes collègues, j’estime qu’il n’est pas nécessaire d’examiner la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, ou l’al. 193(2)b) du *Code criminel*.

III. Analyse

[90] L’article 8 de la *Charte*, qui protège l’individu contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, est rédigé en ces termes :

Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[91] L’article 8 protège le droit de l’individu à la vie privée contre l’intrusion abusive de l’État. En l’espèce, M. Wakeling s’attend raisonnablement au respect du caractère privé de ses communications avec autrui. Afin de recueillir des renseignements personnels par l’interception de communications, l’État doit obtenir d’un juge un mandat, qui l’oblige à démontrer l’existence de motifs raisonnables de croire que l’interception permettra d’obtenir la preuve d’une infraction. (Les situations où l’État peut intercepter des communications *sans* mandat, p. ex. les cas visés par l’art. 184.4 du *Code criminel*, ne sont pas pertinentes dans la présente affaire.) En présence de tels motifs, le droit d’une personne au respect de sa vie privée relativement aux communications interceptées cède le pas à l’intérêt de l’État à faire appliquer la loi.

[92] Le mandat permet aux policiers d’obtenir les renseignements en question et de s’en servir aux fins d’application de la loi. La personne dont

are lawfully intercepted under a valid warrant cannot complain that this unreasonably breaches his privacy. To put it metaphorically, a valid warrant sanitizes the state intrusion on privacy, as long as the execution of the warrant is reasonable and the information is used for purposes of law enforcement.

[93] It has never been suggested that this principle is confined to the use of information in Canada. The reality is that crime does not stop at national borders, and police routinely share information that they have lawfully obtained under warrant with their counterparts in other countries. Provided information is shared for purposes of law enforcement, the individual cannot complain that the sharing violates his s. 8 right to privacy.

[94] This Court has found that s. 8 is violated in cases where the information was seized in a context *outside* law enforcement and then passed along for the purpose of law enforcement: *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227; and *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34. In those cases, the “sanitizing” effect of the warrant (or similar authorization process) was absent; the individual’s privacy interest had not been balanced against the state’s interest in law enforcement through judicial pre-authorization. Where, as here, that process has taken place, disclosure for law enforcement purposes does not violate s. 8.

[95] Once information is obtained under warrant, s. 8 protects against unreasonable uses of that information. For example, information obtained under warrant cannot be used for rendition to a foreign country (the Maher Arar case discussed by Karakatsanis J.) or public titillation. Section 7 of the *Charter* may also be engaged where disclosure gives rise to a concern that the recipient country will use the information to kill, torture or mistreat the target. These concerns do not arise on the facts of this case. Where these residual privacy interests

les communications sont licitement interceptées en vertu d’un mandat valide ne peut prétendre que cette interception porte abusivement atteinte à sa vie privée. Pour utiliser une métaphore, le mandat valide aseptise l’atteinte de l’État à la vie privée, pourvu qu’il soit exécuté de manière raisonnable et que les renseignements soient utilisés aux fins d’application de la loi.

[93] On n’a jamais laissé entendre que ce principe s’applique uniquement à l’usage de renseignements au Canada. Le fait est que la criminalité ne s’arrête pas à la frontière, et que les policiers transmettent couramment à leurs homologues étrangers les renseignements qu’ils ont obtenus licitement en vertu d’un mandat. Tant que les renseignements sont communiqués aux fins d’application de la loi, l’intéressé ne peut prétendre que leur communication viole le droit à la vie privée que lui garantit l’art. 8.

[94] La Cour a conclu à la violation de l’art. 8 dans des cas où les renseignements avaient été saisis *en dehors* du contexte de l’application de la loi, puis transmis à cette fin : *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227; et *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34. Dans ces affaires, il manquait l’effet « aseptisant » d’un mandat (ou d’une procédure d’autorisation semblable); le droit de l’individu à la vie privée n’avait pas été mis en balance, par voie d’autorisation judiciaire préalable, avec l’intérêt de l’État à faire appliquer la loi. Lorsque, comme en l’espèce, cette procédure a été suivie, la divulgation faite aux fins d’application de la loi ne viole pas l’art. 8.

[95] Une fois les renseignements obtenus par mandat, l’art. 8 en empêche l’utilisation abusive. Par exemple, ces renseignements ne peuvent servir à faire expulser quelqu’un vers un pays étranger (l’affaire Maher Arar dont parle la juge Karakatsanis) ou à exciter le public. L’article 7 de la *Charte* peut aussi entrer en jeu lorsque les renseignements divulgués suscitent la crainte que le pays destinataire les utilise pour tuer, torturer ou maltraiter la cible. D’après les faits de l’espèce, ces craintes ne se posent pas. En cas d’atteinte à ces droits résiduels à la

are infringed, remedies may include prosecution of the disclosing officer under s. 193(1) of the *Criminal Code* and remedies under s. 24(1) of the *Charter*.

[96] It follows that sharing information obtained under warrant for law enforcement purposes with foreign law officers does not violate s. 8, absent the residual concerns just discussed. Here, the information was disclosed to the U.S. authorities for law enforcement purposes, and none of the residual concerns arise. It follows that Mr. Wakeling's rights were not violated, and his appeal must fail.

[97] The question is whether s. 193(2)(e) of the *Criminal Code* changes this. I do not think it does. As I state in *Imperial Oil v. Jacques*, 2014 SCC 66, [2014] 3 S.C.R. 287, at para. 89, I am of the view that s. 193(2) is not an authorizing provision. Section 193(2)(e) does not confer a power on Canadian authorities to share information obtained under warrant with foreign counterparts. Rather, it operates by exempting officers from prosecution where they disclose intercepted private communications under their common law powers. Section 193(1), the offence provision, is intended to guard against the disclosure of intercepted private communications by making it an offence to do so without the consent of the individual concerned. Section 193(2) then lists a number of exemptions from what otherwise would be an offence by virtue of s. 193(1). The exception in s. 193(2)(e) demonstrates that the common law power to use information obtained under warrant for law enforcement purposes is one of the categories of disclosure protected from liability as an offence under s. 193(1). I agree with my colleague Moldaver J. when he says that “the administration of justice” in s. 193(2)(e) refers only to use for legitimate law enforcement purposes. The provision therefore preserves the common law power of law enforcement authorities to share lawfully obtained information for purposes of law enforcement both domestically and abroad. In a nutshell, the exception prevents law enforcement officers from being convicted for doing their job —

vie privée, on peut notamment poursuivre, en vertu du par. 193(1) du *Code criminel*, l'agent ayant fait la divulgation et accorder des réparations au titre du par. 24(1) de la *Charte*.

[96] Il s'ensuit que la communication, à des officiers de police étrangers, de renseignements obtenus par mandat aux fins d'application de la loi ne viole pas l'art. 8 en l'absence des craintes résiduelles dont je viens de faire état. En l'espèce, l'information a été divulguée aux autorités américaines à de telles fins, et aucune des craintes résiduelles ne se pose. En conséquence, les droits de M. Wakeling n'ont pas été violés, et il faut rejeter son pourvoi.

[97] Il s'agit de savoir si l'al. 193(2)e) du *Code criminel* change la donne. Je ne crois pas que ce soit le cas. Comme je le mentionne au par. 89 de l'arrêt *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287, j'estime que le par. 193(2) ne constitue pas une disposition habilitante. L'alinéa 193(2)e) ne confère pas aux autorités canadiennes le pouvoir de communiquer des renseignements obtenus par mandat aux autorités étrangères. Il a plutôt pour effet de mettre les agents à l'abri de poursuites lorsqu'ils divulguent des communications privées interceptées dans l'exercice des pouvoirs qu'ils tiennent de la common law. Le paragraphe 193(1), la disposition créant l'infraction, vise à empêcher la divulgation des communications privées interceptées en prévoyant que commet une infraction quiconque les divulgue sans le consentement de l'intéressé. Le paragraphe 193(2), quant à lui, énumère un certain nombre d'exceptions à ce qui constituerait autrement une infraction par application du par. 193(1). L'exception prévue à l'al. 193(2)e) démontre que le pouvoir de common law d'utiliser les renseignements obtenus par mandat aux fins d'application de la loi est une des catégories de divulgation qui échappent à la responsabilité de l'infraction prévue au par. 193(1). Je suis d'accord avec mon collègue le juge Moldaver lorsqu'il dit qu'à l'al. 193(2)e), « l'administration de la justice » vise uniquement l'utilisation à des fins légitimes d'application de la loi. Cette disposition maintient donc le pouvoir que les forces de l'ordre

using information obtained under warrant for purposes of law enforcement.

[98] It is therefore unnecessary to opine on the constitutionality of s. 193(2)(e) of the *Criminal Code*. To do so invites speculation, as the eloquent reasons of my colleagues demonstrate: one says the current legislative scheme provision is unconstitutional, the other says it is eminently reasonable. We should not send Parliament back to the legislative drawing board on the basis of hypothetical speculation, where it is not established that the law infringes anyone's s. 8 rights.

[99] For the same reasons, I find it unnecessary to consider the constitutionality of the *Privacy Act*. Assuming without deciding that the *Privacy Act* applies, it permits the disclosure of personal information for the purposes of law enforcement. It is specifically permitted under s. 8(2)(f)³ and more generally as a use consistent with the purpose for which the information was obtained under s. 8(2)(a).⁴ As discussed, this alone does not violate ss. 7 or 8.

[100] Much is made of the need — or the absence of need — for measures to address the risk that information shared with law enforcement agencies in other countries will be abused. Mr. Wakeling

tiennent de la common law de communiquer des renseignements licitement obtenus aux fins d'application de la loi tant au pays qu'à l'étranger. Pour résumer, l'exception empêche que les agents des forces de l'ordre soient condamnés pour avoir fait leur travail : utiliser des renseignements obtenus par mandat aux fins d'application de la loi.

[98] Il n'est donc pas nécessaire de se prononcer sur la constitutionnalité de l'al. 193(2)e) du *Code criminel*. Cela incite à conjecturer, comme en font foi les motifs éloquentes de mes collègues : l'une dit que le régime législatif en vigueur est inconstitutionnel tandis que l'autre affirme qu'il est éminemment raisonnable. Nous ne devons pas contraindre le législateur à refaire son travail sur le fondement de conjectures lorsqu'il n'est pas établi que la loi porte atteinte aux droits de qui que ce soit fondés sur l'art. 8.

[99] Pour les mêmes raisons, il ne m'apparaît pas nécessaire d'examiner la constitutionnalité de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. À supposer, sans en décider, que cette loi s'applique, elle autorise la divulgation de renseignements personnels aux fins d'application de la loi. La divulgation en question est expressément autorisée par l'al. 8(2)f)³ et, de façon plus générale, en tant qu'usage compatible avec les fins auxquelles les renseignements ont été recueillis en vertu de l'al. 8(2)a)⁴. Comme je l'ai mentionné, pareille divulgation ne viole pas à elle seule les art. 7 ou 8.

[100] On fait grand cas de la nécessité — ou de l'absence de nécessité — de mettre en place des mesures pour contrer le risque que l'information communiquée à des organismes étrangers d'application

3 "under an agreement or arrangement between the Government of Canada or an institution thereof and the government of a province, the council of the Westbank First Nation, the council of a participating First Nation — as defined in subsection 2(1) of the *First Nations Jurisdiction over Education in British Columbia Act* —, the government of a foreign state, an international organization of states or an international organization established by the governments of states, or any institution of any such government or organization, for the purpose of administering or enforcing any law or carrying out a lawful investigation;"

4 "(a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose;"

3 « communication aux termes d'accords ou d'ententes conclus d'une part entre le gouvernement du Canada ou l'un de ses organismes et, d'autre part, le gouvernement d'une province ou d'un État étranger, une organisation internationale d'États ou de gouvernements, le conseil de la première nation de Westbank, le conseil de la première nation participante — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la compétence des premières nations en matière d'éducation en Colombie-Britannique* — ou l'un de leurs organismes, en vue de l'application des lois ou pour la tenue d'enquêtes licites; »

4 « a) communication aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution ou pour les usages qui sont compatibles avec ces fins; »

and supporting interveners argue that the exclusion in s. 193(2)(e) from the offence for improper disclosure is too broad to provide adequate protection. The Crown and supporting Attorneys General, on the other hand, emphasize the risks associated with bureaucratic restrictions on the international sharing of information and argue that it would be unrealistic and unworkable in today's interconnected world. These are difficult questions more redolent of policy than of law. Parliament has considered them and answered with the offence provisions and exemptions of s. 193. In the absence of a demonstrated breach of s. 8 rights flowing from those provisions, Parliament's choice must be allowed to stand, in my respectful opinion.

IV. Conclusion

[101] I would dismiss the appeal and confirm the order for committal of Mr. Wakeling.

The reasons of Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. were delivered by

[102] KARAKATSANIS J. (dissenting) — Does the legislation permitting Canadian law enforcement agencies to disclose wiretapped information to foreign law enforcement officials violate s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? I conclude that it does.

[103] When police intercept an individual's private communications without consent, the information they obtain is of an extremely private and personal nature. Officers must obtain prior judicial authorization before conducting these intrusive searches, except in exigent circumstances: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 184.2, 185, 186 and 487.01(5); *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30. Once

de la loi soit utilisée de manière abusive. Selon M. Wakeling et les intervenants qui l'appuient, l'exception prévue à l'al. 193(2)e pour l'infraction de divulgation irrégulière est trop large pour assurer une protection adéquate. Pour leur part, le ministère public et les procureurs généraux qui l'appuient soulignent les risques que présentent les restrictions d'ordre bureaucratique pour la communication internationale de renseignements, et font valoir que ces restrictions seraient irréalistes et inapplicables dans le monde interrelié d'aujourd'hui. Ce sont là des questions épineuses qui ressortissent davantage à la politique générale qu'au droit. Le législateur les a étudiées et y a répondu par les dispositions créant l'infraction et les exceptions de l'art. 193. En l'absence de preuve que ces dispositions violent les droits garantis par l'art. 8, j'estime en toute déférence qu'il faut respecter le choix du législateur.

IV. Conclusion

[101] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance d'incarcération de M. Wakeling.

Version française des motifs des juges Abella, Cromwell et Karakatsanis rendus par

[102] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — Les dispositions législatives qui autorisent les organismes canadiens d'application de la loi à divulguer des renseignements obtenus par écoute électronique à des responsables étrangers de l'application de la loi violent-elles l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Je conclus que tel est le cas.

[103] Lorsque les policiers interceptent les communications privées d'une personne sans son consentement, les renseignements qu'ils obtiennent sont de nature hautement privée et personnelle. Ils doivent obtenir une autorisation judiciaire avant d'effectuer ces fouilles ou perquisitions envahissantes, sauf en cas d'urgence : *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 184.2, 185, 186 et par. 487.01(5);

the information is obtained, there are strict limits on how officers can use the information and to which Canadian officials it may be disclosed.

[104] By contrast, s. 193(2)(e) of the *Criminal Code* permits Canadian law enforcement officers to disclose wiretapped information to foreign law enforcement officials without any restrictions on how the information may be used and without any measures to permit oversight of when and how this broad state power is used. Nothing in the provision restrains recipients from using the information outside Canada in unfair trials or in ways that violate human rights norms. Similarly, recipient officials are not prevented from publicly disseminating the information or sharing it with officials in other states, many of which do not share our legal and democratic values. The torture of Maher Arar in Syria provides a particularly chilling example of the dangers of unconditional information sharing.

[105] I would hold that the wiretap scheme set out in Part VI of the *Criminal Code* violates the *Charter* “right to be secure against unreasonable search or seizure” because s. 193(2)(e) permits the sharing of intercepted information with foreign officials without meaningful safeguards. To render the scheme constitutional, Parliament must require the disclosing party to impose conditions on how foreign officials can use the information they receive, and must implement accountability measures to deter inappropriate disclosure and permit oversight.

I. The Legislation

[106] Part VI of the *Criminal Code* is the legislative scheme that governs wiretap interceptions

R. c. Duarte, [1990] 1 R.C.S. 30. Une fois les renseignements obtenus, l’usage que peuvent en faire les policiers ainsi que les responsables canadiens à qui ils peuvent être divulgués font l’objet de limites strictes.

[104] À l’inverse, l’al. 193(2)e) du *Code criminel* permet aux agents canadiens chargés d’appliquer la loi de divulguer des renseignements obtenus par écoute électronique à des responsables étrangers de l’application de la loi sans que l’utilisation de ces renseignements ne soit restreinte de quelque façon que ce soit et sans qu’aucune mesure ne permette de vérifier quand et comment ce pouvoir étendu de l’État est exercé. Cette disposition n’empêche aucunement les destinataires d’utiliser ces renseignements à l’extérieur du Canada dans des procès inéquitables ou d’une façon contraire aux normes établies en matière de droits de la personne. De même, rien n’empêche les responsables destinataires de diffuser publiquement ces renseignements ou de les communiquer aux représentants d’autres États, dont bon nombre ne partagent pas nos valeurs juridiques et démocratiques. La torture infligée à Maher Arar en Syrie est un exemple particulièrement troublant des dangers de la communication sans condition de renseignements.

[105] Je suis d’avis de conclure que le régime d’écoute électronique prévu à la partie VI du *Code criminel* porte atteinte au « droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives » établi par la *Charte* parce que l’al. 193(2)e) autorise la communication de renseignements interceptés à des responsables étrangers sans garantie concrète. Afin de rendre ce régime constitutionnel, le législateur doit exiger de la partie qui fait la divulgation qu’elle impose des conditions aux responsables étrangers sur l’usage qu’ils peuvent faire des renseignements reçus, et mettre en place des mesures de reddition de compte pour décourager les divulgations inappropriées et permettre la vérification des divulgations.

I. Dispositions législatives

[106] La partie VI du *Code criminel* établit le régime législatif régissant les interceptions par

and the use of intercepted information. In recognition of the profound invasion of privacy associated with the interception of private communications, Part VI imposes strict preconditions on such interceptions. With narrow exceptions for exigent circumstances (ss. 184.1 and 184.4), law enforcement officers may generally only use wiretaps in the course of investigating enumerated crimes (s. 183), must obtain prior judicial authorization (ss. 184(2) (b) and 184.2), and must comply with notice and reporting requirements (ss. 195 and 196). A number of the safeguards contained in Part VI have been added to ensure the constitutionality of this wiretapping regime: *An Act to amend the Criminal Code, the Crown Liability and Proceedings Act and the Radiocommunication Act*, S.C. 1993, c. 40; *Response to the Supreme Court of Canada Decision in R. v. Tse Act*, S.C. 2013, c. 8.

[107] While the basic scheme of Part VI has been found to strike the balance between privacy and law enforcement interests required under s. 8 of the *Charter* (*Duarte*, at p. 45), this is the first time that this Court has considered the effect of the disclosure provisions on its constitutionality. Section 193 of the *Criminal Code* makes it an indictable offence to disclose intercepted information without consent, except where the disclosure falls into a permitted category such as disclosure for the purpose of a criminal investigation. Since 1988, the *Criminal Code* has permitted disclosure

(e) where disclosure is made to a peace officer or prosecutor in Canada or to a person or authority with responsibility in a foreign state for the investigation or prosecution of offences and is intended to be in the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere . . .

(*Criminal Code*, s. 193(2)(e))

écoute électronique et l'utilisation des renseignements interceptés. Compte tenu de l'atteinte grave à la vie privée découlant de l'interception de communications privées, la partie VI impose des conditions préalables strictes à cette interception. À part les exceptions limitées en situation d'urgence (art. 184.1 et 184.4), les agents chargés d'appliquer la loi ne peuvent habituellement avoir recours à l'écoute électronique que pendant une enquête sur une infraction énumérée (art. 183) et ils doivent obtenir au préalable une autorisation judiciaire (al. 184(2)b) et art. 184.2) et respecter des obligations en matière d'avis et de rapport (art. 195 et 196). Certaines des garanties prévues à la partie VI ont été ajoutées afin d'assurer la constitutionnalité du régime d'écoute électronique : *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif et la Loi sur la radiocommunication*, L.C. 1993, ch. 40; *Loi donnant suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire R. c. Tse*, L.C. 2013, ch. 8.

[107] Bien qu'il ait été jugé que le régime de base établi à la partie VI atteint un juste équilibre entre le respect de la vie privée et l'intérêt à appliquer la loi, comme l'exige l'art. 8 de la *Charte* (*Duarte*, p. 45), c'est la première fois que notre Cour examine l'effet des dispositions relatives à la divulgation sur la constitutionnalité de ce régime. Aux termes de l'art. 193 du *Code criminel*, commet un acte criminel quiconque divulgue des renseignements interceptés sans consentement, sauf lorsque cette divulgation entre dans une catégorie autorisée, comme la divulgation faite aux fins d'une enquête criminelle. Depuis 1988, le *Code criminel* autorise la divulgation

e) lorsque la divulgation est faite à un agent de la paix ou à un poursuivant au Canada ou à une personne ou un organisme étranger chargé de la recherche ou de la poursuite des infractions et vise à servir l'administration de la justice au Canada ou ailleurs;

(*Code criminel*, al. 193(2)e))

II. Section 8 of the Charter

[108] Section 8 of the *Charter* protects against “unreasonable search or seizure”. A search or seizure is reasonable “if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable” (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278). In this case, the interception of the appellant’s communications was a search authorized by law. A warrant was obtained authorizing the wiretap. The communications were shared with U.S. police pursuant to s. 193(2)(e) without any conditions or written record.

[109] I agree with my colleague Moldaver J. that we need not consider the constitutionality of s. 8(2)(f) of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21. For the reasons set out by my colleague, I also find it unnecessary to address the arguments with respect to s. 7 of the *Charter*. The issue in this case is whether the foreign disclosure contemplated by s. 193(2)(e) of the *Criminal Code* is reasonable. In particular, does s. 193(2)(e) render the wiretap scheme set out in Part VI unreasonable by permitting essentially unrestricted and unsupervised disclosure of the fruits of wiretap interceptions to foreign law enforcement officials?

[110] Whether a law provides reasonable authority for a search is a contextual inquiry: *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 26. The question here is whether the wiretap provisions “strick[e] an appropriate balance” between the state’s interest in the search and the public interest in protecting privacy: *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at para. 10.

[111] The assessment of this balance must be connected to the underlying purposes of s. 8 itself. Just as the expectation of privacy analysis asks what we, as a society, should be able to expect will be kept private (*R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46,

II. Article 8 de la Charte

[108] L’article 8 de la *Charte* garantit le droit à la protection contre « les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Une fouille, perquisition ou saisie est raisonnable « si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive » (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278). En l’espèce, l’interception des communications de l’appelant constituait une fouille autorisée par la loi. Un mandat autorisant l’écoute électronique avait été obtenu. Les communications ont été transmises aux autorités policières américaines en vertu de l’al. 193(2)e) sans aucune condition ni dossier.

[109] À l’instar de mon collègue le juge Moldaver, j’estime que nous n’avons pas à examiner la constitutionnalité de l’al. 8(2)f) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21. Pour les motifs exposés par mon collègue, j’estime également qu’il n’est pas nécessaire de traiter des arguments relatifs à l’art. 7 de la *Charte*. Il s’agit en l’espèce de décider si la divulgation à des étrangers visée par l’al. 193(2)e) du *Code criminel* est raisonnable. Plus particulièrement, l’al. 193(2)e) rend-il abusif le régime d’écoute électronique établi à la partie VI en autorisant essentiellement une divulgation illimitée et sans surveillance des fruits d’interceptions par écoute électronique à des responsables étrangers de l’application de la loi?

[110] Il faut analyser le contexte pour déterminer si une loi confère un pouvoir raisonnable de fouille ou de perquisition : *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 26. La question qui se pose en l’espèce est de savoir si les dispositions relatives à l’écoute électronique « établi[ssent] un juste équilibre » entre l’intérêt de l’État dans la fouille ou la perquisition et l’intérêt du public à protéger la vie privée : *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 10.

[111] L’appréciation de cet équilibre doit avoir un lien avec les objectifs sous-jacents de l’art. 8 lui-même. Tout comme l’analyse de l’attente en matière de vie privée nécessite un questionnement sur les attentes que nous devrions, en tant que société,

[2014] 2 S.C.R. 390, at para. 44), the assessment of whether a law provides reasonable authority for a search involves asking what level of privacy protection we are entitled to expect, given the state's objective in seeking the information.

[112] In order to determine whether s. 193(2)(e) of Part VI of the *Criminal Code* permits an “unreasonable search or seizure”, it is first necessary to consider the interests that the disclosure regime was meant to serve and its impact on the privacy rights of affected persons. With those interests in mind, I will then turn to the particular aspects of s. 193(2)(e) that, in my view, render Part VI unconstitutional.

III. The Interests at Stake

[113] There is no question that international cooperation and information sharing are essential to law enforcement: *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292. Crime does not stop at state borders, nor should efforts to combat it. Just as electronic surveillance “plays an indispensable role in the detection of sophisticated criminal enterprises” (*Duarte*, at p. 44), international dissemination of the fruits of that surveillance is increasingly important for law enforcement.

[114] When Canadian officials share information with foreign officials, the foreign state is not the only beneficiary; the importance of comity cannot be ignored. Canadian interests are served when our law enforcement agencies build appropriate information-sharing relationships with law enforcement officials in other jurisdictions, and the disclosure of wiretapped information in individual cases contributes to these relationships. Further, timely disclosure will often be critical in the investigation of serious transnational crimes such as drug smuggling, human trafficking and terrorism. Often,

avoir quant à ce qui demeurera confidentiel (*R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 44), l'examen de la question de savoir si une loi confère un pouvoir raisonnable de fouille ou de perquisition nous oblige à nous demander à quelle protection de la vie privée nous sommes en droit de nous attendre compte tenu de l'objectif poursuivi par l'État dans sa recherche de l'information.

[112] Pour déterminer si l'al. 193(2)e de la partie VI du *Code criminel* permet d'effectuer une « fouille, perquisition ou saisie abusive », il est nécessaire dans un premier temps de tenir compte des intérêts que le régime de divulgation est censé servir et de son incidence sur le droit à la vie privée des personnes concernées. En gardant à l'esprit ces intérêts, j'examinerai, dans un deuxième temps, les aspects particuliers de l'al. 193(2)e qui, à mon avis, rendent inconstitutionnelle la partie VI.

III. Les intérêts en jeu

[113] Il est indéniable que la collaboration et la communication de renseignements à l'échelle internationale sont essentielles à l'application de la loi : *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292. La criminalité ne s'arrête pas aux frontières des États, et il ne devrait pas non plus en être ainsi des efforts déployés pour la contrer. Tout comme la surveillance électronique « joue un rôle indispensable dans la découverte d'opérations criminelles complexes » (*Duarte*, p. 44), la diffusion internationale des fruits de cette surveillance revêt de plus en plus d'importance pour l'application de la loi.

[114] Lorsque des responsables canadiens communiquent des renseignements à leurs homologues étrangers, l'État étranger n'est pas seul à en bénéficier; on ne peut faire abstraction de l'importance de la courtoisie. Les intérêts du Canada sont servis lorsque nos organismes d'application de la loi établissent des rapports convenables en matière de communication de renseignements avec les responsables de l'application de la loi dans d'autres États, et la divulgation de renseignements obtenus par écoute électronique dans des cas particuliers contribue à solidifier ces rapports. De plus,

the circumstances will require immediate police action to protect public safety and prevent crimes. This case is one such example.

[115] The state's interest in law enforcement and comity must be balanced against the significant privacy and other interests engaged by disclosure. Wiretap interceptions gather private information that is likely "to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual" (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293; and *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 25). This can include information about an individual's political and religious affiliations, personal finances, intimate relationships, family problems, physical and mental health, substance use, and encounters with police.

[116] This Court recognized the invasiveness of wiretapping in *Duarte*, where La Forest J. stated that "one can scarcely imagine a state activity more dangerous to individual privacy than electronic surveillance" (p. 43). He warned that

[i]f the state may arbitrarily record and transmit our private communications, it is no longer possible to strike an appropriate balance between the right of the individual to be left alone and the right of the state to intrude on privacy in the furtherance of its goals, notably the need to investigate and combat crime. [p. 44]

[117] Law enforcement officers in Canada are therefore subject to strict limits on the use of wiretapped information. Section 193 of the *Criminal Code* makes it an indictable offence to disclose intercepted information, subject to limited exceptions such as giving evidence in civil or criminal proceedings (s. 193(2)(a)) or disclosing information for the purpose of a criminal investigation

la divulgation faite en temps opportun se révèle souvent cruciale dans les enquêtes sur de graves crimes transfrontaliers tels que la contrebande de drogues, la traite de personnes et le terrorisme. Il arrive souvent que les policiers doivent intervenir immédiatement pour assurer la sécurité publique et prévenir des crimes. La présente affaire en est un exemple.

[115] Il faut établir un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt qu'a l'État dans l'application de la loi et la courtoisie et, d'autre part, l'importance du respect de la vie privée et d'autres droits touchés par la divulgation de renseignements. Les interceptions par écoute électronique permettent de recueillir des renseignements personnels susceptibles de « révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu » (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293; et *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 25). Il peut s'agir de renseignements concernant l'appartenance politique et religieuse d'une personne, ses finances personnelles, ses relations intimes, ses problèmes familiaux, son état de santé physique et mental, sa consommation de drogues et ses démêlés avec la police.

[116] La Cour a reconnu le caractère envahissant de l'écoute électronique dans *Duarte*, où le juge La Forest a déclaré qu'« on peut difficilement concevoir une activité de l'État qui soit plus dangereuse pour la vie privée des particuliers que la surveillance électronique » (p. 43). Il a lancé la mise en garde suivante :

S'il est permis à l'État d'enregistrer et de transmettre arbitrairement nos communications privées, il devient dès lors impossible de trouver un juste équilibre entre le droit du particulier d'être laissé tranquille et le droit de l'État de porter atteinte à la vie privée dans la poursuite de ses objets, notamment la nécessité d'enquêter sur le crime et de le combattre. [p. 44]

[117] Les agents chargés d'appliquer la loi au Canada sont donc assujettis à des limites strictes dans leur utilisation de renseignements obtenus par écoute électronique. L'article 193 du *Code criminel* érige en acte criminel le fait de divulguer des renseignements interceptés, sous réserve d'exceptions restreintes comme dans le cadre d'une déposition lors de poursuites civiles ou pénales (al. 193(2)a))

(s. 193(2)(b)). By contrast, courts have held that information obtained by the state in other kinds of searches and seizures may be shared with regulatory agencies for purposes outside of criminal investigations and existing proceedings (see, for example, *Brown v. The Queen*, 2013 FCA 111, 2013 D.T.C. 5094).

[118] When information is shared across jurisdictional lines, the safeguards that apply in domestic investigations lose their force. This can create serious risks to individual privacy, liberty and security of the person interests. As Commissioner O'Connor observed, when information is shared with foreign authorities, "respect for human rights cannot always be taken for granted": 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) ("O'Connor Report"), at p. 321.

[119] Wiretap information that is shared with foreign officials may ultimately be used in unfair trials or to prosecute offences that are not crimes in Canada. Information obtained from wiretaps can lead to discrimination on the basis of political or religious affiliation. In the wrong hands, wiretap information may even be used to intimidate or smear political figures and members of civil society: see, e.g., B. A. Franklin, "Wiretaps reveal Dr. King feared rebuff on nonviolence", *The New York Times*, September 15, 1985; J. Sanchez, "Wiretapping's true danger", *Los Angeles Times*, March 16, 2008. Further, s. 193(2)(e) permits the disclosure to foreign officials of both intercepted personal information that may be completely unrelated to the criminal investigation or to its target and information resulting from wiretaps that are later found to be unlawful.

ou de la divulgation de renseignements aux fins d'une enquête en matière pénale (al. 193(2)b)). En revanche, les tribunaux ont jugé que des renseignements obtenus par l'État lors de fouilles ou de saisies d'une autre nature pouvaient être communiqués à des organismes de réglementation à d'autres fins que celles d'enquêtes en matière pénale et de poursuites en cours (voir, par exemple, *Brown c. La Reine*, 2013 CAF 111 (CanLII)).

[118] Lorsque des renseignements sont communiqués au-delà des frontières, les garanties qui s'appliquent lors d'enquêtes menées au Canada cessent d'avoir effet, ce qui peut mettre sérieusement en péril le droit d'une personne au respect de sa vie privée, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Comme l'a fait remarquer le commissaire O'Connor, lorsque des renseignements sont communiqués à des autorités étrangères, « le respect des droits de la personne ne peut pas toujours être tenu pour acquis » : Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (2006) (« rapport O'Connor »), p. 348.

[119] Les renseignements obtenus par écoute électronique qui sont communiqués à des responsables étrangers peuvent servir ultérieurement dans des procès inéquitables ou à engager des poursuites pour des infractions qui ne sont pas considérées comme des crimes au Canada. Ces renseignements peuvent également donner lieu à une discrimination fondée sur l'appartenance politique ou religieuse. Lorsqu'ils tombent entre de mauvaises mains, ces renseignements peuvent même être utilisés pour intimider ou dénigrer des personnalités politiques et des membres de la société civile : voir, par ex., B. A. Franklin, « Wiretaps reveal Dr. King feared rebuff on nonviolence », *The New York Times*, le 15 septembre 1985; J. Sanchez, « Wiretapping's true danger », *Los Angeles Times*, le 16 mars 2008. De plus, l'al. 193(2)e autorise la divulgation à des responsables étrangers tant de renseignements personnels obtenus par écoute électronique qui n'ont peut-être absolument rien à voir avec l'enquête pénale ou la cible que de renseignements issus d'une écoute électronique qui est par la suite jugée illicite.

[120] Professor Kent Roach writes that the expansion in international information sharing since 2001 has exacerbated a number of problems:

. . . law enforcement agencies are now more likely to undertake enforcement actions based on shared information that is unreliable, and there is now a greater risk that information shared by intelligence services will be disclosed in subsequent legal proceedings. Individuals are also at greater risk of having their rights, especially their right to privacy, infringed. Individuals will rarely have the opportunity to challenge the accuracy of shared information because they will often be unaware that information about them has been shared and will not have access to the shared information.

(K. Roach, “Overseeing Information Sharing”, in H. Born and A. Wills, eds., *Overseeing Intelligence Services: A Toolkit* (2012), 129, at p. 131)

[121] The respondent the Attorney General of Canada submits that the expectation of privacy in communications is diminished after they have been lawfully intercepted. Indeed, people should expect that police will “share lawfully gathered information with other law enforcement officials, provided the use is consistent with the purposes for which it was gathered” (*Quesnelle*, at para. 39).

[122] However, that does not mean that there is *no* privacy interest in wiretap information; to the contrary, people have the right to expect that such information will only be disclosed appropriately. In a well-known passage in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, McLachlin and Iacobucci JJ. stated:

Privacy is not an all or nothing right. It does not follow from the fact that the Crown has possession of the records that any reasonable expectation of privacy disappears. Privacy interests in modern society include the reasonable expectation that private information will remain confidential to the persons to whom and restricted to the purposes for which it was divulged. [para. 108]

[120] Le professeur Kent Roach écrit que, depuis 2001, l’expansion de la communication de renseignements à l’échelle internationale a exacerbé plusieurs problèmes :

[TRADUCTION] . . . les organismes d’application de la loi sont maintenant plus susceptibles de prendre des mesures d’application sur la foi de renseignements communiqués qui sont peu fiables, et il existe maintenant un risque accru que les renseignements communiqués entre services de renseignement soient divulgués par la suite dans des procédures judiciaires. Les individus risquent également davantage de subir une atteinte à leurs droits, particulièrement leur droit au respect de leur vie privée. Ils auront rarement l’occasion de contester l’exactitude des renseignements communiqués parce qu’ils ignoreront souvent que de l’information les concernant a été communiquée et qu’ils n’y auront pas accès.

(K. Roach, « Overseeing Information Sharing », dans H. Born et A. Wills, dir., *Overseeing Intelligence Services : A Toolkit* (2012), 129, p. 131)

[121] L’intimé le procureur général du Canada soutient que l’attente quant au caractère privé des communications diminue lorsqu’elles sont licitement interceptées. En effet, les gens devraient s’attendre à ce que les policiers « partagent des renseignements légalement obtenus avec d’autres responsables de l’application de la loi, à condition que leur utilisation soit compatible avec les fins de leur obtention » (*Quesnelle*, par. 39).

[122] Cela ne signifie cependant pas qu’il n’existe *aucun* droit au respect de la vie privée à l’égard des renseignements obtenus par écoute électronique. Au contraire, les gens sont en droit de s’attendre à ce que ces renseignements ne soient divulgués qu’avec raison. Dans un extrait fort bien connu de *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, les juges McLachlin et Iacobucci ont affirmé que :

Le droit à la vie privée n’est pas un droit absolu. Toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ne disparaît pas du simple fait que le ministère public est en possession des dossiers. Dans une société moderne, le droit à la protection de la vie privée comporte l’attente raisonnable que les renseignements privés ne resteront connus que des personnes à qui ils ont été divulgués et qu’ils ne seront utilisés que dans le but pour lequel ils ont été divulgués. [par. 108]

[123] This Court, *per* Charron J., also confirmed in *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, that “any number of persons and entities may have a residual privacy interest in material gathered in the course of a criminal investigation” (at para. 19; see also paras. 12 and 39). The “protective mantle of s. 8” shields information seized by the state “so long as the seizure continues” (*R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 63).

[124] Nor is the privacy interest in wiretap information reduced simply because a subject of a wiretap might anticipate that law enforcement agencies may share it pursuant to s. 193 of the *Criminal Code*. A focus on subjective expectations, which Professor L. M. Austin has described as the “what did you expect” approach to privacy, would protect “an interest in being unfairly surprised by state intrusions”, but would fail to guard against “expected, though nonetheless problematic, invasions of privacy” (“Information Sharing and the ‘Reasonable’ Ambiguities of Section 8 of the Charter” (2007), 57 *U.T.L.J.* 499, at p. 507 (emphasis added)). As this Court held in *Tessling*, a diminished subjective expectation of privacy does not necessarily result in reduced constitutional protections: the “[e]xpectation of privacy is a normative rather than a descriptive standard” (para. 42).

[125] In light of the intrusive nature of wiretapping, the highly personal nature of the information in question, and the very real risks that may be created by disclosure to foreign officials, it is clear that a substantial privacy interest remains in wiretapped information. This restricts how the information may be divulged and used.

[123] La Cour, sous la plume de la juge Charron, a également confirmé dans *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, que « de nombreuses personnes et entités [ont un droit résiduel à la protection de la vie privée] relativement aux renseignements recueillis dans le cadre d’une enquête criminelle » (par. 19; voir aussi par. 12 et 39). La « protection de l’art. 8 » garantit la confidentialité des renseignements saisis par l’État « tant que dure la saisie » (*R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 63).

[124] Le droit au respect de la vie privée à l’égard des renseignements obtenus par écoute électronique ne diminue pas non plus du simple fait qu’une personne mise sous écoute s’attend peut-être à ce que des organismes d’application de la loi se les échangent entre eux conformément à l’art. 193 du *Code criminel*. Le fait de mettre l’accent sur les attentes subjectives, ce que la professeure L. M. Austin a appelé l’approche [TRANSDUCTION] « à quoi vous attendiez-vous » en matière de vie privée, protégerait « le droit de ne pas être injustement surpris par les intrusions de l’État », mais cette démarche n’offrirait aucune protection contre « les atteintes à la vie privée attendues, mais néanmoins problématiques » (« Information Sharing and the “Reasonable” Ambiguities of Section 8 of the Charter » (2007), 57 *U.T.L.J.* 499, p. 507 (je souligne)). Comme l’a conclu la Cour dans l’arrêt *Tessling*, la diminution de l’attente subjective en matière de vie privée ne se traduit pas nécessairement par une diminution de la protection constitutionnelle : « L’attente en matière de vie privée est de nature normative et non descriptive » (par. 42).

[125] Compte tenu du caractère envahissant de l’écoute électronique, de la nature très personnelle des renseignements en cause et des risques bien réels que pose leur divulgation à des responsables étrangers, il est évident qu’un droit substantiel au respect de la vie privée demeure à l’égard des renseignements obtenus par écoute électronique. Ce droit restreint la divulgation des renseignements et l’usage qu’on peut en faire.

IV. Challenges to Section 193(2)(e)

[126] The appellant and interveners challenge a number of aspects of s. 193(2)(e), including the breadth, alleged vagueness and subjective nature of the test for disclosure. They also point to a number of deficiencies: of a warrant requirement for the disclosure; of restrictions on how information may be used once it is shared; and of accountability mechanisms such as record-keeping and notice or reporting requirements. I agree with my colleague Justice Moldaver's rejection of many of these challenges. However, in my view, the last two objections — concerning the lack of restrictions on disclosed information and the absence of any accountability measures — each identify serious constitutional problems. For the reasons set out below, I conclude that to the extent s. 193(2)(e) permits disclosure of wiretap information to foreign authorities without restrictions on recipients' use and without accountability measures, it is unreasonable and contrary to s. 8 of the *Charter*.

A. *Limits on Use of Disclosed Information*

[127] The first failure is that s. 193(2)(e) does not impose any limits on how the shared information will be used or further disclosed. It simply permits disclosure of wiretapped information as long as the disclosure “is intended to be in the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere”. In my view, it is not an answer to say that because police officers can only share information that they genuinely believe would further the interests of the administration of justice, in the context of law enforcement, it is unlikely that s. 193(2)(e) would result in sharing with foreign states that engage in torture or other human rights violations. While Canadian law enforcement officials are constrained in their use of wiretapped information by the *Charter*

IV. Contestations de l'al. 193(2)e

[126] L'appelant et les intervenants attaquent plusieurs éléments de l'al. 193(2)e), notamment sa portée, sa prétendue imprécision et la nature subjective du critère de divulgation. Ils relèvent également certaines lacunes : l'absence d'obligation d'obtenir un mandat pour divulguer les renseignements, de restrictions sur la manière dont les renseignements peuvent être utilisés après leur communication et de mécanismes de reddition de compte comme l'obligation de conserver un dossier et de donner un avis ou de présenter des rapports. Je souscris au rejet, par mon collègue le juge Moldaver, de bon nombre de ces moyens. Toutefois, à mon avis, les deux derniers moyens — l'absence de restrictions quant aux renseignements divulgués et l'absence de mesures de reddition de compte — font tous deux état de graves problèmes constitutionnels. Pour les motifs exposés ci-après, dans la mesure où l'al. 193(2)e) permet la divulgation de renseignements obtenus par écoute électronique à des autorités étrangères sans restrictions quant à l'utilisation que peut en faire le destinataire et sans mesures de reddition de compte, je conclus que cette disposition est abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

A. *Limites à l'utilisation des renseignements divulgués*

[127] La première carence est que l'al. 193(2)e) ne limite aucunement l'utilisation des renseignements communiqués ou leur divulgation subséquente. Il ne fait qu'autoriser la divulgation de renseignements obtenus par écoute électronique tant que cette divulgation « vise à servir l'administration de la justice au Canada ou ailleurs ». À mon sens, il ne suffit pas de dire que, parce que des policiers ne peuvent, dans le contexte de l'application de la loi, divulguer des renseignements que s'ils croient sincèrement que ceux-ci servent l'administration de la justice, il est peu probable que l'application de l'al. 193(2)e) entraîne la communication de tels renseignements à des États qui se livrent à la torture ou qui commettent d'autres

and s. 193 of the *Criminal Code*, these restrictions do not apply to foreign officials.

[128] Of course, many foreign jurisdictions impose some form of legal oversight on the use of wiretapped information or criminal intelligence generally. But s. 193(2)(e) itself does nothing to prevent those who receive the information from using it in proceedings which fail to respect due process and human rights, which may involve unjustified detention or torture, or in which the accused has no access to counsel. Even if the direct recipients of the information respect human and fair trial rights, s. 193(2)(e) does not stop them from disclosing the information to others who do not. As my colleague LeBel J. has observed, “[i]f the process is irretrievably flawed, no amount of trust in the future good behaviour and restraint of prosecutors and police will save it”: *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 69 (dissenting in part).

[129] One need only look to the case of Maher Arar to understand what is at stake. Although in that case the information provided was not obtained by way of wiretap, Commissioner O’Connor found that “[t]he fact that [the RCMP] did not attach written caveats to the information about Mr. Arar provided to American agencies increased the risk that those agencies would use the information for purposes unacceptable to the RCMP, such as removing him to Syria” (O’Connor Report, at p. 23). Although disclosure by the state that compromises an individual’s life, liberty or security of the person interests may well give rise to a remedy under s. 7 of the *Charter*, s. 8 must be construed to prevent unreasonable intrusions on privacy and their potential

violations des droits de la personne. Alors que la *Charte* et l’art. 193 du *Code criminel* limitent l’utilisation que peuvent faire les responsables canadiens de l’application de la loi des renseignements obtenus par écoute électronique, ces restrictions ne s’appliquent pas aux responsables étrangers.

[128] Évidemment, de nombreux pays étrangers assujettissent à une forme de surveillance judiciaire l’utilisation des renseignements obtenus par écoute électronique ou des renseignements en matière de criminalité en général. L’alinéa 193(2) e) n’empêche toutefois en rien les destinataires de ces renseignements de les utiliser dans des procédures qui ne respectent pas l’application régulière de la loi et les droits de la personne, qui peuvent se solder par une détention injustifiée ou la torture, ou à l’occasion desquelles l’accusé ne peut consulter un avocat. Même si les premiers destinataires des renseignements respectent les droits de la personne et le droit à un procès équitable, l’al. 193(2)e) ne les empêche pas de divulguer ces renseignements à d’autres personnes qui ne les respectent pas. Comme l’a fait remarquer mon collègue le juge LeBel, « [s]i le processus est irrémédiablement vicié, ce n’est pas la confiance dans la bonne conduite et la retenue futures des poursuivants et des policiers qui le sauveront » : *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 69 (dissent en partie).

[129] Il suffit de se pencher sur le cas de Maher Arar pour saisir ce qui est en jeu. Bien que dans cette affaire les renseignements fournis n’aient pas été obtenus par écoute électronique, le commissaire O’Connor a conclu que « [l]e fait que [la GRC] n’ait pas annexé de réserves écrites à l’information sur M. Arar qu’[elle] a fournie aux organismes américains a accru le risque que ces organismes utilisent l’information à des fins inacceptables pour la GRC, comme renvoyer M. Arar en Syrie » (rapport O’Connor, p. 24). Même si la divulgation faite par un État qui met en péril le droit de l’intéressé à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne pourrait fort bien donner ouverture à une réparation en vertu de l’art. 7 de la *Charte*, l’art. 8 doit être

consequences before they occur: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 160.

[130] The failure to require any caveats on the use of disclosed information is, in my view, unreasonable. To the extent that s. 193(2)(e) permits law enforcement officers to intercept private communications and then share the results with foreign officials without any restrictions on what they may do with them, Part VI does not achieve the balancing of interests required to satisfy the demands of s. 8 of the *Charter*.

[131] Further, the requirement of prior judicial authorization for the wiretap itself does not provide sufficient protection against inappropriate future disclosure of the information. Authorizations to intercept communications are granted with respect to specified times, places and persons in the context of Canadian laws and protections. At the time an authorization is granted, the judge generally does not weigh the targeted individual's privacy interests (let alone those of third parties whose communications are also intercepted) against a future hypothetical state interest in disclosing the information to foreign law enforcement officials. Restrictions on the use of disclosed material would provide some protection of individuals' privacy and security interests.

[132] Imposing restrictions on foreign use of Canadian wiretap information would not undermine the objectives of the wiretap scheme. Caveats on information sharing are commonplace in international law enforcement and intelligence cooperation: O'Connor Report, at p. 150; U.K. Intelligence and Security Committee, *Rendition* (2007), at p. 53. Indeed, according to the affidavit of RCMP Deputy Commissioner of Canada West, Gary David

interprété de façon à prévenir les atteintes abusives au droit à la vie privée et leurs conséquences éventuelles avant qu'elles ne se produisent : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 160.

[130] L'omission de requérir une mise en garde concernant l'utilisation des renseignements divulgués m'apparaît déraisonnable. Dans la mesure où l'al. 193(2)e autorise les agents chargés d'appliquer la loi à intercepter des communications privées et à en communiquer par la suite les résultats à des responsables étrangers sans restreindre d'une quelconque façon ce qu'ils peuvent en faire, la partie VI n'établit pas l'équilibre des intérêts nécessaire pour répondre aux exigences de l'art. 8 de la *Charte*.

[131] De plus, l'obligation d'obtenir au préalable l'autorisation du tribunal pour l'écoute électronique elle-même n'offre pas de protection suffisante contre la divulgation ultérieure abusive des renseignements ainsi obtenus. Les autorisations d'intercepter des communications sont accordées pour des moments et des endroits précis et visent des personnes en particulier, dans le contexte des lois canadiennes et des garanties qu'elles offrent. Lorsqu'une autorisation est donnée, le juge ne soupèse généralement pas le droit de l'individu ciblé au respect de sa vie privée (sans parler des droits des tiers dont les communications sont également interceptées) en fonction de l'intérêt que l'État pourrait avoir à l'avenir dans la divulgation des renseignements aux responsables étrangers de l'application de la loi. L'établissement de restrictions à l'utilisation de l'information divulguée offrirait une certaine protection aux droits d'une personne au respect de sa vie privée et à la sécurité.

[132] L'imposition de restrictions à l'utilisation, à l'étranger, de renseignements obtenus au Canada par écoute électronique n'entraverait pas la réalisation des objectifs du régime d'écoute électronique. Les mises en garde relatives à la communication de renseignements sont monnaie courante dans la collaboration internationale en matière d'application de la loi et de renseignement : rapport O'Connor, p. 161; Comité de renseignement et de sécurité du

Bass, such caveats are “normally” attached to wire-tap disclosures as a matter of course. Further, the need for written caveats need not hinder timely information sharing. For example, police forces could have standing agreements with certain foreign forces with whom they regularly cooperate, or they could complete a standardized form each time information is shared.

[133] I do not propose any particular form for such caveats or agreements. The key is that a wiretap scheme which authorizes deep intrusions on privacy with potentially life-changing consequences cannot permit the unconditional disclosure of information to foreign authorities. Written caveats must provide some assurance to our law enforcement agencies that disclosed information will only be used to advance legitimate law enforcement objectives, in accordance with respect for due process and human rights, and will not be shared further except as agreed to by the disclosing party.

[134] My colleague Justice Moldaver suggests that where a particular disclosure is challenged (as here, in an extradition proceeding), the existence of caveats or protocols may be relevant to determining the disclosing officer’s subjective intent — whether the disclosing officer intended that the disclosure be “in the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere”. Thus, he says, caveats and protocols may be relevant to whether the disclosure was authorized by s. 193(2)(e) or whether the disclosure is carried out in a reasonable manner. This, of course, rests upon the uncertain assumption that an individual would have knowledge of the disclosure and the opportunity to challenge it in a Canadian proceeding. Further, such an approach leaves the assessment and balancing of interests in the hands of the disclosing officer. Given the significant risks

R.-U., *Rendition* (2007), p. 53. En effet, selon l’affidavit du sous-commissaire de la GRC pour l’Ouest canadien, Gary David Bass, de telles mises en garde sont [TRADUCTION] « normalement » jointes aux divulgations d’écoute électronique. En outre, la nécessité d’écrire ces mises en garde n’a pas à entraver la communication de renseignements en temps opportun. Par exemple, les forces policières pourraient conclure des ententes permanentes avec certaines forces étrangères avec lesquelles elles collaborent régulièrement, ou remplir un formulaire type chaque fois que des renseignements sont communiqués.

[133] Je ne proposerai pas de forme particulière de mise en garde ou d’entente. L’important est que le régime d’écoute électronique qui autorise de graves atteintes au droit à la vie privée susceptibles de bouleverser la vie des intéressés ne peut autoriser la divulgation inconditionnelle de renseignements à des autorités étrangères. Les mises en garde écrites doivent offrir à nos organismes d’application de la loi une certaine assurance que les renseignements communiqués seront utilisés uniquement pour réaliser des objectifs légitimes d’application de la loi, en conformité avec l’application régulière de la loi et les droits de la personne et dans le respect de ceux-ci, et qu’ils ne seront pas communiqués à autrui, sauf avec le consentement de la partie qui les a divulgués au départ.

[134] Mon collègue le juge Moldaver laisse entendre que, lorsqu’une divulgation donnée est attaquée (comme en l’espèce, dans le cadre d’une procédure d’extradition), l’existence de mises en garde ou de protocoles pourrait s’avérer utile pour cerner l’intention subjective de l’agent qui fait la divulgation : cet agent voulait-il que la divulgation « serv[e] l’administration de la justice au Canada ou ailleurs »? Ainsi, selon lui, les mises en garde et protocoles pourraient aider à déterminer si la divulgation était autorisée par l’al. 193(2)e) ou si elle a été faite de manière raisonnable. Cette possibilité repose de toute évidence sur l’hypothèse incertaine selon laquelle une personne aurait connaissance de la divulgation et l’occasion de l’attaquer dans le cadre d’une procédure intentée au Canada. De plus, cette approche laisse à l’agent qui

involved in the international dissemination of such information, and the limited ability of an individual whose rights have been violated to seek redress, such an approach does not provide sufficient protections for the important privacy interests engaged. As noted above, for s. 193(2)(e) to be reasonable, the law itself must strike the appropriate balance of interests.

B. *Oversight and Accountability*

[135] In addition, for a law to provide reasonable authority for a search or seizure, it must include some mechanism to permit oversight of state use of the power: see *Tse*, at paras. 11 and 82. In my view, this need for accountability applies not only to the search itself but also to the subsequent use of the resulting information. Written caveats alone generally do not provide sufficient protection. Without some accountability mechanism, no information is available on what is being shared, with whom, for what purpose and what subsequent use is made of the information. The need for such accountability is made even greater where information is being shared across borders, putting it beyond the reach of Canadian legal protections.

[136] The purpose of accountability mechanisms is to deter and identify inappropriate intrusions on privacy. None of the safeguards included in the broader Part VI wiretap regime, such as judicial pre-authorization, after-the-fact notification, record-keeping or reporting requirements, apply to the disclosure of wiretap information to foreign officials. Ensuring that the wiretapping itself is appropriate does not guarantee that subsequent disclosures will be.

fait la divulgation le soin d'évaluer et de pondérer les intérêts. Compte tenu des risques importants liés à la diffusion internationale de ces renseignements et de la capacité limitée d'une personne dont les droits ont été violés de demander réparation, une telle approche n'offre pas de garanties suffisantes à l'égard des droits importants à la vie privée en jeu. Comme je l'ai déjà mentionné, pour que l'al. 193(2)e) soit raisonnable, la loi elle-même doit établir un juste équilibre des intérêts.

B. *Surveillance et reddition de compte*

[135] De plus, pour qu'une loi confère un pouvoir raisonnable de fouille, de perquisition ou de saisie, elle doit comporter un mécanisme permettant de surveiller l'exercice de ce pouvoir par l'État : voir *Tse*, par. 11 et 82. À mon avis, cette nécessité de rendre des comptes vaut non seulement pour la fouille ou la perquisition elle-même, mais aussi pour l'utilisation ultérieure des renseignements ainsi obtenus. Les mises en garde écrites n'assurent généralement pas à elles seules une protection suffisante. En l'absence de dispositif de reddition de compte, on ne dispose d'aucune information sur la teneur des renseignements divulgués, leurs destinataires, le but de leur communication et leur utilisation ultérieure. La nécessité d'une telle reddition de compte se fait encore plus sentir lorsqu'il y a une communication transfrontalière de renseignements, ce qui met ceux-ci à l'abri des garanties juridiques canadiennes.

[136] L'objectif des mécanismes de reddition de compte est de décourager et de débusquer les atteintes abusives au droit à la vie privée. Aucune des garanties formulées dans les dispositions les plus générales de la partie VI relatives à l'écoute électronique, comme l'autorisation judiciaire préalable, l'avis après coup, la conservation de dossiers ou l'obligation de produire des rapports, ne s'applique à la divulgation de renseignements obtenus par écoute électronique à des responsables étrangers. Le fait de veiller à ce que l'écoute électronique elle-même soit justifiée ne garantit en rien que les divulgations ultérieures des renseignements ainsi obtenus le seront également.

[137] Justice Moldaver finds that because s. 193(2)(e) is an exemption to the criminal offence set out at s. 193(1), law enforcement officers will have ample incentive to comply with the terms of the exemption in order to avoid criminal liability. With respect, I am not convinced that the presence of the criminal offence is — on its own — an adequate accountability mechanism. My chief concern is not that Canadian officers will intentionally disclose the information for purposes unrelated to “the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere”. Rather, it is the potential use by foreign officials — who do not face the risk of prosecution under s. 193(1) — that raises concerns about *Charter* interests.

[138] Canadian law enforcement officers may subjectively intend to serve justice by sharing information. However, improper or hazardous sharing is unlikely to come to light without record-keeping, reporting or notice obligations. Moreover, accountability is not only about fostering compliance with the letter of the law; it is about giving oversight bodies, legislators and the public the information that they need to ensure that statutory powers are necessary and are used appropriately.

[139] Justice Moldaver’s suggestion that individuals subject to disclosure of wiretapped information might find out through an access to information request is far from adequate in achieving accountability, particularly since the various privacy laws governing law enforcement across Canada generally include an exception for records relating to law enforcement matters: see, for example, *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. M.56, s. 8(1). Without any requirement that law enforcement agencies maintain

[137] Puisque l’al. 193(2)e prévoit une exception à l’infraction criminelle prévue au par. 193(1), le juge Moldaver est d’avis que les agents chargés d’appliquer la loi ne manqueront pas de raisons pour respecter les modalités de cette exception afin d’éviter toute responsabilité criminelle. Avec égards, je ne suis pas convaincue que l’existence de l’infraction criminelle constitue, à elle seule, un dispositif de reddition de compte adéquat. Ce qui me préoccupe le plus, ce n’est pas que des agents canadiens divulguent intentionnellement les renseignements à des fins étrangères à l’objectif de « servir l’administration de la justice au Canada ou ailleurs ». C’est plutôt l’utilisation éventuelle de ces renseignements par des responsables étrangers ne risquant pas de se faire poursuivre sur le fondement du par. 193(1) qui suscite des craintes à propos des droits garantis par la *Charte*.

[138] Les agents canadiens chargés d’appliquer la loi peuvent avoir l’intention subjective de servir la justice en communiquant des renseignements. Il est cependant peu probable qu’une communication irrégulière ou dangereuse soit mise au jour en l’absence d’obligations de conserver des dossiers, de présenter des rapports ou de donner des avis. De plus, la reddition de compte vise non seulement à favoriser le respect de la lettre de la loi, mais aussi à fournir aux organismes de surveillance, aux législateurs ainsi qu’au public l’information dont ils ont besoin pour voir à ce que les pouvoirs conférés par la loi soient nécessaires et exercés convenablement.

[139] L’affirmation de mon collègue, selon laquelle des personnes touchées par la divulgation de renseignements obtenus par écoute électronique pourraient le découvrir en présentant une demande d’accès à l’information, est loin de se révéler adéquate pour qu’il y ait reddition de compte, d’autant plus que les diverses lois en matière de protection des renseignements personnels qui régissent l’application de la loi partout au Canada prévoient généralement une exception applicable aux dossiers dans ce domaine : voir, par exemple, la *Loi sur*

records, even a successful applicant may find there is little or no record to obtain.

[140] The case before us was likely an appropriate sharing of information. It related to drug crimes that spanned the Canada-United States border, was shared with U.S. law enforcement, and was used to stop such a crime and to apprehend the offender. However, given the breadth of s. 193(2)(e) and of the personal information that may be contained in a wiretap, it is not difficult to imagine situations where disclosure would be inappropriate, even if it was subjectively “intended to be in the interests of the administration of justice”, as required by s. 193(2)(e). Accountability mechanisms are required to safeguard against disclosure in such cases.

[141] Just as the reasonableness of a search power depends on context (*Rodgers*), the exact accountability mechanism that will be required varies with the circumstances. In general, serious intrusions on a reasonable expectation of privacy – such as a search of a dwelling or interception of private communications – require prior judicial authorization: *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111. In emergencies, after-the-fact notice can serve as a substitute: *Tse*. Some kinds of searches, like searches incident to arrest, may be immediately apparent to their targets, such that no formal notice mechanism is required.

[142] Notice of cross-border disclosure would permit individuals – or the executive branch of government – to know which countries have information and perhaps how it may be used. After-the-fact

l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. M.56, par. 8(1). Si les organismes d'application de la loi ne sont aucunement tenus de conserver des dossiers, même un requérant dont la demande d'accès a été accueillie pourrait se rendre compte que le dossier le concernant est peu étoffé, voire qu'il n'y en a aucun.

[140] La présente affaire en était vraisemblablement une de divulgation appropriée de renseignements qui concernaient des infractions criminelles liées à la drogue des deux côtés de la frontière canado-américaine, qui ont été transmis aux forces de l'ordre américaines et qui ont été utilisés pour mettre un terme à la perpétration de ces infractions ainsi qu'appréhender le contrevenant. Cependant, compte tenu de la portée de l'al. 193(2)e) et des renseignements personnels que peut fournir l'écoute électronique, il n'est guère difficile d'imaginer des situations où une divulgation serait inappropriée, même si, d'un point de vue subjectif, elle « vis[ait] à servir l'administration de la justice », comme l'exige l'al. 193(2)e). Il faut des mécanismes de reddition de compte pour se prémunir contre une divulgation dans de telles situations.

[141] Tout comme le caractère raisonnable du pouvoir de fouille ou de perquisition est tributaire du contexte (*Rodgers*), le dispositif précis de reddition de compte nécessaire varie selon les circonstances. De façon générale, les atteintes graves à l'attente raisonnable en matière de vie privée – comme la perquisition d'une maison d'habitation ou l'interception de communications privées – requièrent une autorisation judiciaire préalable : *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111. En cas d'urgence, un avis après coup peut servir de solution de rechange : *Tse*. Les personnes visées par certains types de fouilles, comme celles accessoires à l'arrestation, sauront peut-être immédiatement qu'elles ont eu lieu, de sorte qu'aucune procédure d'avis officielle ne s'impose.

[142] Un avis de divulgation transfrontalière permettrait au public – ou à l'exécutif – de savoir quels pays ont reçu des renseignements, et peut-être de connaître l'usage qu'ils en font. La présentation

reporting to the legislature would create transparency, telling Canadians how often information is disclosed to identified foreign law enforcement officials and for what purposes. I recognize that these choices involve practical and policy considerations. It is for Parliament to decide what measures are most appropriate and how they should be implemented. The *Charter* does not mandate a specific protocol; it requires only that the legislation authorizing a search be reasonable. Reasonableness, in this case, demands accountability mechanisms that ensure an appropriate balance between privacy and the state interest in the search. At a minimum, the disclosing party should be required to create a written record of what information is shared with whom, with some obligation to make the sharing ultimately known to the target or to government.

[143] To conclude, while the sharing of wire-tapped information is an important tool for law enforcement agencies, it must nonetheless be balanced against adequate protections for the privacy interests at stake in order to pass *Charter* muster. This balance requires that the disclosing party obtain assurances that information will not be improperly used by foreign officials. It also requires the implementation of accountability measures to facilitate oversight and to deter inappropriate disclosures. Absent such protections, I find that s. 193(2)(e) is contrary to s. 8 of the *Charter*.

V. Section 1

[144] In my view, s. 193(2)(e) infringes s. 8 of the *Charter* in a manner that is not justified under s. 1.

[145] To be upheld under s. 1, legislation that limits a *Charter* right must meet the criteria set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. First, the

d'un rapport au législateur après coup serait une preuve de transparence et indiquerait aux Canadiens la fréquence à laquelle des renseignements sont divulgués à des responsables étrangers identifiés de l'application de la loi et dans quel but. Je reconnais que ces choix reposent sur des considérations pratiques et de politique générale. Il appartient au législateur de décider quelles mesures sont les plus opportunes et de quelle façon il conviendrait de les mettre en œuvre. La *Charte* n'exige pas la mise en place d'un protocole précis; elle exige seulement que le texte législatif autorisant une fouille ou une perquisition soit raisonnable. En l'espèce, le caractère raisonnable tient à l'existence de mécanismes de reddition de compte qui établissent un juste équilibre entre la vie privée et l'intérêt de l'État à effectuer la fouille ou la perquisition. La partie qui fait la divulgation devrait à tout le moins être tenue de consigner par écrit les renseignements qui ont été communiqués et l'identité de leur destinataire, et d'en informer plus tard d'une quelconque manière la cible ou l'État.

[143] En conclusion, bien que la communication de renseignements obtenus par écoute électronique constitue un outil important pour les organismes d'application de la loi, il convient de la mettre en balance avec des garanties adéquates visant à protéger les droits à la vie privée en cause pour qu'elle résiste au contrôle constitutionnel. Cet équilibre ne peut être atteint que si la partie qui divulgue des renseignements obtient l'assurance qu'ils ne seront pas utilisés de façon abusive par des responsables étrangers. Il nécessite aussi la mise en œuvre de mesures de reddition de compte pour faciliter la surveillance des divulgations et décourager celles qui sont inappropriées. En l'absence de telles garanties, je conclus que l'al. 193(2)e) est contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

V. Article premier

[144] À mon avis, l'al. 193(2)e) contrevient à l'art. 8 de la *Charte* d'une manière qui n'est pas justifiée au sens de l'article premier.

[145] Pour être maintenu en vertu de l'article premier, un texte législatif qui restreint un droit garanti par la *Charte* doit satisfaire aux critères

legislation must serve a pressing and substantial objective. Second, the means chosen must be proportionate: there must be a rational connection between the legislation and the objective, the legislation must limit the right as little as possible, and there must be proportionality between the effects of the *Charter* limitation and its objectives.

[146] In this case, the objective of international cooperation in law enforcement is pressing and substantial, and disclosure of wiretap information is rationally connected to that objective. However, s. 193(2)(e) as it is presently drafted interferes with privacy to a greater extent than necessary. The inclusion of accountability mechanisms and limits on subsequent use would cure the constitutional deficiencies without undermining Parliament's goals. Accordingly, I conclude that the disclosure to foreign officials permitted without safeguards under s. 193(2)(e) renders the Part VI regime unconstitutional.

VI. Conclusion

[147] Section 8 requires that when a law authorizes intrusions on privacy, it must do so in a manner that is reasonable. A reasonable law must have adequate safeguards to prevent abuse. It must avoid intruding farther than necessary. It must strike an appropriate balance between privacy and other public interests. I conclude that s. 193(2)(e) falls short on all three counts.

[148] In my view, the appropriate remedy in this case is to strike the words "or to a person or authority with responsibility in a foreign state" from s. 193(2)(e) of the *Criminal Code*. Such a remedy respects Parliament's intention to allow law enforcement officials to collaborate within Canada, while invalidating those aspects of the legislation that are inconsistent with the *Charter*. Severing the unconstitutional elements of this provision is also consistent with this Court's view that "when only

énoncés dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Premièrement, le texte doit servir un objectif urgent et réel. Deuxièmement, les moyens choisis doivent respecter le critère de la proportionnalité : il doit exister un lien rationnel entre le texte législatif et l'objectif poursuivi, le texte doit porter atteinte le moins possible au droit en cause et il doit y avoir proportionnalité entre les effets de la mesure restreignant un droit garanti par la *Charte* et ses objectifs.

[146] En l'espèce, l'objectif de coopération internationale dans l'application de la loi est urgent et réel, et la divulgation de renseignements obtenus par écoute électronique a un lien rationnel avec cet objectif. Toutefois, l'al. 193(2)e) dans sa forme actuelle porte davantage atteinte à la vie privée qu'il ne le faut. L'introduction de mécanismes de reddition de compte et de limites concernant l'utilisation ultérieure des renseignements obtenus remédierait à l'inconstitutionnalité de cette disposition sans miner les objectifs du législateur. Par conséquent, je conclus que la divulgation à des responsables étrangers permise sans garantie par l'al. 193(2)e) rend le régime de la partie VI inconstitutionnel.

VI. Conclusion

[147] Lorsqu'une loi permet qu'il soit porté atteinte au droit à la vie privée, l'art. 8 exige qu'elle le fasse de façon raisonnable. Une loi raisonnable doit comporter des garanties adéquates pour prévenir les abus. Elle ne doit pas entraîner une immixtion plus grande que nécessaire dans la vie privée. Elle doit établir un juste équilibre entre le droit à la vie privée et d'autres intérêts publics. J'estime que l'al. 193(2)e) ne satisfait à aucune de ces trois exigences.

[148] À mon avis, la réparation appropriée en l'espèce consiste à supprimer de l'al. 193(2)e) du *Code criminel* les mots « à une personne ou un organisme étranger chargé [. . .] ailleurs ». Une telle réparation respecte l'intention du législateur d'autoriser les responsables de l'application de la loi à collaborer entre eux au Canada, tout en invalidant les aspects de la disposition législative qui sont incompatibles avec la *Charte*. La dissociation des éléments inconstitutionnels de cette disposition

a part of a statute or provision violates the Constitution, it is common sense that only the offending portion should be declared to be of no force or effect, and the rest should be spared”: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 696. I would suspend the effect of this order for 12 months to allow Parliament to amend Part VI to comply with the *Charter*.

[149] The Crown submitted that if this Court were to suspend a declaration of invalidity, a new hearing should be ordered at which the admissibility of the evidence under s. 24(2) of the *Charter* can be addressed. This Court has recognized that, where a suspended declaration of invalidity is ordered, a constitutional exemption may be awarded “to relieve the claimant of the continued burden of the unconstitutional law during the period that the striking out remedy is suspended”: *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 46; see also *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 22. I would accordingly exempt the appellant from the suspension of the declaration of invalidity.

[150] I would answer the relevant constitutional questions as follows:

Does s. 193(2)(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

concorde également avec l’opinion de la Cour selon laquelle « lorsque seulement une partie d’une loi ou d’une disposition viole la Constitution, il est logique de déclarer inopérante seulement la partie fautive et de maintenir en vigueur le reste du texte » : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 696. Je suis d’avis de suspendre l’effet de la présente ordonnance pendant 12 mois pour permettre au législateur de modifier la partie VI afin qu’elle respecte la *Charte*.

[149] Le ministère public a soutenu que, si la Cour devait suspendre la prise d’effet de la déclaration d’invalidité, il conviendrait d’ordonner la tenue d’une nouvelle audience où il serait possible de statuer sur l’admissibilité des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. La Cour a reconnu que, quand la prise d’effet de la déclaration d’invalidité est suspendue, il est possible d’accorder une exemption constitutionnelle « pour éviter de continuer à faire supporter au demandeur le fardeau de la loi inconstitutionnelle pendant la durée de la suspension de la prise d’effet de la déclaration d’invalidité » : *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 46; voir aussi *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 22. Par conséquent, je suis d’avis de soustraire l’appellant à la suspension de la prise d’effet de la déclaration d’invalidité.

[150] Je suis d’avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles pertinentes :

L’alinéa 193(2)e) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte-t-il atteinte à l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

Dans l’affirmative, s’agit-il d’une limite raisonnable prescrite par une règle de 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 : Non.

[151] Thus, in the circumstances of this case, I would allow the appeal and order a new hearing.

Appeal dismissed, ABELLA, CROMWELL and KARAKATSANIS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Thorsteinssons, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada on behalf of the United States of America and on behalf of the Minister of Justice: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

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

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McInnes Cooper, Halifax.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

[151] Par conséquent, dans les circonstances de l'espèce, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience.

Pourvoi rejeté, les juges ABELLA, CROMWELL et KARAKATSANIS sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Thorsteinssons, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada au nom des États-Unis d'Amérique et au nom du ministre de la Justice : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McInnes Cooper, Halifax.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Brandon Wills *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WILLS

2014 SCC 73

File No.: 35804.

2014: November 14; 2014: November 20.

Present: Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Reasonable verdict — Evidence — Accused convicted of robbery with firearm, unlawful confinement, disguise with intent to commit indictable offence, and possession of weapon for purpose of committing indictable offence — Whether, given frailties of circumstantial evidence, guilty verdict was one that properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Pepall and Benotto JJ.A.), 2014 ONCA 178, 318 O.A.C. 99, 308 C.C.C. (3d) 109, [2014] O.J. No. 1069 (QL), 2014 CarswellOnt 2652, affirming the accused's conviction and varying the sentence. Appeal dismissed, Cromwell and Karakatsanis JJ. dissenting.

Carlos F. Rippell and Diana M. Lumba, for the appellant.

M. David Lepofsky, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — The majority of the Court is of the view that the appeal should be dismissed for the reasons of Doherty J.A. in the Court of Appeal.

Brandon Wills *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. WILLS

2014 CSC 73

N° du greffe : 35804.

2014 : 14 novembre; 2014 : 20 novembre.

Présents : Les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

Droit criminel — Verdict raisonnable — Preuve — Accusé déclaré coupable de vol qualifié avec usage d'une arme à feu, de séquestration, de déguisement dans un dessein criminel et de possession d'une arme dans le but de commettre un acte criminel — Compte tenu des faiblesses de la preuve circonstancielle, le verdict de culpabilité était-il un de ceux qu'un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Pepall et Benotto), 2014 ONCA 178, 318 O.A.C. 99, 308 C.C.C. (3d) 109, [2014] O.J. No. 1069 (QL), 2014 CarswellOnt 2652, qui a confirmé le verdict de culpabilité prononcé contre l'accusé et modifié la peine infligée. Pourvoi rejeté, les juges Cromwell et Karakatsanis sont dissidents.

Carlos F. Rippell et Diana M. Lumba, pour l'appelant.

M. David Lepofsky, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — La majorité de la Cour est d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés par le juge Doherty de la Cour

Justices Cromwell and Karakatsanis, dissenting, would have allowed the appeal for the reasons of Pepall J.A.

Appeal dismissed, CROMWELL and KARAKATSANIS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Edward H. Royle & Associates, Toronto.

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

d'appel. Les juges Cromwell et Karakatsanis, dissidents, auraient accueilli le pourvoi pour les motifs de la juge d'appel Pepall.

Pourvoi rejeté, les juges CROMWELL et KARAKATSANIS sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Edward H. Royle & Associates, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Ryan Paul Day *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DAY

2014 SCC 74

File No.: 35822.

2014: December 8.

Present: McLachlin C.J. and Rothstein, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Search and seizure — Search incident to arrest — Accused's car searched without warrant and marihuana found — Evidence seized excluded following voir dire — Court of Appeal held that trial judge erred in finding absence of subjective and objective grounds for arrest — Arrest lawful and search valid.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, Rowe and Hoegg JJ.A.), 2014 NLCA 14, 349 Nfld. & P.E.I.R. 1, 1085 A.P.R. 1, 10 C.R. (7th) 152, [2014] N.J. No. 68 (QL), 2014 CarswellNfld 78, setting aside the accused's acquittal for trafficking marihuana and possession for the purpose of trafficking and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Kenneth J. Mahoney, for the appellant.

Mark Covan and *Andrew O. Brown*, for the respondent.

Ryan Paul Day *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. DAY

2014 CSC 74

N° du greffe : 35822.

2014 : 8 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à une arrestation — Marihuana trouvée dans l'automobile de l'accusé à la suite d'une fouille sans mandat — Preuve écartée au terme d'un voir-dire — Décision de la Cour d'appel portant que le juge du procès a fait erreur en concluant à l'absence de motifs d'arrestation subjectifs et objectifs — Arrestation légale et fouille valide.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, Rowe et Hoegg), 2014 NLCA 14, 349 Nfld. & P.E.I.R. 1, 1085 A.P.R. 1, 10 C.R. (7th) 152, [2014] N.J. No. 68 (QL), 2014 CarswellNfld 78, qui a annulé l'acquittement de l'accusé relativement à des accusations de trafic de marihuana et de possession de cette substance en vue d'en faire le trafic, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Kenneth J. Mahoney, pour l'appellant.

Mark Covan et *Andrew O. Brown*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally
by

[1] THE CHIEF JUSTICE — In spite of the able argument of Mr. Mahoney, we are all of the view to dismiss the appeal for the reasons of Hoegg J.A.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Bristow Moyse, St. John's.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, St. John's.

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Malgré l'argumentation compétente de M^e Mahoney, nous sommes tous d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés par la juge d'appel Hoegg.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Bristow Moyse, St. John's.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, St. John's.

James Steven Wilcox *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Canadian HIV/AIDS Legal Network,
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario and
Coalition des organismes communautaires
québécois de lutte contre le sida** *Intervenens*

INDEXED AS: R. v. WILCOX

2014 SCC 75

File No.: 35758.

2014: December 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Evidence — Assessment — Accused convicted of aggravated sexual assault as a result of having transmitted HIV to complainant — Trial judge finding that complainant would not have engaged in sexual relations had he known about accused's HIV positive status — Trial judge properly analyzed complainant's credibility in light of evidence as a whole.

Cases Cited

Referred to: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dalphond, Hilton and Bélanger JJ.A.), 2014 QCCA 321, 307 C.C.C. (3d) 355, SOQUIJ AZ-51046931, [2014] Q.J. No. 1180 (QL), 2014 CarswellQue 1137, upholding the accused's conviction for aggravated sexual assault. Appeal dismissed.

Jeffrey K. Boro and Jonathan Gordon, for the appellant.

James Steven Wilcox *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Réseau juridique canadien VIH/sida,
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et
Coalition des organismes communautaires
québécois de lutte contre le sida** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. WILCOX

2014 CSC 75

N° du greffe : 35758.

2014 : 8 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle grave parce qu'il a transmis le VIH au plaignant — Conclusion du juge du procès portant que le plaignant n'aurait pas eu de relations sexuelles s'il avait connu la séropositivité de l'accusé — Analyse adéquate par le juge du procès de la crédibilité du plaignant eu égard à l'ensemble de la preuve.

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dalphond, Hilton et Bélanger), 2014 QCCA 321, 307 C.C.C. (3d) 355, SOQUIJ AZ-51046931, [2014] Q.J. No. 1180 (QL), 2014 CarswellQue 1137, qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle grave prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Jeffrey K. Boro et Jonathan Gordon, pour l'appellant.

Dennis Galiatsatos and Richard Audet, for the respondent.

Jonathan A. Shime and Amanda Ross, for the intervener the Canadian HIV/AIDS Legal Network.

Ryan Peck, for the intervener the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Liz Lacharpagne, for the intervener Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] KARAKATSANIS J. — This is an appeal as of right on a question of law. We agree with the majority of the Quebec Court of Appeal that it was open to the trial judge to conclude beyond a reasonable doubt that the complainant would not have engaged in sexual relations had he known about the appellant's HIV positive status. The fact that the trial judge also found that it was possible that the sexual relationship continued after disclosure, despite the complainant's denial, does not necessarily render that first finding unreasonable. While it would have been preferable for the trial judge to more fully explain his reasoning relating to the complainant's credibility, we are not satisfied that the trial judge erred in the analytical process set out in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, or that he failed to analyze the evidence as a whole relating to an ultimate issue. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Boro, Polnick, Lighter, Montréal.

Solicitor for the respondent: Director of Criminal and Penal Prosecution Services of Quebec, Montréal.

Dennis Galiatsatos et Richard Audet, pour l'intimée.

Jonathan A. Shime et Amanda Ross, pour l'intervenant le Réseau juridique canadien VIH/sida.

Ryan Peck, pour l'intervenante HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Liz Lacharpagne, pour l'intervenante la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Il s'agit d'un appel de plein droit portant sur une question de droit. Comme les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec, nous estimons qu'il était loisible au juge du procès de conclure hors de tout doute raisonnable que le plaignant n'aurait pas eu de rapports sexuels avec l'appelant s'il avait su que ce dernier était séropositif. Le fait que le juge ait en outre conclu qu'il était possible que les rapports sexuels se soient poursuivis après que l'appelant eut dévoilé sa séropositivité — ce que nie le plaignant — ne rend pas nécessairement la première conclusion déraisonnable. Bien qu'il eût été préférable que le juge explique plus en détail son raisonnement en ce qui concerne la crédibilité du plaignant, nous ne sommes pas convaincus qu'il a commis une erreur dans l'application de l'analyse énoncée dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, ou qu'il a omis d'analyser la preuve dans son ensemble à l'égard d'une question déterminante. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Boro, Polnick, Lighter, Montréal.

Procureur de l'intimé : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian HIV/AIDS Legal Network: Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto.

Solicitor for the intervener the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida: Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Réseau juridique canadien VIH/sida : Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto.

Procureur de l'intervenante HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida : Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Clarence Michael MacLeod *Respondent***INDEXED AS: R. v. MACLEOD****2014 SCC 76**

File No.: 35957.

2014: December 10.

Present: Abella, Cromwell, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Second degree murder — Charge to jury — Lesser verdict of manslaughter — Air of reality — Defence counsel arguing at trial that alternate verdict of manslaughter incompatible with main defence — Trial judge erred in failing to charge jury on manslaughter.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Saunders, Beveridge and Farrar J.J.A.), 2014 NSCA 63, 346 N.S.R. (2d) 222, 311 C.C.C. (3d) 300, [2014] N.S.J. No. 294 (QL), 2014 CarswellNS 425, setting aside the accused's conviction for second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Mark A. Scott and Marian Fortune-Stone, Q.C., for the appellant.

Roger A. Burrill, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] CROMWELL J. — In our view, it was an error of law in this case not to leave manslaughter with the jury notwithstanding the position of the defence at trial. The appeal is dismissed.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Clarence Michael MacLeod *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. MACLEOD****2014 CSC 76**

N° du greffe : 35957.

2014 : 10 décembre.

Présents : Les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Meurtre au second degré — Exposé au jury — Verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable — Vraisemblance — Présentation par l'avocat de la défense au procès d'un argument fondé sur l'incompatibilité du verdict d'homicide involontaire coupable et de la thèse principale de la défense — L'omission du juge du procès de donner des directives au jury sur l'homicide involontaire coupable a constitué une erreur.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Saunders, Beveridge et Farrar), 2014 NSCA 63, 346 N.S.R. (2d) 222, 311 C.C.C. (3d) 300, [2014] N.S.J. No. 294 (QL), 2014 CarswellNS 425, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au second degré et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Mark A. Scott et Marian Fortune-Stone, c.r., pour l'appelante.

Roger A. Burrill, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE CROMWELL — Nous sommes d'avis que le fait de ne pas laisser le jury considérer l'homicide involontaire coupable, en dépit de la thèse de la défense au procès, constituait une erreur de droit. L'appel est rejeté.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the respondent: Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Procureur de l'intimé : Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Kevin Fearon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Alberta,
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy
and Public Interest Clinic, British Columbia
Civil Liberties Association, Criminal Trial
Lawyers' Association (Alberta),
Canadian Civil Liberties Association,
Canadian Association of Chiefs of Police and
Criminal Lawyers' Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. FEARON

2014 SCC 77

File No.: 35298.

2014: May 23; 2014: December 11.

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

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

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Cell phone found on accused and searched without warrant — Text message and photos on cell phone introduced as evidence at trial — Whether general common law framework for searches incident to arrest needs to be modified in case of cell phone searches incident to arrest — Whether search of cell phone incident to arrest was unreasonable and contrary to accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence discovered in search should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Police — Powers — Search incident to arrest — Warrantless search of cell phone — Text message and photos

Kevin Fearon *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,
procureur général du Québec,
procureur général de l'Alberta,
Clinique d'intérêt public et de politique
d'internet du Canada Samuelson-Glushko,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique, Criminal Trial
Lawyers' Association (Alberta),
Association canadienne des libertés civiles,
Association canadienne des chefs de police et
Criminal Lawyers' Association** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. FEARON

2014 CSC 77

N° du greffe : 35298.

2014 : 23 mai; 2014 : 11 décembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à une arrestation — Téléphone cellulaire trouvé sur l'accusé et fouillé sans mandat — Message texte et photos trouvés dans le téléphone produits en preuve au procès — Le cadre général de la common law régissant les fouilles accessoires à l'arrestation doit-il être modifié dans le cas des fouilles de téléphones cellulaires effectuées accessoirement à l'arrestation? — La fouille du téléphone cellulaire effectuée accessoirement à l'arrestation était-elle abusive et contraire au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve découverts lors de la fouille doivent-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Police — Pouvoirs — Fouille accessoire à une arrestation — Fouille sans mandat d'un téléphone cellulaire

on cell phone introduced as evidence at trial of accused — Whether common law police power to search incident to arrest permits cell phone searches — Whether search of cell phone incident to arrest was unreasonable and contrary to accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Two men, one armed with a handgun, robbed a merchant as she loaded her car with jewellery. The robbers grabbed some bags, one of which was filled with jewellery, and fled in a black vehicle. The police became involved very shortly afterward. At that point, they had not located the jewellery or the handgun. Later that evening, they located and secured the getaway vehicle, and arrested F and C. During the pat-down search of F conducted incident to arrest, police found a cell phone in F's pocket. Police searched the phone at that time and again within less than two hours of the arrest. They found a draft text message which read "We did it were the jewelry at nigga burrrrrrrrrrr", and some photos, including one of a handgun. A day and a half later, when police had a warrant to search the vehicle, they recovered the handgun used in the robbery and depicted in the photo. Months later, police applied for and were granted a warrant to search the contents of the phone. No new evidence was discovered.

On a *voir dire*, the trial judge found that the search of the cell phone incident to arrest had not breached s. 8 of the *Charter*. She admitted the photos and text message and convicted F of robbery with a firearm and related offences. The Court of Appeal dismissed an appeal.

Held (LeBel, Abella and Karakatsanis JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.: The common law power to search incident to a lawful arrest permits the search of cell phones and similar devices found on the suspect, although some modification of the existing common law framework is necessary because the search of a cell phone has the potential to be a much more significant invasion of privacy than the typical search incident to arrest.

— Message texte et photos trouvés dans le téléphone produits en preuve au procès de l'accusé — Le pouvoir que la common law accorde aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation permet-il la fouille d'un téléphone cellulaire? — La fouille du téléphone cellulaire effectuée accessoirement à l'arrestation était-elle abusive et contraire au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Deux hommes, l'un armé d'une arme de poing, ont volé une commerçante alors qu'elle déposait des bijoux dans sa voiture. Les voleurs ont attrapé des sacs, dont l'un était rempli de bijoux, et se sont enfuis dans un véhicule noir. Les policiers sont intervenus très peu de temps après. À ce moment-là, ils n'avaient pas trouvé les bijoux ni l'arme. Plus tard dans la soirée, ils ont repéré et saisi le véhicule utilisé par les fuyards, et ils ont arrêté F et C. Lors de la fouille par palpation de F effectuée accessoirement à l'arrestation, les policiers ont trouvé un téléphone cellulaire dans sa poche. Les policiers ont fouillé le téléphone à ce moment-là, puis une autre fois moins de deux heures après l'arrestation. Ils ont trouvé un projet de message texte rédigé comme suit : « On l'a fait, où sont les bijoux, nègre burrrrrrrrrrr » et quelques photos, y compris un cliché d'une arme de poing. Une journée et demie plus tard, lorsque les policiers ont obtenu un mandat pour fouiller le véhicule, ils ont trouvé l'arme utilisée au cours du vol et apparaissant sur la photo. Des mois plus tard, les policiers ont demandé et obtenu un mandat pour fouiller le contenu du téléphone. Aucun nouvel élément de preuve n'a été découvert.

Lors d'un *voir-dire*, la juge du procès a conclu que la fouille du téléphone cellulaire effectuée accessoirement à l'arrestation ne contrevenait pas à l'art. 8 de la *Charte*. Elle a admis en preuve les photos et le message texte et a déclaré F coupable de vol qualifié perpétré avec une arme à feu et d'infractions connexes. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

Arrêt (les juges LeBel, Abella et Karakatsanis sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver et Wagner : Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale permet la fouille de téléphones cellulaires et d'appareils similaires trouvés sur le suspect, bien qu'il soit nécessaire de modifier dans une certaine mesure le cadre actuel de la common law parce que la fouille d'un téléphone cellulaire est susceptible de constituer une atteinte à la vie privée beaucoup plus grave que la fouille normale accessoire à l'arrestation.

The power to search incident to arrest is extraordinary in that it permits reasonable searches when the police have neither a warrant nor reasonable and probable grounds. That the exercise of this extraordinary power has been considered in general to meet constitutional muster reflects the important law enforcement objectives which are served by searches of people who have been lawfully arrested. This power must be exercised in the pursuit of a valid purpose related to the proper administration of justice and the search must be truly incidental to the arrest.

Like other searches incident to arrest, prompt cell phone searches incident to arrest may serve important law enforcement objectives: they can assist police to identify and mitigate risks to public safety; locate firearms or stolen goods; identify accomplices; locate and preserve evidence; prevent suspects from evading or resisting law enforcement; locate the other perpetrators; warn officers of possible impending danger; and follow leads promptly. Cell phone searches also have an element of urgency, which supports the extension of the power to search incident to arrest.

Safeguards must be added to the law of search of cell phones incident to arrest in order to make that power compliant with s. 8 of the *Charter*. Ultimately, the purpose of the exercise is to strike a balance that gives due weight to the important law enforcement objectives served by searches incidental to arrest and to the very significant privacy interests at stake in cell phone searches. Consequently, four conditions must be met in order for the search of a cell phone or similar device incidental to arrest to comply with s. 8. First, the arrest must be lawful. Second, the search must be truly incidental to the arrest. This requirement should be strictly applied to permit searches that must be done promptly upon arrest in order to effectively serve the law enforcement purposes. In this context, those purposes are protecting the police, the accused or the public; preserving evidence; and, if the investigation will be stymied or significantly hampered absent the ability to promptly conduct the search, discovering evidence. Third, the nature and the extent of the search must be tailored to its purpose. In practice, this will mean that only recently sent or drafted emails, texts, photos and the call log will, generally, be available, although other searches may, in some circumstances, be justified. Finally, the police must

Le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation est extraordinaire en ce qu'il permet les fouilles non abusives lorsque les policiers n'ont ni mandat ni motifs raisonnables et probables. Le fait que l'on considère généralement que l'exercice de ce pouvoir extraordinaire résiste au contrôle constitutionnel reflète les objectifs importants d'application de la loi réalisés au moyen de la fouille d'une personne arrêtée légalement. Ce pouvoir doit être exercé dans la poursuite d'un objectif valable lié à la bonne administration de la justice, et la fouille doit être véritablement accessoire à l'arrestation.

Tout comme les autres fouilles accessoires à l'arrestation, les fouilles accessoires à l'arrestation effectuées rapidement à l'égard de téléphones cellulaires peuvent permettre de réaliser d'importants objectifs d'application de la loi : elles peuvent aider les policiers à identifier et à atténuer les risques pour la sécurité du public; à trouver des armes à feu ou des biens volés; à identifier des complices; à repérer et conserver des éléments de preuve; à empêcher les suspects d'échapper ou de résister aux policiers; à repérer les autres auteurs du crime; à prévenir les policiers de dangers imminents possibles; à effectuer un suivi rapide des indices. Les fouilles de téléphone cellulaire répondent aussi à des considérations d'urgence, ce qui justifie l'élargissement du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation.

Des garanties doivent être ajoutées au droit relatif aux fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires afin que ce pouvoir soit conforme à l'art. 8 de la *Charte*. Le but de l'exercice consiste en définitive à établir un équilibre qui prend dûment en compte, d'une part, les importants objectifs d'application de la loi que les fouilles accessoires à l'arrestation permettent de réaliser, et d'autre part, les intérêts très importants que l'on porte au respect de la vie privée en jeu lors des fouilles d'un téléphone cellulaire. Par conséquent, quatre conditions doivent être réunies pour que la fouille d'un téléphone cellulaire ou d'un appareil similaire effectuée accessoirement à l'arrestation soit conforme à l'art. 8. Premièrement, l'arrestation doit être légale. Deuxièmement, la fouille doit être véritablement accessoire à l'arrestation. Cette exigence devrait être appliquée strictement pour permettre les fouilles qui doivent être effectuées rapidement après l'arrestation afin de réaliser efficacement les objectifs d'application de la loi. Dans ce contexte, ces objectifs sont les suivants : protéger la police, l'accusé ou le public; conserver les éléments de preuve; et, si l'enquête sera paralysée ou sérieusement entravée parce qu'on ne peut pas procéder rapidement à la fouille, découvrir des éléments de preuve.

take detailed notes of what they have examined on the device and how they examined it. The notes should generally include the applications searched, the extent of the search, the time of the search, its purpose and its duration. The record-keeping requirement is important to the effectiveness of after-the-fact judicial review. It will also help police officers to focus on whether what they are doing in relation to the phone falls squarely within the parameters of a lawful search incident to arrest.

None of the three main modifications to the common law power to search cell phones incident to arrest previously suggested in the case law strike the balance required by s. 8. First, the considerations that prompted the Court to take a categorical approach with respect to the non-consensual seizure of bodily samples are entirely absent in this case. Second, police will rarely have reasonable and probable grounds to search for safety purposes or to believe that evidence of the offence will be found on the phone at the time of arrest. Third, allowing cell phone searches only in exigent circumstances would share the pitfalls of imposing a standard of reasonable and probable grounds, and would give almost no weight to the law enforcement objectives served by prompt searches. Moreover, the search incident to arrest exception to the warrant requirement is not a subset of the exigency exception.

In this case, the initial search of the cell phone, which disclosed all of the cell phone evidence tendered by the Crown at trial, breached F's s. 8 rights. Although they were truly incidental to F's arrest for robbery, were for valid law enforcement objectives, and were appropriately linked to the offence for which F had been lawfully arrested, detailed evidence about precisely what was searched, how and why, was lacking.

Troisièmement, la nature et l'étendue de la fouille doivent être adaptées à son objectif. Cela signifiera en pratique que, généralement, seuls les courriels, photos et messages texte récents, ainsi que le registre des appels, pourront être examinés, bien que, dans certaines circonstances, d'autres fouilles puissent être justifiées. Enfin, les policiers doivent prendre des notes détaillées de ce qu'ils ont examiné dans l'appareil et de la façon dont ils l'ont fait. Les notes doivent généralement porter sur les applications ayant fait l'objet d'une fouille ainsi que sur l'étendue, l'heure, les objectifs et la durée de la fouille. L'exigence de conserver des notes est importante pour l'efficacité du contrôle judiciaire après le fait. Elle aidera aussi les policiers à se concentrer sur la question de savoir si les mesures prises à l'égard du téléphone sont conformes aux paramètres d'une fouille légale accessoire à l'arrestation.

Aucune des trois modifications principales proposées auparavant par la jurisprudence au pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires n'établit l'équilibre requis par l'art. 8. En premier lieu, les facteurs qui ont incité la Cour à adopter une approche catégorique à l'égard de la saisie non consensuelle d'échantillons corporels sont entièrement absents en l'espèce. En deuxième lieu, les policiers auront rarement des motifs raisonnables et probables de procéder à une fouille pour des raisons de sécurité, ou de croire que des éléments de preuve de l'infraction se trouveront dans le téléphone au moment de l'arrestation. En troisième lieu, permettre les fouilles de téléphones cellulaires seulement en situation d'urgence recèlerait les mêmes pièges que l'imposition d'une norme de motifs raisonnables et probables et atténuerait sensiblement les objectifs d'application de la loi que les fouilles effectuées rapidement permettent de réaliser. De plus, l'application, à l'exigence d'obtenir un mandat, de l'exception relative à la fouille accessoire à l'arrestation ne constitue pas un sous-ensemble de l'exception en cas de situation d'urgence.

En l'espèce, la fouille initiale du téléphone cellulaire, qui a permis de découvrir tous les éléments de preuve provenant du téléphone et présentés par le ministère public au procès, a porté atteinte aux droits que l'art. 8 garantit à F. Même si cette fouille était véritablement accessoire à l'arrestation de F pour vol qualifié, si elle visait des objectifs valables d'application de la loi et si elle était liée de manière appropriée à l'infraction pour laquelle F avait été légalement arrêté, il n'y avait pas d'éléments de preuve détaillés indiquant avec précision le contenu qui a fait l'objet de la fouille, la façon dont la fouille a été effectuée et la raison pour laquelle elle a été effectuée.

Despite that breach, the evidence should not be excluded. The impact of the breach on F's *Charter*-protected interests favours exclusion of the evidence, but it does so weakly. Although any search of any cell phone has the potential to be a very significant invasion of a person's informational privacy interests, the invasion of F's privacy was not particularly grave. Further, as he did not challenge the warrant that was subsequently issued for the comprehensive search of the cell phone, his privacy interests were going to be impacted and the particular breach did not significantly change the nature of that impact. However, other factors favour inclusion. As to the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the dominant view at the time of the search approved cell phone searches incident to arrest. In addition, the police fully disclosed the earlier searches when they decided to obtain the warrant to search the cell phone. While the police should, when faced with real uncertainty, choose a course of action that is more respectful of the accused's potential privacy rights, an honest mistake, reasonably made, is not state misconduct that requires the exclusion of evidence. Society's interest in the adjudication of the case on its merits also favours admission: the evidence is cogent and reliable, and its exclusion would undermine the truth-seeking function of the justice system.

Per LeBel, Abella and Karakatsanis JJ. (dissenting): Searches of personal digital devices — including personal computers — risk serious encroachments on privacy and are therefore not authorized under the common law power to search incident to arrest. Only judicial pre-authorization can provide the effective and impartial balancing of the state's law enforcement objectives with the intensely personal and uniquely pervasive privacy interests in our digital devices. Section 8 of the *Charter* provides constitutional protection for privacy, which includes the right to be free of the threat of unreasonable intrusions on privacy and the right to determine when, how, and to what extent we release personal information.

Malgré cette atteinte, les éléments de preuve ne devraient pas être écartés. L'incidence de la violation sur les intérêts de F que protège la *Charte* milite en faveur de l'exclusion de la preuve, mais elle ne le fait pas de façon convaincante. Bien que toute fouille d'un téléphone cellulaire risque de constituer une atteinte très importante à l'intérêt que porte une personne à la protection du caractère privé des renseignements qu'il contient, l'atteinte à la vie privée de F n'était pas particulièrement grave. En outre, comme il n'a pas contesté le mandat qui a été subséquemment décerné relativement à la fouille complète du téléphone cellulaire, il y aurait eu d'une façon ou d'une autre une incidence sur ses intérêts en matière de respect de la vie privée, et la violation dans ce cas n'a pas changé considérablement la nature de cette incidence. Toutefois, d'autres facteurs militent en faveur de l'inclusion de la preuve. Pour ce qui est de la gravité de la conduite attentatoire de l'État, l'opinion dominante au moment de l'arrestation approuvait les fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires. De plus, les policiers ont présenté un état détaillé des fouilles effectuées précédemment lorsqu'ils ont décidé d'obtenir le mandat autorisant la fouille du téléphone cellulaire. Bien que les policiers devraient, lorsqu'ils sont vraiment incertains, opter pour une ligne de conduite qui est plus respectueuse des droits que l'accusé pourrait avoir en matière de respect de la vie privée, une erreur honnête, commise raisonnablement, ne constitue pas une inconduite de l'État qui exige l'exclusion des éléments de preuve. L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond milite aussi en faveur de l'admission de la preuve : les éléments de preuve sont convaincants et fiables, et leur exclusion minerait la fonction de recherche de la vérité du système de justice.

Les juges LeBel, Abella et Karakatsanis (dissidents) : Les fouilles d'appareils numériques personnels — y compris les ordinateurs personnels — risquent d'entraîner des empiétements graves sur la vie privée et elles ne sont en conséquence pas autorisées en vertu du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation que reconnaît la common law. Seul un régime d'autorisation judiciaire préalable permet de réaliser une mise en équilibre effective et impartiale des objectifs de l'État en matière d'application de la loi et des intérêts éminemment personnels et extrêmement généralisés que les gens portent au respect de leur vie privée liée aux appareils numériques. L'article 8 de la *Charte* accorde la protection de la Constitution à la vie privée, ce qui englobe le droit à la protection contre la menace d'atteintes abusives à la vie privée ainsi que le droit de déterminer quand, comment et dans quelle mesure diffuser des renseignements personnels.

Generally, the law enforcement interests will outweigh the privacy interest that an arrested person has in the physical items in his immediate vicinity. However, because the privacy interest in a digital device is quantitatively and qualitatively different from that in other physical items traditionally subject to such searches, the constitutional balance between privacy and the needs of law enforcement with respect to the search of cell phones and similar digital devices incident to arrest must be re-assessed, using first principles.

A cell phone cannot be treated like any other piece of physical evidence that may be found on an arrestee and searched incident to arrest. Individuals have a high expectation of privacy in their digital devices because they store immense amounts of information, are fastidious record keepers, retain files and data even after users think they have been destroyed, make the temporal and territorial limitations on a search incident to arrest meaningless, and can continue to generate evidence even after they have been seized.

The law enforcement interests relate to the three purposes justifying searches incident to arrest: safety, the preservation of evidence, and the discovery of evidence. Digital devices are not physically dangerous weapons and they cannot conceal such a weapon. The mere possibility that a phone could have been used to summon backup or that evidence on the cell phone could be remotely deleted should not justify a search incident to arrest. Although the delay of obtaining a warrant may come at a cost to the prompt pursuit of the investigation, this cost must be weighed against the privacy interest in a personal digital device.

The most pressing state interests can be accommodated by the existing doctrine that permits warrantless searches under exigent circumstances. Exigent circumstances exist when (1) there is a reasonable basis to suspect a search may prevent an imminent threat to safety or (2) there are reasonable grounds to believe that the imminent destruction of evidence can be prevented by a warrantless search. Where exigent circumstances do

L'intérêt des autorités chargées de l'application de la loi l'emportera généralement sur l'intérêt que porte la personne arrêtée aux objets matériels qui se trouvent dans son environnement immédiat. Toutefois, comme l'intérêt porté au respect de la vie privée à l'égard d'un appareil numérique diffère, sur les plans quantitatif et qualitatif, de celui applicable à d'autres objets matériels qui sont traditionnellement visés par de telles fouilles, l'équilibre constitutionnel entre le respect de la vie privée et les exigences de l'application de la loi en ce qui concerne la fouille de téléphones cellulaires et d'appareils semblables effectuée accessoirement à une arrestation doit être réévalué en fonction des principes de base.

Un téléphone cellulaire ne saurait être traité comme n'importe quel autre élément de preuve matériel trouvé sur une personne arrêtée et fouillée accessoirement à l'arrestation. Les citoyens ont des attentes élevées en matière de respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs appareils numériques parce que ces appareils stockent d'immenses quantités de données, tiennent les dossiers de façon très méticuleuse, conservent des fichiers et des données, même après que les utilisateurs croient les avoir détruits, rendent inutiles les limites de temps et d'espace intrinsèques aux fouilles accessoires à une arrestation et peuvent continuer de générer des éléments de preuve même après leur saisie.

Les intérêts liés à l'application de la loi ont trait aux trois objectifs qui justifient une fouille accessoire à une arrestation : la sécurité, la préservation de la preuve et la découverte d'éléments de preuve. Les appareils numériques ne constituent pas des armes physiquement dangereuses et ne peuvent dissimuler une telle arme. La simple possibilité qu'un téléphone puisse avoir été utilisé pour appeler des renforts ou que des éléments de preuve se trouvant dans le téléphone puissent être supprimés à distance ne devrait pas justifier une fouille accessoire à une arrestation. Bien que le délai pour obtenir un mandat puisse nuire à la poursuite rapide de l'enquête, cet inconvénient doit être soupesé au regard de l'intérêt des gens au respect de leur vie privée à l'égard de leur appareil numérique personnel.

Il est possible de tenir compte des intérêts les plus urgents de l'État en appliquant la règle actuelle, qui autorise les fouilles sans mandat selon l'urgence de la situation. La situation est urgente lorsqu'il existe (1) soit des motifs raisonnables de soupçonner qu'une fouille peut éviter une menace imminente à la sécurité, (2) soit des motifs raisonnables de croire qu'une fouille sans mandat peut empêcher la destruction imminente d'éléments de preuve.

not exist, a telewarrant can usually be obtained relatively quickly and with little harm to the investigation.

Thus, the weighty privacy interest that an arrested person has in a personal digital device will outweigh the state interest in performing a warrantless search incident to arrest, except in exigent circumstances.

Searches that treat a cell phone merely as a physical object continue to be permissible incident to arrest since it is the information that attracts a heightened expectation of privacy. As such, the police may usually seize a phone incident to arrest in order to preserve the evidence, but will require a warrant before they can search its contents.

In performing a search of a cell phone, whether under exigent circumstances or pursuant to a warrant, the police officers must not extend that search beyond the scope of the grounds permitting the search.

Tailoring the scope of the common law power to search incident to arrest does not adequately protect the reasonable expectations of privacy in personal digital devices. The majority's proposed modifications generate problems of impracticality, police uncertainty, and increased after-the-fact litigation. And while detailed note-taking may be desirable, it may prove to be an impractical requirement, and it is not an adequate remedy to what would be an extraordinary search power. Fundamentally, the police are not in the best position to determine whether the law enforcement objectives clearly outweigh the potentially significant intrusion on privacy in the search of a digital device, and, if they are wrong, the subsequent exclusion of the evidence will not remedy the initial privacy violation.

Here, the searches of F's phone were not justified and unreasonably infringed his privacy, in violation of s. 8 of the *Charter*. The facts of this case fall far below either standard for exigency.

The evidence which was unconstitutionally obtained should be excluded. The state conduct was not particularly objectionable, given that the police acted in good

Si la situation n'est pas urgente, les policiers peuvent habituellement obtenir assez rapidement un télémandat, et cette démarche a peu d'incidence sur l'enquête.

Ainsi, l'important intérêt qu'une personne arrêtée porte au respect de sa vie privée à l'égard de son appareil numérique personnel l'emporte sur l'intérêt qu'a l'État à effectuer une fouille sans mandat accessoire à l'arrestation.

Les fouilles au cours desquelles le téléphone cellulaire est considéré simplement comme un objet physique demeurent autorisées à titre de mesures accessoires à une arrestation puisque ce sont les données qui suscitent des attentes élevées en matière de respect de la vie privée. Ainsi, les policiers peuvent généralement saisir un téléphone accessoirement à une arrestation pour préserver des éléments de preuve, mais ils doivent obtenir un mandat avant de pouvoir fouiller le contenu de l'appareil.

Lorsqu'ils fouillent un téléphone cellulaire, que ce soit en raison de l'urgence de la situation ou conformément à un mandat, les policiers ne doivent pas élargir leurs recherches au-delà de ce que permettent les motifs justifiant la fouille.

Le fait d'adapter l'étendue du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne protège pas adéquatement les attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée à l'égard des appareils numériques personnels. Les modifications que proposent les juges majoritaires soulèvent des difficultés puisqu'elles ne seront pas pratiques, engendreront l'incertitude chez les policiers et accroîtront les contestations après le fait. Et bien que la prise de notes détaillées puisse être souhaitable, elle peut s'avérer une exigence non pratique et ne constitue pas une solution adéquate en présence d'un pouvoir extraordinaire de procéder à une fouille. Fondamentalement, les policiers ne sont pas les mieux placés pour déterminer si les objectifs d'application de la loi l'emportent clairement sur l'atteinte potentiellement importante à la vie privée que constitue la fouille d'un appareil numérique, et s'ils se trompent, l'exclusion subséquente des éléments de preuve ne remédiera pas à l'atteinte initiale à la vie privée.

En l'espèce, les fouilles du téléphone de F n'étaient pas justifiées et ont porté atteinte de manière abusive à sa vie privée, en contravention de l'art. 8 de la *Charte*. Les faits de l'espèce sont loin de satisfaire à l'une ou l'autre des normes de détermination de l'urgence de la situation.

Les éléments de preuve obtenus en violation de la Constitution devraient être écartés. La conduite de l'État n'était pas particulièrement répréhensible car les policiers

faith, and the evidence is reliable; however, the high privacy interest individuals have in their electronic devices tips the balance in favour of exclusion. Unwarranted searches undermine the public's confidence that personal communications, ideas and beliefs will be protected on their digital devices. This is particularly important given the increasing use and ubiquity of such technology. It is difficult to conceive of a sphere of privacy more intensely personal — or indeed more pervasive — than that found in an individual's personal digital device or computer. To admit evidence obtained in breach of this particularly strong privacy interest would tend to bring the administration of justice into disrepute.

avaient agi de bonne foi, et la preuve était fiable; cependant, l'intérêt élevé que les gens portent au respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs appareils électroniques fait pencher la balance en faveur de l'exclusion de la preuve. Les fouilles injustifiées minent la confiance des gens dans la protection des communications, idées et croyances personnelles se trouvant dans leurs appareils numériques. Cette considération est particulièrement importante compte tenu de l'omniprésence et de l'utilisation sans cesse croissante de ces moyens techniques. Il est difficile d'imaginer une sphère privée plus hautement personnelle — ou même plus répandue — que celle existant dans un appareil numérique ou un ordinateur personnel. Permettre l'utilisation d'une preuve obtenue en violation de cet intérêt singulièrement important en matière de respect de la vie privée serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Cases Cited

By Cromwell J.

Distinguished: *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **referred to:** *R. v. Giles*, 2007 BCSC 1147 (CanLII); *R. v. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 1059 (CanLII); *Young v. Canada*, 2010 CanLII 74003; *R. v. Howell*, 2011 NSSC 284, 313 N.S.R. (2d) 4; *R. v. Franko*, 2012 ABQB 282, 541 A.R. 23; *R. v. Cater*, 2014 NSCA 74 (CanLII); *R. v. D'Annunzio* (2010), 224 C.R.R. (2d) 221; *R. v. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288; *R. v. Hiscoe*, 2013 NSCA 48, 328 N.S.R. (2d) 381; *R. v. Mann*, 2014 BCCA 231, 310 C.C.C. (3d) 143; *R. v. Liew*, 2012 ONSC 1826 (CanLII); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *United States v. Santillan*, 571 F.Supp.2d 1093 (2008); *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. Khan*, 2013 ONSC 4587, 287 C.R.R. (2d) 192; *R. v. Rochwell*, 2012 ONSC 5594, 268 C.R.R. (2d) 283; *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473 (2014); *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Finnikin*, 2009 CanLII 82187; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215.

By Karakatsanis J. (dissenting)

R. v. Caslake, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Dymont*, [1988]

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Distinction d'avec les arrêts : *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés :** *R. c. Giles*, 2007 BCSC 1147 (CanLII); *R. c. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 1059 (CanLII); *Young c. Canada*, 2010 CanLII 74003; *R. c. Howell*, 2011 NSSC 284, 313 N.S.R. (2d) 4; *R. c. Franko*, 2012 ABQB 282, 541 A.R. 23; *R. c. Cater*, 2014 NSCA 74 (CanLII); *R. c. D'Annunzio* (2010), 224 C.R.R. (2d) 221; *R. c. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288; *R. c. Hiscoe*, 2013 NSCA 48, 328 N.S.R. (2d) 381; *R. c. Mann*, 2014 BCCA 231, 310 C.C.C. (3d) 143; *R. c. Liew*, 2012 ONSC 1826 (CanLII); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *United States c. Santillan*, 571 F.Supp.2d 1093 (2008); *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *R. c. Khan*, 2013 ONSC 4587, 287 C.R.R. (2d) 192; *R. c. Rochwell*, 2012 ONSC 5594, 268 C.R.R. (2d) 283; *Riley c. California*, 134 S. Ct. 2473 (2014); *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Finnikin*, 2009 CanLII 82187; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

R. c. Caslake, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Dymont*, [1988] 2

2 S.C.R. 417; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. White*, 2007 ONCA 318, 85 O.R. (3d) 407; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *R. v. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Kelsy*, 2011 ONCA 605, 283 O.A.C. 201; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487(1)(b), 487.11, 529.3.

Authors Cited

Austin, Lisa. “Privacy and the Question of Technology” (2003), 22 *Law & Phil.* 119.
Austin, Lisa M. “Control Yourself, or at Least Your Core Self” (2010), 30 *Bull. Sci. Tech. & Soc.* 26.
Brown, Patrick. “Searches of Cell Phones Incident to Arrest: Overview of the Law as It Stands and a New Path Forward” (2014), 27 *Harv. J.L. & Tech.* 563.
Fontana, James A. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1992.
Fontana, James A., and David Keeshan. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.
Nagel, Thomas. “Concealment and Exposure” (1998), 27 *Phil. & Publ. Aff.* 3.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Armstrong and Watt J.J.A.), 2013 ONCA 106, 114 O.R. (3d) 81, 302 O.A.C. 284, 296 C.C.C. (3d) 331, 100 C.R. (6th) 296, 277 C.R.R. (2d) 126, [2013] O.J. No. 704 (QL), 2013 CarswellOnt 1703, affirming the accused’s conviction for armed robbery and related offences. Appeal dismissed, LeBel, Abella and Karakatsanis J.J. dissenting.

R.C.S. 417; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *United States c. White*, 401 U.S. 745 (1971); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *R. c. White*, 2007 ONCA 318, 85 O.R. (3d) 407; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *R. c. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Kelsy*, 2011 ONCA 605, 283 O.A.C. 201; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487(1)(b), 487.11, 529.3.

Doctrine et autres documents cités

Austin, Lisa. « Privacy and the Question of Technology » (2003), 22 *Law & Phil.* 119.
Austin, Lisa M. « Control Yourself, or at Least Your Core Self » (2010), 30 *Bull. Sci. Tech. & Soc.* 26.
Brown, Patrick. « Searches of Cell Phones Incident to Arrest : Overview of the Law as It Stands and a New Path Forward » (2014), 27 *Harv. J.L. & Tech.* 563.
Fontana, James A. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1992.
Fontana, James A., and David Keeshan. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2010.
Nagel, Thomas. « Concealment and Exposure » (1998), 27 *Phil. & Publ. Aff.* 3.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges MacPherson, Armstrong et Watt), 2013 ONCA 106, 114 O.R. (3d) 81, 302 O.A.C. 284, 296 C.C.C. (3d) 331, 100 C.R. (6th) 296, 277 C.R.R. (2d) 126, [2013] O.J. No. 704 (QL), 2013 CarswellOnt 1703, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de vol à main armée et de différentes infractions connexes prononcée contre l’accusé. Pourvoi rejeté, les juges LeBel, Abella et Karakatsanis sont dissidents.

Sam Goldstein and Shelley Flam, for the appellant.

Randy Schwartz, for the respondent.

Kevin Wilson and W. Paul Riley, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Dominique A. Jobin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Jolaine Antonio, for the intervener the Attorney General of Alberta.

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

Gerald Chan and Nader R. Hasan, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Dane F. Bullerwell and Jeffrey W. Beedell, for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta).

Matthew Milne-Smith, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Leonard T. Doust, Q.C., and *Bronson Toy*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Written submissions only by *Susan M. Chapman, Jennifer Micallef and Kristen Allen*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The police have a common law power to search incident to a lawful arrest. Does this power permit the search of cell phones and similar devices

Sam Goldstein et Shelley Flam, pour l'appelant.

Randy Schwartz, pour l'intimée.

Kevin Wilson et W. Paul Riley, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

Dominique A. Jobin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Jolaine Antonio, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

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

Gerald Chan et Nader R. Hasan, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Dane F. Bullerwell et Jeffrey W. Beedell, pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta).

Matthew Milne-Smith, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Leonard T. Doust, c.r., et *Bronson Toy*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Argumentation écrite seulement par *Susan M. Chapman, Jennifer Micallef et Kristen Allen*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

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

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] La common law accorde aux policiers le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale. Ce pouvoir permet-il la fouille de

found on the suspect? That is the main question raised by this appeal.

[2] Canadian courts have so far not provided a consistent answer. At least four approaches have emerged. The first is to hold that the power to search incident to arrest generally includes the power to search cell phones, provided that the search is truly incidental to the arrest: *R. v. Giles*, 2007 BCSC 1147 (CanLII); *R. v. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 1059 (CanLII); *Young v. Canada*, 2010 CanLII 74003 (Nfld. Prov. Ct.); *R. v. Howell*, 2011 NSSC 284, 313 N.S.R. (2d) 4; *R. v. Franko*, 2012 ABQB 282, 541 A.R. 23; *R. v. Cater*, 2014 NSCA 74 (CanLII); *R. v. D’Annunzio* (2010), 224 C.R.R. (2d) 221 (Ont. S.C.J.). The second view is that “cursory” searches are permitted: *R. v. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288 (Ont. S.C.J.). A third is that thorough “data-dump” searches are *not* permitted incident to arrest: *R. v. Hiscoe*, 2013 NSCA 48, 328 N.S.R. (2d) 381; *R. v. Mann*, 2014 BCCA 231, 310 C.C.C. (3d) 143. Finally, it has also been held that searches of cell phones incident to arrest are not permitted except in exigent circumstances, in which a “cursory” search is permissible: *R. v. Liew*, 2012 ONSC 1826 (CanLII). These divergent results underline both the difficulty of the question and the need for a more consistent approach.

[3] In order to resolve the issue, we must strike a balance between the demands of effective law enforcement and everyone’s right to be free of unreasonable searches and seizures. In short, we must identify the point at which the “public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement”: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60.

téléphones cellulaires et d’appareils similaires trouvés sur le suspect? Telle est la question principale soulevée par le présent pourvoi.

[2] Jusqu’à maintenant, les tribunaux canadiens n’ont pas donné de réponse constante. Au moins quatre solutions ont été retenues. Selon la première, le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation comprend généralement le pouvoir de fouiller des téléphones cellulaires, pourvu que la fouille soit véritablement accessoire à l’arrestation : *R. c. Giles*, 2007 BCSC 1147 (CanLII); *R. c. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 1059 (CanLII); *Young c. Canada*, 2010 CanLII 74003 (C. prov. T.-N.); *R. c. Howell*, 2011 NSSC 284, 313 N.S.R. (2d) 4; *R. c. Franko*, 2012 ABQB 282, 541 A.R. 23; *R. c. Cater*, 2014 NSCA 74 (CanLII); *R. c. D’Annunzio* (2010), 224 C.R.R. (2d) 221 (C.S.J. Ont.). Selon la deuxième, les fouilles « sommaires » sont permises : *R. c. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288 (C.S.J. Ont.). Selon une troisième solution, les fouilles en profondeur par vidage de données *ne* sont pas permises accessoirement à l’arrestation : *R. c. Hiscoe*, 2013 NSCA 48, 328 N.S.R. (2d) 381; *R. c. Mann*, 2014 BCCA 231, 310 C.C.C. (3d) 143. Enfin, on a également estimé que les fouilles accessoires à l’arrestation à l’égard de téléphones cellulaires ne sont pas permises sauf en situation d’urgence, auquel cas une fouille « sommaire » est permise : *R. c. Liew*, 2012 ONSC 1826 (CanLII). Ces résultats divergents mettent en évidence la difficulté de la question soulevée ainsi que la nécessité d’une approche plus cohérente.

[3] Afin de résoudre la question, il nous faut établir un juste équilibre entre les exigences en matière d’application efficace de la loi et le droit de toute personne à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Bref, nous devons déterminer à quel point le « droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi » : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160.

[4] In my view, we can achieve that balance with a rule that permits searches of cell phones incident to arrest, provided that the search — both what is searched and how it is searched — is strictly incidental to the arrest and that the police keep detailed notes of what has been searched and why.

II. Overview of the Facts, Proceedings and Issues

[5] The issue on appeal concerns the admissibility at Mr. Fearon's armed robbery trial of a draft text message and two photos found by police on his cell phone. The issue arises out of the investigation of a crime that has become depressingly routine.

[6] Two men, one armed with a handgun, robbed a merchant as she loaded her car with jewellery. The robbers grabbed some bags, one of which was filled with jewellery, and fled in a black vehicle. The police became involved very shortly afterward and at that point, they reasonably believed that there was a handgun on the streets and that the robbers had taken a large quantity of readily-disposable jewellery. It was obviously important to locate the gun before it could be used again and the jewellery before it could be disposed of or hidden.

[7] The investigation quickly centred on the appellant, Kevin Fearon, and Junior Chapman. Later that same evening, police arrested both men, but had not at that point located any jewellery or the handgun. Police also quickly located the getaway vehicle and secured it, but they did not search it until a day and a half later when they had a warrant to do so.

[8] When Mr. Fearon was arrested, Sgt. Hicks conducted a pat-down search incident to the arrest. He found a cell phone in Mr. Fearon's right front pants pocket. Police searched the phone at that time and

[4] À mon sens, nous pouvons atteindre cet équilibre au moyen d'une règle qui permet les fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires, pourvu que la fouille — ce que l'on fouille et la façon de le faire — soit strictement accessoire à l'arrestation et que les policiers conservent des notes détaillées de ce qu'ils ont fouillé et des raisons pour le faire.

II. Aperçu des faits, de la procédure et des questions en litige

[5] La question soulevée en l'espèce concerne l'admissibilité en preuve, dans le cadre du procès pour vol qualifié de M. Fearon, d'un projet de message texte et de deux photos que les policiers ont trouvés dans son téléphone cellulaire. La question découle d'une enquête relative à un crime tristement courant.

[6] Deux hommes, l'un armé d'une arme de poing, ont volé une commerçante alors qu'elle déposait des bijoux dans sa voiture. Les voleurs ont attrapé des sacs, dont l'un était rempli de bijoux, et se sont enfuis dans un véhicule noir. Les policiers sont intervenus très peu de temps après et, à ce moment-là, ils croyaient raisonnablement qu'une arme était en circulation et que les voleurs avaient pris une grosse quantité de bijoux dont ils pouvaient se départir facilement. De toute évidence, il importait de trouver l'arme à feu avant qu'elle puisse être utilisée une autre fois et de récupérer les bijoux avant que les voleurs ne s'en départissent ou les cachent.

[7] L'enquête s'est rapidement centrée sur l'appelant, Kevin Fearon, et sur Junior Chapman. Plus tard dans la soirée, les policiers ont arrêté les deux hommes, mais n'avaient pas encore trouvé les bijoux ni l'arme. Les policiers ont également repéré rapidement le véhicule utilisé par les fuyards et l'ont saisi, mais l'ont fouillé seulement une journée et demie plus tard lorsqu'ils ont obtenu un mandat pour le faire.

[8] Lorsque M. Fearon a été arrêté, le sergent Hicks a effectué une fouille par palpation accessoire à l'arrestation. Il a trouvé un téléphone cellulaire dans la poche avant droite du pantalon de

again within less than two hours of the arrest. They found a draft text message referring to jewellery and opening with the words “We did it”. They also found a photo of a handgun and photos of males. Police later recovered a handgun during their search of the getaway vehicle and, at trial, the judge found that it was the handgun used in the robbery and depicted in the photo found on Mr. Fearon’s cell phone: trial judge’s oral reasons. Months later, police applied for and were granted a warrant to search the contents of the phone. No new evidence was discovered.

[9] At his trial for robbery, Mr. Fearon argued that the search of his cell phone had violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that admitting the photographs and text message into evidence would bring the administration of justice into disrepute. On a *voir dire*, the trial judge found that the search of the cell phone incident to arrest had not breached s. 8 of the *Charter* and that the photos and text message were admissible. She convicted Mr. Fearon of robbery with a firearm and related offences.

[10] The Court of Appeal unanimously dismissed Mr. Fearon’s appeal. The court affirmed the trial judge’s conclusion that the search incident to arrest had not violated Mr. Fearon’s s. 8 rights.

[11] The appeal to this Court raises two main questions:

1. Was the search incident to arrest unreasonable and therefore contrary to s. 8 of the *Charter*?
2. If so, should the evidence be excluded under s. 24(2) of the *Charter*?

M. Fearon. Les policiers ont fouillé le téléphone à ce moment-là, puis une autre fois moins de deux heures après l’arrestation. Ils ont trouvé un projet de message texte concernant des bijoux et débutant par la phrase [TRADUCTION] « On l’a fait ». Ils ont également trouvé une photo d’une arme de poing et des photos d’hommes. Plus tard, lors de la fouille du véhicule utilisé par les voleurs en fuite, les policiers ont trouvé une arme de poing et, au procès, la juge a conclu qu’il s’agissait de l’arme utilisée au cours du vol et apparaissant sur la photo trouvée dans le téléphone cellulaire de M. Fearon : motifs oraux de la juge du procès. Quelques mois plus tard, la police a demandé et obtenu un mandat l’autorisant à fouiller le contenu du téléphone. Aucun nouvel élément de preuve n’a été découvert.

[9] Au cours de son procès pour vol qualifié, M. Fearon a plaidé que la fouille de son téléphone cellulaire contrevenait à l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l’admission en preuve des photos et du message texte serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Lors d’un voir-dire, la juge du procès a conclu que la fouille accessoire à l’arrestation à l’égard du téléphone cellulaire ne contrevenait pas à l’art. 8 de la *Charte* et que les photos et le message texte étaient admissibles en preuve. Elle a déclaré M. Fearon coupable de vol qualifié perpétré avec une arme à feu et d’infractions connexes.

[10] La Cour d’appel a rejeté à l’unanimité l’appel de M. Fearon. Elle a confirmé la conclusion de la juge du procès selon laquelle la fouille accessoire à l’arrestation ne violait pas les droits que l’art. 8 de la *Charte* garantit à M. Fearon.

[11] Le pourvoi soulève deux questions principales :

1. La fouille accessoire à l’arrestation était-elle abusive et par conséquent contraire à l’art. 8 de la *Charte*?
2. Dans l’affirmative, les éléments de preuve devraient-ils être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*?

III. Analysis

A. *First Issue: The Search Incident to Arrest*

(1) The Analytical Framework

[12] A search is reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter* if it is authorized by a reasonable law and is conducted reasonably: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 10. The main question on appeal therefore concerns the proper scope of the common law power to search incident to arrest: is a cell phone search incident to arrest authorized by a reasonable law?

[13] This question about the scope of the power to search incident to arrest cannot be answered in too categorical a fashion. As Lamer C.J. explained in *Caslake*, the permissible scope of a search incident to arrest turns on several different aspects of the search including the nature of items seized, the place of search and the time of search in relation to the time of arrest: paras. 15-16. Each of these aspects may engage distinct considerations that cannot be addressed in very general terms. Moreover, arrests relate to many different crimes and are made in many different circumstances. It follows that the permissible scope of searches incident to arrest will be affected by the particular circumstances of the particular arrest. The courts will rarely be able to establish any categorical limit applicable to all arrests and all purposes incidental to them.

[14] There is no question that there is a common law police power to search incident to arrest. The question here — and it is a novel one for this Court — relates to whether this power permits the particular cell phone searches in issue here. To determine the precise scope of this common law power,

III. Analyse

A. *Première question : la fouille accessoire à l'arrestation*

(1) Le cadre analytique

[12] Une fouille n'est pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* si elle est autorisée par une règle de droit qui n'est pas abusive et si elle n'est pas effectuée d'une manière abusive : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10. En conséquence, la question principale soulevée en l'espèce concerne la juste étendue du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation : la fouille accessoire à l'arrestation à l'égard d'un téléphone cellulaire est-elle autorisée par une règle de droit qui n'est pas abusive?

[13] On ne saurait répondre d'une façon trop catégorique à cette question relative à l'étendue du pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. Comme le juge en chef Lamer l'a expliqué dans l'arrêt *Caslake*, l'étendue acceptable d'une fouille accessoire à l'arrestation dépend de plusieurs aspects différents de la fouille, notamment la nature des objets saisis, le lieu où la fouille est effectuée et le délai qui s'écoule entre la fouille et l'arrestation : par. 15-16. Chacun de ces aspects peut soulever des considérations distinctes qui ne peuvent être exprimées en termes très généraux. De plus, on procède à des arrestations pour de nombreux crimes différents et elles sont effectuées dans bien des circonstances différentes. Il s'ensuit que les circonstances particulières de l'arrestation précise auront une incidence sur l'étendue acceptable des fouilles accessoires à l'arrestation. Les tribunaux seront rarement en mesure de fixer une limite définitive applicable à toutes les arrestations et à tous les objectifs accessoires à celles-ci.

[14] Il ne fait aucun doute que la common law accorde aux policiers le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. La question — nouvelle pour la Cour — est de savoir en l'espèce si ce pouvoir permet les fouilles du téléphone cellulaire en cause. Pour définir l'étendue précise de

the Court must weigh the competing interests involved, particularly whether the search “is reasonable in light of the public purposes served by effective control of criminal acts on the one hand and on the other respect for the liberty and fundamental dignity of individuals”: *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at pp. 181-82; *Caslake*, at para. 17. The Court’s task is “to delineate the scope of the common law power . . . in a way that is consistent with the *Charter* right to be protected against unreasonable search and seizure”: *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 87.

[15] This task may be approached in more than one way. I approach it by considering first whether the search falls within the existing general framework of the common law power to search incident to arrest. Having decided that it does, I go on to ask whether that framework must be modified so that the common law search power complies with s. 8 of the *Charter* in light of the particular law enforcement and privacy interests at stake in this context. The Court followed this analytical approach in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, and *Golden*, two important cases which considered whether searches incident to arrest were *Charter* compliant, and it serves equally well in this case. My conclusion is that some modification of the existing common law framework is necessary.

(2) The Common Law Police Power to Search Incident to Arrest

[16] Although the common law power to search incident to arrest is deeply rooted in our law, it is an extraordinary power in two respects. The power to search incident to arrest not only permits searches without a warrant, but does so in circumstances in which the grounds to obtain a warrant do not exist. The cases teach us that the power to search incident to arrest is a focussed power given to the police so that they can pursue their investigations promptly upon making an arrest. The power must be exercised in the pursuit of a valid purpose related to the proper administration of justice. The central guiding

ce pouvoir de common law, la Cour doit évaluer les intérêts opposés en cause et se demander notamment si la fouille « est raisonnable, compte tenu des intérêts d’ordre public servis par, d’un côté, la répression efficace des agissements criminels, et de l’autre, le respect de la liberté et de la dignité fondamentale des individus » : *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 181-182; *Caslake*, par. 17. Il revient à la Cour « de délimiter l’étendue du pouvoir de common law [. . .] sans porter atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par la *Charte* » : *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 87.

[15] Il y a plusieurs façons d’aborder cette tâche. Pour ma part, j’examine d’abord si la fouille entre dans le cadre général actuel du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation. Ayant conclu par l’affirmative, je poursuis en me demandant si ce cadre doit être modifié de sorte que le pouvoir de common law de procéder à une fouille soit conforme à l’art. 8 de la *Charte* eu égard à l’application de la loi et aux droits en matière de vie privée en jeu dans ce contexte. La Cour a suivi cette méthode d’analyse dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, et *Golden*, deux arrêts importants où il s’agissait de savoir si les fouilles accessoires à l’arrestation étaient conformes à la *Charte*, et cette méthode s’applique tout aussi bien en l’espèce. Je conclus qu’il est nécessaire de modifier dans une certaine mesure le cadre actuel de la common law.

(2) Le pouvoir que la common law accorde aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation

[16] Bien que le pouvoir reconnu par la common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation soit profondément enraciné dans notre droit, il s’agit d’un pouvoir extraordinaire à deux égards. Ce pouvoir permet non seulement les fouilles sans mandat, mais les permet dans des circonstances où il n’existe aucun motif pour obtenir un mandat. La jurisprudence nous enseigne que le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation est un pouvoir précis conféré aux policiers afin qu’ils puissent poursuivre leurs enquêtes rapidement dès qu’ils procèdent à une arrestation. Le pouvoir doit

principle is that the search must be, as the case law puts it, truly incidental to the arrest.

[17] The Court affirmed the common law power of the police to search incident to arrest in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. La Forest J., for the Court, noted that the search incident to arrest power exists because of the need “to arm the police with adequate and reasonable powers for the investigation of crime” and that “[p]romptitude and facility in the identification and the discovery of indicia of guilt or innocence are of great importance in criminal investigations”: p. 404; see also *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1146. Thus, the need for the police to be able to promptly pursue their investigation upon making a lawful arrest is an important consideration underlying the power to search incident to arrest.

[18] The power was further affirmed and explained in *Cloutier*, at pp. 180-81, where L’Heureux-Dubé J. summed up Canadian common law to that point:

... it seems beyond question that the common law as recognized and developed in Canada holds that the police have a power to search a lawfully arrested person and to seize anything in his or her possession or immediate surroundings to guarantee the safety of the police and the accused, prevent the prisoner’s escape or provide evidence against him.

[19] The Court held, in *Cloutier*, that a “‘frisk’ search incidental to a lawful arrest reconciles the public’s interest in the effective and safe enforcement of the law . . . and . . . its interest in ensuring the freedom and dignity of individuals”: p. 185. The search “must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice, such as the discovery of an object that may be a threat to the safety of the police, the accused or the public, or that may facilitate escape or act as evidence against the accused”, and it “must not be conducted in an abusive fashion”: p. 186.

être exercé dans la poursuite d’un objectif valable lié à la bonne administration de la justice. Selon le principe directeur principal, la fouille doit, comme l’indique la jurisprudence, être véritablement accessoire à l’arrestation.

[17] Dans l’arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, la Cour a confirmé le pouvoir que la common law accorde aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation. S’exprimant au nom de la Cour, le juge La Forest a souligné que le pouvoir d’effectuer une fouille accessoire à l’arrestation existe parce qu’il faut « doter la force policière de moyens adéquats et raisonnables d’investigation du crime » et que « [l]a rapidité et la facilité de l’identification et de la découverte d’indices de culpabilité ou d’innocence ont une grande importance dans les enquêtes criminelles » : p. 404; voir également *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, p. 1146. Ainsi, le besoin des policiers de pouvoir poursuivre leur enquête rapidement après une arrestation légale est un facteur important sous-jacent au pouvoir d’effectuer une fouille accessoire à l’arrestation.

[18] Le pouvoir a été confirmé et expliqué dans l’arrêt *Cloutier*, p. 180-181, où la juge L’Heureux-Dubé a résumé comme suit la common law canadienne sur ce point :

... il me semble indubitable que la common law telle qu’elle a été reçue et a évolué au Canada reconnaît aux policiers le pouvoir de fouiller la personne légalement mise en état d’arrestation et de saisir les objets en sa possession ou dans son entourage immédiat dans le but d’assurer la sécurité des policiers et du prévenu, d’empêcher l’évasion du prisonnier ou encore de constituer une preuve contre ce dernier.

[19] Dans l’arrêt *Cloutier*, la Cour a conclu qu’une « fouille “sommaire” accessoire à une arrestation légale concilie [l’intérêt public dans l’application efficace et sécuritaire de la loi et l’intérêt public d’assurer le respect de la liberté et de la dignité des individus] » : p. 185. La fouille « doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, telle la découverte d’un objet pouvant menacer la sécurité des policiers, du prévenu ou du public, faciliter l’évasion ou constituer une preuve contre le prévenu », et « ne doit pas être effectuée de façon abusive » : p. 186.

[20] The Court next considered search incident to arrest in *Stillman*, at paras. 27-50, a case that considered whether taking teeth impressions, hair samples and buccal swabs from a suspect after his lawful arrest for murder fell within the scope of the power to search incident to arrest. The Court affirmed that, in order for a search incident to arrest to be lawful, the arrest itself must be lawful, the search must be an incident of that arrest, and the manner in which it is conducted must be reasonable: para. 27. Turning to the specific issue of whether the common law power of search incident to arrest extends to the seizure of bodily substances, the Court ruled that it did not. Seizure of bodily substances “invades an area of personal privacy essential to the maintenance of . . . human dignity” and is “much more serious” than an intrusion into the suspect’s office or home: at para. 42, quoting with approval *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 432; see also *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, at p. 949. Seizing bodily samples gives rise to “completely different concerns” because of the impact on a person’s bodily integrity, which may be “the ultimate affront to human dignity”: para. 39. Moreover, there is no need for prompt access to the information: there is no danger of the bodily samples disappearing, or that the suspect’s teeth impressions or DNA will change with the passage of time: para. 49.

[21] That brings me to the leading case from this Court, *Caslake*. The case concerned an inventory search of a suspect’s vehicle six hours after he was arrested for possession of narcotics. The Court concluded that the search did not fall within the scope of lawful search incident to arrest. Lamer C.J. articulated the justification of the common law power as being the need for law enforcement authorities to gain control of things or information, a need which outweighs the individual’s interest in privacy: para. 17. Whether the search is justified depends on whether the search is truly incidental to the arrest: para. 17. This means that the police must

[20] La Cour a ensuite examiné la fouille accessoire à l’arrestation aux par. 27-50 de l’arrêt *Stillman*, dans lequel elle s’est demandé si l’obtention d’empreintes dentaires, d’échantillons de cheveux et de poils, et de prélèvements dans la bouche de l’accusé après son arrestation légale pour meurtre est conforme au pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation. La Cour a affirmé que, pour qu’une fouille accessoire à l’arrestation soit légale, l’arrestation elle-même doit être légale, et la fouille doit avoir été effectuée accessoirement à l’arrestation et de manière raisonnable : par. 27. À la question précise de savoir si le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation va jusqu’à permettre la saisie de substances corporelles, la Cour a répondu par la négative. La saisie de substances corporelles d’une personne « constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine » et est « beaucoup plus grave » qu’une intrusion dans le bureau ou le domicile du suspect : par. 42, citant et approuvant l’arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 432; voir également *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, p. 949. La saisie de substances corporelles suscite des « préoccupations tout à fait différentes » en raison des conséquences sur l’intégrité physique de la personne, lesquelles peuvent constituer « l’atteinte la plus grave à la dignité humaine » : par. 39. En outre, il n’est pas nécessaire d’avoir accès aux renseignements rapidement : les échantillons de substances corporelles ne risquent pas de disparaître et il n’y a aucune chance que les empreintes dentaires ou l’ADN du suspect changent avec le temps : par. 49.

[21] Ceci m’amène à examiner l’arrêt de principe de notre Cour dans l’affaire *Caslake*. Il s’agissait dans cette affaire d’une fouille effectuée à des fins d’inventaire de l’automobile du suspect subséquemment à son arrestation six heures plus tôt pour possession de stupéfiants. La Cour a conclu que la fouille n’était pas conforme au pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation. Le juge en chef Lamer a indiqué que la raison d’être du pouvoir de common law était le besoin des autorités chargées d’appliquer la loi de mettre la main sur des objets ou des renseignements, besoin qui l’emporte sur le droit à la vie privée de la personne en

be attempting to achieve some valid purpose connected to the arrest. That turns on what they were looking for and why. The police must have one of the purposes for a valid search incident to arrest in mind when the search is conducted, and the officer conducting the search must reasonably believe that this purpose may be served by the search.

[22] This is not a standard of reasonable and probable grounds, but simply a requirement that there be some reasonable basis for doing what the police did. For example, if the purpose of the search is to find evidence, there must be some reasonable prospect of finding evidence of the offence for which the accused is being arrested: *Caslake*, at paras. 19-24. Lamer C.J. summarized the law as follows:

If the law on which the Crown is relying for authorization is the common law doctrine of search incident to arrest, then the limits of this doctrine must be respected. The most important of these limits is that the search must be truly incidental to the arrest. This means that the police must be able to explain, within the purposes articulated in *Cloutier*, *supra* (protecting the police, protecting the evidence, discovering evidence), or by reference to some other valid purpose, why they searched. They do not need reasonable and probable grounds. However, they must have had some reason related to the arrest for conducting the search at the time the search was carried out, and that reason must be objectively reasonable. Delay and distance do not automatically preclude a search from being incidental to arrest, but they may cause the court to draw a negative inference. However, that inference may be rebutted by a proper explanation. [Emphasis added; para. 25.]

[23] The Court next considered search incident to arrest in *Golden*. The question before the Court was whether the common law power to search incident to arrest includes the power to strip search (i.e. a search involving “the removal or rearrangement of some or all of the clothing of a person so as to permit a visual inspection of a person’s private areas,

cause : par. 17. La justification de la fouille repose sur la question de savoir si elle est véritablement accessoire à l’arrestation : par. 17. Cela signifie que les policiers doivent tenter de réaliser un objectif valable lié à l’arrestation. Cet objectif dépend de ce qu’ils cherchent et des raisons pour lesquelles ils le font. Les policiers doivent avoir à l’esprit l’un des objectifs d’une fouille valide effectuée accessoirement à l’arrestation lorsqu’ils procèdent à la fouille, et le policier qui procède à la fouille doit raisonnablement croire que celle-ci permettra de réaliser cet objectif.

[22] Il ne s’agit pas d’une norme de motifs raisonnables et probables. Il doit simplement exister un motif raisonnable de faire ce que les policiers ont fait. Par exemple, si l’objectif de la fouille est de trouver des éléments de preuve, il doit y avoir des chances raisonnables de trouver des éléments de preuve de l’infraction pour laquelle l’accusé est arrêté : *Caslake*, par. 19-24. Le juge en chef Lamer a résumé le droit comme suit :

Si la loi que le ministère public invoque est la règle de common law de la fouille accessoire à une arrestation, il lui faut alors respecter les conditions de cette règle. La plus importante de ces conditions est que la fouille soit vraiment accessoire à l’arrestation. Cela signifie que les policiers doivent pouvoir expliquer, en fonction des objectifs exposés dans *Cloutier*, précité (protection des policiers et de la preuve, et découverte d’éléments de preuve), ou de tout autre objectif valable, pourquoi ils ont procédé à une fouille. Ils n’ont pas besoin de motifs raisonnables et probables. Cependant, ils devaient avoir un motif lié à l’arrestation pour procéder à la fouille au moment où ils l’ont effectuée, et ce motif doit être objectivement raisonnable. Les questions du délai et de la distance n’empêchent pas automatiquement une fouille d’être accessoire à une arrestation, mais elles peuvent amener la cour à tirer une conclusion défavorable. Cependant, cette conclusion peut être réfutée au moyen d’une explication appropriée. [Je souligne; par. 25.]

[23] La Cour a ensuite examiné la fouille accessoire à l’arrestation dans l’arrêt *Golden*. La question dont était saisie la Cour était de savoir si le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation comprend le pouvoir de procéder à une fouille à nu (c.-à-d. une fouille comportant l’« action d’enlever ou de déplacer en

namely genitals, buttocks, breasts (in the case of a female), or undergarments”: para. 47). The Court concluded that, because of the intrusive nature of a strip search, as compared with the frisk search in issue in *Cloutier*, a higher degree of justification was required. A serious infringement of privacy and personal dignity was “an inevitable consequence of a strip search”: para. 99 (emphasis added). In addition, the Court noted that strip searches are rarely required to be done promptly given the low risk of disposal or loss of the evidence: para. 93.

[24] For these reasons, strip searches will only be reasonable when they are conducted in a reasonable manner “as an incident to a lawful arrest for the purpose of discovering weapons in the detainee’s possession or evidence related to the reason for the arrest” and the police “have reasonable and probable grounds for concluding that a strip search is necessary in the particular circumstances of the arrest”: *Golden*, at paras. 98-99.

[25] I turn finally to *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851. One of the issues was whether the search of a vehicle some two hours after the driver’s arrest for possession of the proceeds of crime was lawful. The Court unanimously upheld the legality of the search as being incidental to the accused’s lawful arrest. Binnie J. reiterated the important point made in *Caslake* and *Golden* that a search is properly incidental to arrest when “the police attempt to ‘achieve some valid purpose connected to the arrest’ including ‘ensuring the safety of the police and the public, the protection of evidence from destruction at the hands of the arrestee or others, and the discovery of evidence . . .’”: para. 49 (emphasis deleted), quoting *Caslake*, at para. 19. As Binnie J. put it, “[t]he important consideration is the link between the location and purpose of the search and the grounds for the arrest”: para. 49. He repeated the propositions, settled in other cases, that, first, reasonable and probable grounds are not

totalité ou en partie les vêtements d’une personne afin de permettre l’inspection visuelle de ses parties intimes, à savoir ses organes génitaux externes, ses fesses, ses seins (dans le cas d’une femme) ou ses sous-vêtements » : para. 47). La Cour a conclu qu’en raison de la nature attentatoire d’une fouille à nu, comparativement à la fouille sommaire en cause dans l’arrêt *Cloutier*, celle-ci commande un degré de justification plus élevé. Selon la Cour, une atteinte grave à la vie privée et à la dignité de la personne « découle inévitablement d’une fouille à nu » : para. 99 (je souligne). De plus, la Cour a indiqué que les fouilles à nu doivent rarement être effectuées rapidement compte tenu du faible risque de disparition ou de perte des éléments de preuve : para. 93.

[24] Pour ces motifs, les fouilles à nu ne seront pas abusives uniquement si elles sont effectuées d’une manière non abusive, si elles sont « accessoire[s] à une arrestation légale afin de découvrir des armes que la personne détenue a en sa possession ou des éléments de preuve liés au motif de l’arrestation » et si les policiers « [ont] des motifs raisonnables de conclure qu’une fouille à nu [est] nécessaire dans les circonstances particulières de l’arrestation » : *Golden*, par. 98-99.

[25] J’examine enfin l’arrêt *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851. Il y était notamment question de la légalité d’une fouille d’un véhicule effectuée environ deux heures après l’arrestation du conducteur pour possession de produits de la criminalité. La Cour a confirmé à l’unanimité la légalité de la fouille qui était accessoire à l’arrestation légale de l’accusé. Le juge Binnie a réitéré l’affirmation importante formulée dans les arrêts *Caslake* et *Golden* selon laquelle une fouille est véritablement accessoire à l’arrestation lorsque « la police tente de “réaliser un objectif valable lié à l’arrestation”, et notamment “d’assurer la sécurité des policiers et du public, d’empêcher la destruction d’éléments de preuve par la personne arrêtée ou d’autres personnes, et de découvrir des éléments de preuve . . .” » : para. 49 (soulignement omis), citant l’arrêt *Caslake*, par. 19. Comme l’indique le juge Binnie, « [c]e qui importe, c’est le lien entre le lieu et l’objet de la fouille et les motifs de

required, and second, the basis of the warrantless search is not exigent circumstances, but connection or relatedness to the crime for which the suspect has been arrested: paras. 51-52.

[26] In light of this review, I turn to the two analytical steps. The first is whether the search here falls within the general common law parameters for searches incident to arrest. If it does, the second issue is whether, having regard to the appropriate balance between the need for effective law enforcement and the suspect's privacy interests, some further restrictions must be imposed and if so, what they should be.

(3) Were the Searches Truly Incidental to a Lawful Arrest?

[27] The common law framework requires that a search incident to arrest must be founded on a lawful arrest, be truly incidental to that arrest and be conducted reasonably. In my view, the initial searches of the cell phone in this case satisfied these requirements.

[28] Mr. Fearon was lawfully arrested for robbery, and that satisfies the first requirement.

[29] There is no serious suggestion in this Court that the cell phone searches that led police to the text message and the photo of the handgun were other than truly incidental to the arrest, or, in other words that they were not conducted in pursuit of a "valid purpose connected to the arrest", as required by *Caslake*, at para. 19. To understand why, we need at this point to review the facts in more detail.

l'arrestation » : par. 49. Le juge Binnie a répété les observations, faites dans d'autres arrêts, à savoir que, premièrement, il n'est pas nécessaire d'avoir des motifs raisonnables et probables, et deuxièmement, la fouille sans mandat n'est pas fondée sur une situation d'urgence, mais sur l'existence d'un lien ou d'un rapport avec l'infraction pour laquelle le suspect a été arrêté : par. 51-52.

[26] À la lumière de cet examen, j'aborde les deux volets de l'analyse. Le premier consiste à déterminer si la fouille en l'espèce est conforme aux paramètres généraux de la common law relatifs aux fouilles accessoires à l'arrestation. Dans l'affirmative, le deuxième volet consiste à déterminer si, eu égard au juste équilibre entre la nécessité d'appliquer efficacement la loi et les droits du suspect au respect de sa vie privée, d'autres restrictions doivent être imposées et, le cas échéant, ce que devraient être ces restrictions.

(3) Les fouilles étaient-elles véritablement accessoires à une arrestation légale?

[27] Le cadre prévu par la common law exige qu'une fouille accessoire à l'arrestation soit fondée sur une arrestation légale, qu'elle soit véritablement accessoire à cette arrestation et qu'elle ne soit pas abusive. À mon sens, les fouilles initiales du téléphone cellulaire en l'espèce satisfont à ces exigences.

[28] Monsieur Fearon a été légalement arrêté pour vol qualifié, et cela satisfait à la première exigence.

[29] Nul n'a vraiment prétendu devant nous que les fouilles du téléphone cellulaire ayant conduit les policiers au message texte et à la photo de l'arme n'étaient pas véritablement accessoires à l'arrestation, ou, autrement dit, qu'elles n'ont pas été effectuées dans la poursuite d'un « objectif valable lié à l'arrestation », comme l'exige l'arrêt *Caslake*, par. 19. Pour mieux comprendre cette affirmation, il convient à ce stade-ci d'examiner les faits plus en détail.

[30] Recall that, upon his arrest, Mr. Fearon was subjected to a pat-down search that led the police to seize a cell phone found in his pants pocket. Mr. Fearon does not complain about this search or the seizure of the phone resulting from it. Sgt. Hicks, the officer conducting the pat-down search, had “a look through the phone”: trial judge’s ruling on cell phone search, 2010 ONCJ 645 (CanLII) (the “Ruling”), at para. 20. Sergeant Hicks “explained that he manipulated the keypad to the extent that he entered into different modes to access text messages and photographs on the phone”: para. 22. He did not remember specifics, but believed that he saw photos of males and a photo of a gun. This occurred between the time of arrest at 9:15 p.m. and the time Mr. Fearon was placed in the police van at 9:24 p.m. Sergeant Hicks kept custody of the phone. Shortly before 10:50 p.m., Sgt. Hicks showed the phone to the investigating detectives, Det. Const. Abdel-Malik and Det. Nicol at the police station. He testified that he pointed them to the photos as well as a text message. The message, apparently unsent, read: “We did it were the jewelry at nigga burrrrrrrrrrr”: Ruling, at para. 24. Detective Constable Abdel-Malik understood this to mean “We did it” and to ask where the jewellery was. Detective Constable Abel-Malik testified that he looked at the phone “a little bit more” for about two minutes to see if the text message had been sent.

[31] Sergeant Hicks and the two detectives inspected the contents of the phone “a few times” throughout the early morning following the arrest as the unfolding investigation led them to think that there could be more relevant information on it. Detective Constable Abdel-Malik “looked into the phone . . . after learning that there was a third suspect who went by the name of ‘Swipes’ and that his contact number should be in the cell phone”: Ruling, at para. 25. Officers checked “some of the phone

[30] Rappelons-nous que lorsqu’il a été arrêté, M. Fearon a été soumis à une fouille par palpation ayant mené les policiers à saisir un téléphone cellulaire trouvé dans la poche de son pantalon. Monsieur Fearon ne conteste pas cette fouille ni la saisie de son téléphone découlant de cette fouille. Le sergent Hicks, le policier ayant effectué la fouille par palpation, a [TRADUCTION] « examiné le contenu du téléphone » : jugement de la juge du procès relatif à la fouille du téléphone, 2010 ONCJ 645 (CanLII) (« décision »), par. 20. Il a « expliqué avoir manipulé le clavier de sorte qu’il a lancé différentes applications pour accéder aux messages texte et aux photos se trouvant dans le téléphone » : par. 22. Il ne se souvenait pas des détails précis, mais croyait avoir vu des photos d’hommes et une photo d’une arme à feu. Cette fouille a été effectuée entre le moment de l’arrestation à 21 h 15 et le moment où M. Fearon est monté dans la fourgonnette de police à 21 h 24. Le sergent Hicks a conservé le téléphone. Peu avant 22 h 50, au poste de police, le sergent Hicks a montré le téléphone aux détectives chargés de l’enquête, le gendarme-détective Abdel-Malik et le détective Nicol. Il a affirmé leur avoir montré les photos ainsi que le message texte. Le message, qui n’a apparemment pas été envoyé, était rédigé comme suit : « *We did it were the jewelry at nigga burrrrrrrrrrr* » ([TRADUCTION APPROXIMATIVE] « On l’a fait, où sont les bijoux, nègre burrrrrrrrrrr ») : décision, par. 24. Le gendarme-détective Abdel-Malik a compris que le message signifiait « On l’a fait » et que l’expéditeur demandait où se trouvaient les bijoux. Le gendarme-détective Abel-Malik a témoigné qu’il a regardé le contenu du téléphone [TRADUCTION] « un peu plus » pendant environ deux minutes pour voir si le message texte avait été envoyé.

[31] Le sergent Hicks et les deux détectives ont inspecté le contenu du téléphone [TRADUCTION] « quelques fois » au petit matin après l’arrestation puisque l’enquête en cours leur avait laissé croire qu’il pouvait contenir plus de renseignements pertinents. Le gendarme-détective Abdel-Malik a « regardé le contenu du téléphone [. . .] après avoir appris qu’il y avait un troisième suspect connu sous le nom de “Swipes” et que son numéro devait se trouver dans le téléphone cellulaire » : décision,

numbers called by Mr. Fearon to see if they led to possible associates including the then unidentified ‘Swipes’’: *ibid.* Sometime after 3:51 a.m., Det. Const. Abdel-Malik got information that ‘Swipes’ telephone number would be in Mr. Fearon’s phone. He confirmed, however, that the main key components of what they required were the picture of the handgun and the words of the text message.

[32] The police eventually obtained a warrant to search the black vehicle that they had seized and secured shortly after the robbery. That search took place in the early morning hours of the second day following the robbery. The search revealed a loaded Smith & Wesson silver semi-automatic handgun which the trial judge found was the same gun shown in the cell phone picture. The police also obtained a warrant some months later to search and download the contents of the cell phone. The trial judge noted that there was no dispute that the photographs and text message originally viewed by Sgt. Hicks were the same items obtained as a result of the search warrants and sought to be admitted.

[33] In my view, the searches of the cell phone that lead to the discovery of the text message and the photos that the Crown introduced as evidence at trial were truly incidental to the arrest. It is clear from the record and the trial judge’s findings that the search was directed at public safety (locating the handgun), avoiding the loss of evidence (the stolen jewellery) and obtaining evidence of the crime (information linking Mr. Fearon to the robbery and locating potential accomplices).

[34] At trial, Mr. Fearon submitted that Sgt. Hicks did not have grounds to believe subjectively or reasonably that the cell phone could afford evidence prior to looking into its contents. However, the trial judge rejected this contention and found that Sgt. Hicks reasonably believed that the cell phone

par. 25. Les policiers ont vérifié « quelques-uns des numéros de téléphone qu’avait composés M. Fearon pour voir s’ils pouvaient mener à d’éventuels associés, y compris la personne alors non identifiée appelée “Swipes” » : *ibid.* Peu après 3 h 51, le gendarme-détective Abdel-Malik a reçu des informations indiquant que le numéro de téléphone de « Swipes » se trouverait dans le téléphone de M. Fearon. Il a toutefois confirmé que les éléments clés dont ils avaient besoin étaient la photo de l’arme et le contenu du message texte.

[32] Les policiers ont éventuellement obtenu un mandat pour fouiller le véhicule noir qu’ils avaient saisi et mis en sécurité peu de temps après le vol. Cette fouille a eu lieu au petit matin du deuxième jour suivant le vol. Les policiers ont trouvé une arme semi-automatique chargée, de marque Smith & Wesson, de couleur argent. La juge du procès a conclu qu’il s’agissait de la même arme que celle figurant sur la photo trouvée dans le téléphone cellulaire. Les policiers ont également obtenu un mandat quelques mois plus tard afin de fouiller et de télécharger le contenu du téléphone cellulaire. Comme l’a signalé la juge du procès, nul n’a contesté que les photos et le message texte qu’a vus le sergent Hicks initialement étaient les mêmes éléments que ceux obtenus conformément aux mandats et que l’on a cherché à faire admettre en preuve.

[33] À mon sens, les fouilles du téléphone cellulaire ayant mené à la découverte du message texte et des photos que le ministère public a présentés en preuve au procès étaient véritablement accessoires à l’arrestation. Il ressort clairement du dossier et des conclusions de la juge du procès que la fouille visait à assurer la sécurité publique (repérer l’arme), à empêcher la perte d’éléments de preuve (les bijoux volés) et à obtenir des éléments de preuve du crime (permettant de faire le lien entre M. Fearon et le vol et de repérer d’éventuels complices).

[34] Au procès, M. Fearon a plaidé que le sergent Hicks n’avait aucune raison de croire de façon subjective ou raisonnable que le téléphone cellulaire pouvait contenir des éléments de preuve avant de regarder son contenu. Toutefois, la juge du procès a rejeté cet argument et a conclu que le sergent

might contain evidence of the robbery for which Mr. Fearon had been arrested. She found:

. . . Sgt. Hicks was justified in his belief that the cell phone may contain evidence relevant to the armed robbery for which Mr. Fearon was being arrested. . . . By the time he received direction to arrest Mr. Fearon for armed robbery at 9:15 p.m. he also knew: (1) that more than one perpetrator committed the robbery; (2) approximately three hours had elapsed since the robbery; and (3) there was a gun or imitation gun involved in the robbery.

In these circumstances, I find that there was a reasonable prospect of securing evidence of the offence for which the accused was being arrested in searching the contents of the cell phone. In particular, it was reasonable for Sgt. Hicks to believe that the arrestee, Mr. Fearon, may have had communication through the cell phone before, during or after the robbery with other perpetrators or with third parties. [Ruling, at paras. 43-44]

[35] The trial judge's conclusion on this point is not challenged and it is amply supported by the evidence.

[36] Detective Constable Abdel-Malik testified that it was important to the investigation to know if the text message had been sent to someone. The message suggested that the intended recipient knew where the jewellery was. It was an important goal of the investigation to recover the stolen property, which was easy to dispose of or to hide. Thus, finding someone who knew where it was would be important and needed to be done promptly. Detective Constable Abdel-Malik also testified that information likely to be on the cell phone such as telephone numbers related to names, calendar dates, text messages and photographs would be helpful to the investigation.

[37] Defence counsel at trial put to Det. Const. Abdel-Malik that he could have obtained a search warrant for the cell phone as soon as Sgt. Hicks told him about the information he had seen on the

Hicks croyait raisonnablement que le téléphone cellulaire pourrait contenir des éléments de preuve du vol qualifié pour lequel M. Fearon avait été arrêté. Elle a conclu comme suit :

[TRADUCTION] . . . le sergent Hicks avait raison de croire que le téléphone cellulaire pouvait contenir des éléments de preuve se rapportant au vol à main armée pour lequel M. Fearon a été arrêté. [. . .] Au moment où il a reçu la directive d'arrêter M. Fearon pour vol à main armée à 21 h 15, il savait également : (1) que plus d'un auteur avait commis le vol qualifié; (2) qu'environ trois heures s'étaient écoulées depuis le vol; et (3) que le vol qualifié avait été commis avec une arme à feu ou une imitation d'une arme à feu.

Dans ces circonstances, j'estime qu'en fouillant le contenu du téléphone cellulaire, il y avait une chance raisonnable de mettre en sécurité des éléments de preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté. En particulier, le sergent Hicks pouvait raisonnablement croire que la personne arrêtée, M. Fearon, aurait pu avant, pendant ou après le vol qualifié, communiquer avec d'autres auteurs ou des tiers au moyen du téléphone cellulaire. [décision, par. 43-44]

[35] La conclusion de la juge du procès sur cette question n'est pas contestée et est amplement étayée par la preuve.

[36] Le gendarme-détective Abdel-Malik a témoigné qu'il était important pour le déroulement de l'enquête de savoir si le message texte avait été envoyé à quelqu'un. Le message laissait entendre que le destinataire savait où se trouvaient les bijoux. Un des principaux buts de l'enquête consistait à récupérer les biens volés, que les voleurs pouvaient facilement cacher ou faire disparaître. Ainsi, il était important de trouver rapidement quelqu'un qui savait où ils se trouvaient. Le gendarme-détective Abdel-Malik a également déclaré que les renseignements susceptibles de se trouver dans le téléphone cellulaire, comme des numéros de téléphone liés à des noms, des dates, des messages texte et des photos, seraient utiles pour l'enquête.

[37] Au procès, l'avocat de la défense a indiqué au gendarme-détective Abdel-Malik qu'il aurait pu obtenir un mandat de perquisition pour fouiller le téléphone cellulaire dès que le sergent Hicks

phone in his initial look at it. Detective Constable Abdel-Malik rejected this contention. He emphasized that they faced a situation in which they believed there was a handgun on the street and stolen property unaccounted for and the information on the cell phone could help them locate both promptly:

I mean, we've got an outstanding gun, an outstanding property and now we know that this cell phone could have information that's going to lead us to this property and to this gun. So since it was definitely relevant to the investigation and as it unfolded, it--it was relevant, I think at that time the--right thing to do was to look through the phone and see if it would assist us with the investigation

[38] Detective Nicol's evidence was also clear and detailed about the link between the arrest and the search of the cell phone. He referred to the need to look through the cell phone to see if there was any contact information that could lead the police to the identity of the as-yet-unidentified suspect, the jewellery, or the firearm. He was asked to explain how looking through the cell phone could help expedite finding the gun and the jewellery. His answer is instructive:

Well, based on any text messages sent between them and a party assisting them in hiding or moving stolen property, that would be something I'd want to know right away so I could attempt to recover that evidence. If there was other messages indicating locations and--and where they went after the robbery, that would be something I'd want to know because those are places I'd want to investigate to see if there was evidence being jewellery or firearms, clothing worn by the suspects, anything left behind at those addresses would be places that we'd have to attend. You know, based on my experience, people take photographs of things they steal, places that they go, targets of their offences. There--there's a number of--of things that people contain on phones and I hoped that any of those items might be on that phone that we can act on and subsequently locate evidence. [Emphasis added.]

lui a parlé des renseignements qu'il avait trouvés dans le téléphone lorsqu'il y a regardé pour la première fois. Le gendarme-détective Abdel-Malik a rejeté cette affirmation. Il a insisté sur le fait qu'ils croyaient qu'une arme était en circulation, que des biens volés avaient disparu, et que l'information contenue dans le téléphone cellulaire pouvait les aider à les repérer rapidement :

[TRADUCTION] Une arme à feu et des biens étaient en circulation, et maintenant nous savons que ce téléphone cellulaire pouvait contenir des renseignements qui allaient nous mener à ces biens et à cette arme. Alors il présentait clairement un intérêt pour l'enquête, et comme l'enquête l'a démontré, il--il était pertinent; je pense qu'à ce moment-là, la--meilleure chose à faire était de regarder le contenu du téléphone et de voir s'il pouvait nous être utile pour l'enquête . . .

[38] Le témoignage du détective Nicol concernant le lien entre l'arrestation et la fouille du téléphone cellulaire était également clair et détaillé. Il fait état de la nécessité de regarder le contenu du téléphone cellulaire pour voir si des renseignements s'y trouvant pouvaient leur permettre d'identifier un suspect — toujours inconnu —, et de trouver les bijoux ou l'arme à feu. On lui a demandé d'expliquer en quoi regarder le contenu du téléphone cellulaire pouvait les aider à trouver rapidement l'arme et les bijoux. Sa réponse est instructive :

[TRADUCTION] Bien, s'ils ont échangé un message texte avec un tiers qui les a aidés à cacher ou à déplacer les biens volés, c'est quelque chose que j'aimerais savoir tout de suite afin que je puisse tenter de récupérer ces éléments de preuve. Si d'autres messages indiquaient les endroits et--et où ils sont allés après le vol, c'est quelque chose que j'aimerais savoir parce que j'aimerais enquêter à ces endroits pour voir si je pourrais trouver des éléments de preuve, comme des bijoux ou des armes à feu, des vêtements portés par les suspects ou tout objet laissé à ces endroits, ce sont des endroits où il faudrait aller. Vous savez, selon mon expérience, les gens prennent des photos des objets qu'ils volent, des endroits où ils vont, des cibles de leurs infractions. Les--les gens conservent beaucoup de--de choses sur leur téléphone et j'espérais que l'un ou l'autre de ces objets puisse se trouver dans ce téléphone, ce qui nous aurait permis de prendre des mesures et de trouver subséquemment des éléments de preuve. [Je souligne.]

[39] Detective Nicol also testified that it was important to follow up all leads immediately because they still had outstanding jewellery, a firearm and an unidentified suspect. When he was asked in cross-examination why he thought that he did not need a warrant initially to search the cell phone, he replied:

And, and [my] understanding it's still that, um, that an investigation where I'm looking for jewellery, I'm looking for outstanding suspects, I'm looking for, um, the gun that's outstanding, and I have concerns that that--those items might go missing, destroyed, um, and then I have a chance to recover those items, that I'm able to look through that phone and ensure that, that there's anything there to assist my investigation at the time, I can, I can use that information.

[40] He testified that his primary concerns were to recover the handgun and the jewellery. The jewellery, he noted, was “evidence, it's property . . . that, um, they can move very quickly, be sold very quickly, hidden, any, any number of things that can happen to it and you have to act quickly in order to recover it”.

[41] There is no basis to disturb the judge's finding that the searches of the cell phone were for valid law enforcement objectives and were appropriately linked to the offence for which Mr. Fearon had been lawfully arrested. The searches were, in short, truly incidental to Mr. Fearon's arrest for robbery.

[42] The judge did not explicitly address the third element of the test: whether the search was conducted reasonably. However, she did find the examination of the phone at the arrest scene was “brief and cursory” and there was “no suggestion that this was an expansive or abusive search”: Ruling, at para. 44. She also noted that it was common ground that the evidence presented by the Crown from the phone — the photos and the text message — was that originally found by Sgt. Hicks in his initial search of the phone and within about an hour and a half of the arrest. I conclude that the third element of the test was satisfied under the general

[39] Le détective Nicol a également déclaré qu'il était important de suivre immédiatement toutes les pistes parce que les bijoux et l'arme à feu étaient toujours introuvables et qu'un suspect n'était toujours pas identifié. En contre-interrogatoire, on lui a demandé pourquoi il croyait ne pas avoir besoin d'un mandat initialement pour fouiller le téléphone cellulaire et il a répondu comme suit :

[TRADUCTION] Et, et de ce que je comprends, dans une enquête où je cherche des bijoux et des suspects en liberté, et où une arme n'est pas encore trouvée, et où je crains que ces objets puissent disparaître ou être détruits, et où j'ai alors la chance de récupérer ces objets, d'être en mesure de regarder le contenu de ce téléphone et de m'assurer que, qu'il contient quelque chose qui peut aider mon enquête à ce moment-là, je peux, je peux utiliser ces renseignements.

[40] Il a déclaré que sa principale préoccupation était de récupérer l'arme et les bijoux. Il a fait remarquer que les bijoux constituaient [TRADUCTION] « des éléments de preuve, des biens qui peuvent être déplacés très rapidement, être vendus très rapidement, cachés, tout ce qui peut advenir de ces objets, et il faut agir rapidement pour les récupérer ».

[41] Rien ne permet de modifier la conclusion de la juge selon laquelle les fouilles du téléphone cellulaire visaient l'objectif valable d'assurer l'application de la loi et étaient liées de manière appropriée à l'infraction pour laquelle M. Fearon avait été légalement arrêté. En bref, les fouilles étaient véritablement accessoires à l'arrestation de M. Fearon pour vol qualifié.

[42] La juge n'a pas examiné explicitement le troisième volet du test, à savoir si la fouille a été effectuée de façon abusive. Cependant, elle a conclu que l'inspection du téléphone au lieu de l'arrestation était [TRADUCTION] « brève et sommaire » et que « rien n'indiquait que cette fouille était exhaustive ou abusive » : décision, par. 44. Elle a également souligné qu'il était reconnu que les éléments de preuve provenant du téléphone présentés par le ministère public — les photos et le message texte — étaient ceux que le sergent Hicks avait initialement trouvés lors de sa première fouille du téléphone, laquelle avait eu lieu moins d'une heure

framework for search incident to arrest. However, as I will explain, my view is that some revision of the general framework is necessary in relation to searches of cell phones incident to arrest.

[43] I therefore conclude that the searches of the cell phone resulting in finding the photos and text message fell within the scope of the common law police power, subject to assessing whether the common law's general framework must be modified in order to make it compliant with s. 8 of the *Charter*.

(4) Does the Common Law Test Need to Be Modified in Light of the *Charter*?

[44] As *Stillman*, *Caslake* and *Golden* illustrate, the common law police power to search incident to arrest must be defined and applied in a way that gives effect to the right to be free of unreasonable searches and seizures. In both *Stillman* and *Golden*, the Court modified the common law power in relation to particularly invasive types of searches in order to make that power consistent with s. 8 of the *Charter*. What is required is an assessment of the importance of the legitimate law enforcement objectives served by the search and of the nature and extent of the infringement of the detainee's reasonable expectation of privacy.

[45] The Court has repeatedly affirmed that, in general, the common law power to search incident to arrest permits reasonable searches within the meaning of s. 8 of the *Charter*: *Cloutier*, at p. 182; *Stillman*, at para. 27; *Caslake*, at paras. 12 and 14; *Golden*, at paras. 44, 49, 75 and 104; *Nolet*, at paras. 49 and 52. We should not pass too quickly over this fundamental point. As I have explained, this common law power is extraordinary because it requires neither a warrant nor reasonable and probable grounds. That the exercise of this extraordinary power has been considered in general to meet constitutional muster reflects the important law enforcement objectives which are served by searches

et demie environ après l'arrestation. Je conclus que le troisième volet du test en vertu du cadre général applicable à la fouille accessoire à une arrestation a été respecté. Toutefois, comme je vais l'expliquer, j'estime qu'une révision du cadre général s'impose dans les cas de fouille accessoire à une arrestation à l'égard d'un téléphone cellulaire.

[43] Je conclus en conséquence que les fouilles du téléphone cellulaire qui ont permis de trouver les photos et le message texte étaient conformes au pouvoir de common law des policiers, sous réserve d'un examen pour savoir si le cadre général de la common law doit être modifié afin de le rendre conforme à l'art. 8 de la *Charte*.

(4) Le critère de la common law doit-il être modifié en fonction de la *Charte*?

[44] Comme le montrent les arrêts *Stillman*, *Caslake* et *Golden*, le pouvoir conféré aux policiers par la common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit être défini et appliqué dans le respect du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Dans les arrêts *Stillman* et *Golden*, la Cour a modifié le pouvoir de common law relativement à des fouilles particulièrement attentatoires afin de rendre ce pouvoir conforme à l'art. 8 de la *Charte*. Il est nécessaire d'évaluer l'importance des objectifs légitimes d'application de la loi que la fouille permet de réaliser, ainsi que la nature et la portée de l'atteinte à l'attente raisonnable du détenu au respect de sa vie privée.

[45] La Cour a affirmé maintes fois qu'en règle générale, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation permet les fouilles non abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte* : *Cloutier*, p. 182; *Stillman*, par. 27; *Caslake*, par. 12 et 14; *Golden*, par. 44, 49, 75 et 104; *Nolet*, par. 49 et 52. Il ne faut pas passer trop rapidement sur ce point fondamental. Comme je l'ai expliqué, ce pouvoir de common law est extraordinaire parce qu'il ne requiert ni mandat ni motifs raisonnables et probables. Le fait que l'on considère généralement que l'exercice de ce pouvoir extraordinaire résiste au contrôle constitutionnel reflète les objectifs importants d'application de la loi réalisés

of people who have been lawfully arrested. As was said in *Caslake*, in the context of arrest, the need for police “to gain control of things or information . . . outweighs the individual’s interest in privacy”: para. 17.

[46] The record shows how a prompt search of a suspect’s cell phone may serve important law enforcement objectives. The police were on the scene of a violent crime — the robbery — very promptly. They faced a situation in which there was weak identification of the perpetrators, the subject matter of the crime — the stolen jewellery — was easily hidden or otherwise disposed of, there was an indication that there may have been more people involved than the two persons observed at the scene, there were reports that a handgun had been used, and that handgun had not been located. The police were justified in their belief that the cell phone could contain evidence relevant to the armed robbery. The record also justifies the conclusion that the search served the purposes of public safety and preventing the loss of evidence because it might lead the police to the firearm and the jewellery.

[47] I conclude that the cell phone search incident to arrest in this case served important law enforcement objectives.

[48] Beyond the facts of this case, there are other types of situations in which cell phone searches conducted incidental to a lawful arrest will serve important law enforcement objectives, including public safety. Cell phones are used to facilitate criminal activity. For example, cell phones “are the ‘bread and butter’ of the drug trade and the means by which drugs are marketed on the street”: *Howell*, at para. 39. Prompt access by law enforcement to the contents of a cell phone may serve the purpose of identifying accomplices or locating and preserving evidence that might otherwise be lost or destroyed. Cell phones may also be used to evade or resist law enforcement. An individual may be a “scout” for drug smugglers, using a cell phone to

au moyen de la fouille d’une personne arrêtée légalement. Comme on l’a dit dans l’arrêt *Caslake*, dans le contexte d’une arrestation, le besoin des policiers « de mettre la main sur des objets ou des renseignements [. . .] l’emporte sur le droit à la vie privée de la personne en cause » : par. 17.

[46] Le dossier démontre qu’une fouille du téléphone cellulaire d’un suspect effectuée rapidement peut permettre de réaliser des objectifs importants d’application de la loi. Les policiers sont arrivés très rapidement sur le lieu d’un crime violent — le vol à main armée. Ils étaient confrontés à une situation où il y avait peu de renseignements sur l’identité des auteurs, où l’objet du crime — les bijoux volés — pouvait facilement être caché ou autrement disparaître, où des indices laissaient croire que des personnes autres que les deux individus observés au lieu du crime pouvaient être impliquées et où on avait signalé qu’une arme à feu avait été utilisée — et cette arme restait introuvable. Les policiers avaient raison de croire que le téléphone cellulaire pouvait contenir des éléments de preuve se rapportant au vol à main armée. Le dossier permet également de conclure que la fouille servait à assurer la sécurité publique et à empêcher la perte d’éléments de preuve parce qu’elle pouvait mener les policiers à l’arme à feu et aux bijoux.

[47] Je conclus que la fouille accessoire à l’arrestation à l’égard du téléphone cellulaire en l’espèce a permis de réaliser d’importants objectifs d’application de la loi.

[48] Au-delà des faits de l’espèce, il existe d’autres situations où les fouilles accessoires à une arrestation légale à l’égard de téléphones cellulaires permettront de réaliser d’importants objectifs, y compris la sécurité publique. Les téléphones cellulaires sont utilisés pour faciliter les activités criminelles. Par exemple, les téléphones cellulaires [TRADUCTION] « constituent la base du commerce de la drogue et le moyen par lequel les drogues sont vendues dans la rue » : *Howell*, par. 39. Un accès rapide des agents d’application de la loi au contenu d’un téléphone cellulaire peut permettre de réaliser l’objectif d’identifier des complices ou de repérer et de conserver des éléments de preuve qui pourraient autrement être perdus ou détruits.

warn criminals that police are in the vicinity or to call for “back up” to help resist law enforcement officers: see, e.g., *United States v. Santillan*, 571 F.Supp.2d 1093 (D. Ariz. 2008), at pp. 1097-98. In such situations, a review of recent calls or text messages may help to locate the other perpetrators before they can either escape or dispose of the drugs and reveal the need to warn officers of possible impending danger.

[49] I conclude that prompt cell phone searches incidental to arrest may serve important law enforcement objectives. The evidence in this case shows why prompt follow-up of leads may be necessary and how the search of a cell phone may assist those efforts. In this respect, cell phone searches are unlike the taking of dental impressions, buccal swabs and hair samples discussed in *Stillman*. There, the Court noted that there were no relevant considerations of urgency supporting the extension of the power to search incident to arrest to these procedures: there was no risk that the accused’s teeth or DNA would be lost or destroyed if the procedures were not carried out promptly: para. 49. And, of course, such searches, unlike cell phone searches, are very unlikely to allow police to identify and mitigate risks to public safety or to assist them to preserve evidence that might otherwise be lost or destroyed. Similarly, in *Golden*, while the strip search incident to arrest was aimed at the discovery of illegal drugs on the accused’s person, there was little reason to think that the search needed to be performed promptly upon arrest in order to fulfill this purpose: paras. 92-93.

[50] Having considered the law enforcement objectives potentially at stake, we must look at the

Les téléphones cellulaires peuvent également être utilisés pour échapper ou résister aux agents d’application de la loi. Une personne peut agir à titre d’« éclaireur » pour les trafiquants de drogue, en utilisant un téléphone cellulaire pour prévenir les criminels que les policiers sont à proximité ou pour appeler du « renfort » pour les aider à résister aux policiers : voir, p. ex., *United States c. Santillan*, 571 F.Supp.2d 1093 (D. Ariz. 2008), p. 1097-1098. Dans de telles situations, une inspection des appels ou des messages texte récents peut aider à repérer les autres auteurs du crime avant qu’ils ne s’enfuient ou se débarrassent de la drogue, et peut signaler le besoin de prévenir les policiers de dangers imminents possibles.

[49] Je conclus que les fouilles accessoires à l’arrestation et effectuées rapidement à l’égard de téléphones cellulaires peuvent permettre de réaliser d’importants objectifs d’application de la loi. Les éléments de preuve en l’espèce démontrent pourquoi un suivi rapide des indices peut être nécessaire et comment la fouille d’un téléphone cellulaire peut s’avérer utile. À cet égard, les fouilles de téléphones cellulaires sont différentes de la prise d’empreintes dentaires, de prélèvements dans la bouche et d’échantillons de cheveux et de poils dont il était question dans l’arrêt *Stillman*. Dans ce dernier arrêt, la Cour a souligné qu’aucun motif d’urgence ne permettait d’élargir le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation de manière à inclure ces prélèvements : il n’y avait aucun risque de perte ou de destruction des dents ou de l’ADN de l’accusé si les prélèvements n’étaient pas effectués rapidement : par. 49. Bien entendu, ces fouilles, contrairement aux fouilles de téléphones cellulaires, permettront très rarement aux policiers d’identifier et d’atténuer les risques pour la sécurité du public ou de les aider à conserver les éléments de preuve qui pourraient autrement être perdus ou détruits. De même, dans l’arrêt *Golden*, alors que la fouille à nu accessoire à l’arrestation visait la découverte de drogues illégales sur l’accusé, il y avait peu de raison de croire que la fouille devait être effectuée rapidement après l’arrestation pour pouvoir réaliser cet objectif : par. 92-93.

[50] Ayant examiné les objectifs d’application de la loi qui peuvent être en cause, il nous faut

individual and societal interests in privacy and the extent to which a cell phone search incident to arrest interferes with those interests.

[51] It is well settled that the search of cell phones, like the search of computers, implicates important privacy interests which are different in both nature and extent from the search of other “places”: *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paras. 38 and 40-45. It is unrealistic to equate a cell phone with a briefcase or document found in someone’s possession at the time of arrest. As outlined in *Vu*, computers — and I would add cell phones — may have immense storage capacity, may generate information about intimate details of the user’s interests, habits and identity without the knowledge or intent of the user, may retain information even after the user thinks that it has been destroyed, and may provide access to information that is in no meaningful sense “at” the location of the search: paras. 41-44.

[52] We should not differentiate among different cellular devices based on their particular capacities when setting the general framework for the search power. So, for example, the same general framework for determining the legality of the search incident to arrest should apply to the relatively unsophisticated cellular telephone in issue in this case as it would to other devices that are the equivalent of computers: see *Vu*, at para. 38.

[53] I pause here for a moment to note that some courts have suggested that the protection s. 8 affords to individuals in the context of cell phone searches varies depending on whether an individual’s phone is password-protected: see, e.g., Court of Appeal judgment, 2013 ONCA 106, 114 O.R. (3d) 81, at paras. 73 and 75; Ruling, at para. 49; *R. v. Khan*, 2013 ONSC 4587, 287 C.R.R. (2d) 192, at para. 18; *Hiscoe*, at paras. 80-81. I would not give this factor very much weight in assessing either an individual’s

examiner les droits individuels et les intérêts de la société en matière de respect de la vie privée ainsi que la mesure dans laquelle une fouille accessoire à l’arrestation à l’égard d’un téléphone cellulaire affecte ces droits et intérêts.

[51] Il est bien établi que la fouille de téléphones cellulaires, comme la fouille d’ordinateurs, met en cause d’importants intérêts en matière de vie privée qui sont différents, de par leur nature et leur étendue, de ceux en cause lors de la fouille d’autres « lieux » : *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 38 et 40-45. Il n’est pas réaliste d’assimiler un téléphone cellulaire à une mallette ou à un document trouvé en la possession du suspect au moment de l’arrestation. Comme on l’a indiqué dans l’arrêt *Vu*, les ordinateurs — et j’ajouterais les téléphones cellulaires — peuvent avoir une immense capacité de stockage, peuvent générer des données concernant la vie intime de l’utilisateur, comme ses intérêts, ses habitudes et son identité; ils peuvent conserver à l’insu de l’utilisateur ou sans son intention des données même lorsque l’utilisateur croit les avoir supprimées, et peuvent donner accès à des renseignements qui ne se trouvent pas concrètement « à l’endroit » où la fouille est effectuée : par. 41-44.

[52] Au moment d’établir le cadre général du pouvoir de procéder à une fouille, il ne faut pas distinguer différents appareils cellulaires en fonction de leurs capacités particulières. Ainsi, par exemple, le même cadre général permettant de déterminer la légalité de la fouille accessoire à l’arrestation devrait s’appliquer au téléphone cellulaire relativement peu sophistiqué en cause en l’espèce comme il devrait s’appliquer aux autres appareils assimilables à des ordinateurs : voir *Vu*, par. 38.

[53] J’ouvre ici une parenthèse pour signaler que selon certains tribunaux, la protection garantie par l’art. 8 dans le contexte des fouilles de téléphones cellulaires varie selon que le téléphone est protégé par un mot de passe : voir, p. ex., le jugement de la Cour d’appel, 2013 ONCA 106, 114 O.R. (3d) 81, par. 73 et 75; décision, par. 49; *R. c. Khan*, 2013 ONSC 4587, 287 C.R.R. (2d) 192, par. 18; *Hiscoe*, par. 80-81. Je n’accorderai pas beaucoup de poids à ce facteur dans l’évaluation de l’attente subjective

subjective expectation of privacy or whether that expectation is reasonable. An individual's decision not to password protect his or her cell phone does not indicate any sort of abandonment of the significant privacy interests one generally will have in the contents of the phone: see, e.g., *R. v. Rochwell*, 2012 ONSC 5594, 268 C.R.R. (2d) 283, at para. 54. Cell phones — locked or unlocked — engage significant privacy interests. But we must also keep this point in perspective.

[54] First, while cell phone searches — especially searches of “smart phones”, which are the functional equivalent of computers — may constitute very significant intrusions of privacy, not every search is inevitably a significant intrusion. Suppose, for example, that in the course of the search in this case, the police had looked only at the unsent text message and the photo of the handgun. The invasion of privacy in those circumstances would, in my view, be minimal. So we must keep in mind that the real issue is the potentially broad invasion of privacy that may, *but not inevitably will*, result from law enforcement searches of cell phones.

[55] In this respect, a cell phone search is completely different from the seizure of bodily samples in *Stillman* and the strip search in *Golden*. Such searches are *invariably* and *inherently* very great invasions of privacy and are, in addition, a significant affront to human dignity. That cannot be said of cell phone searches incident to arrest.

[56] Second, we should bear in mind that a person who has been lawfully arrested has a lower reasonable expectation of privacy than persons not under lawful arrest: *Beare*, at p. 413.

d'une personne en matière de vie privée ou pour déterminer si cette attente est raisonnable. La décision d'une personne de ne pas protéger son téléphone cellulaire par un mot de passe n'indique pas qu'elle renonce en quelque sorte aux intérêts importants en matière de respect de sa vie privée qu'elle a généralement sur le contenu de son téléphone : voir, p. ex., *R. c. Rochwell*, 2012 ONSC 5594, 268 C.R.R. (2d) 283, par. 54. Les téléphones cellulaires — verrouillés ou non — mettent en cause des intérêts importants en matière de respect de la vie privée. Mais nous devons aussi garder ce point en perspective.

[54] Premièrement, bien que les fouilles de téléphones cellulaires — plus particulièrement les fouilles de « téléphones intelligents » qui sont l'équivalent fonctionnel des ordinateurs — puissent constituer des atteintes très importantes à la vie privée, ce ne sont pas toutes les fouilles qui le sont inévitablement. Supposons, par exemple, que lors de la fouille en l'espèce, les policiers avaient regardé uniquement le message texte non envoyé et la photo de l'arme. L'atteinte à la vie privée dans ces circonstances aurait été, à mon sens, minimale. Nous devons donc garder à l'esprit que le véritable problème est l'atteinte potentiellement importante à la vie privée qui peut découler, *mais pas inévitablement*, des fouilles de téléphones cellulaires visant l'application de la loi.

[55] À cet égard, une fouille d'un téléphone cellulaire est complètement différente de la saisie d'échantillons corporels, comme dans l'arrêt *Stillman*, et de la fouille à nu, comme dans l'arrêt *Golden*. Ces dernières fouilles constituent *invariablement* et *fondamentalement* des atteintes très graves à la vie privée et, également, un affront important à la dignité humaine. On ne peut pas en dire autant des fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires.

[56] Deuxièmement, il faut garder à l'esprit que l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée de la personne arrêtée légalement est moins élevée que celle de la personne qui n'a pas été arrêtée légalement : *Beare*, p. 413.

[57] Third, the common law requirement that the search be truly incidental to a lawful arrest imposes some meaningful limits on the scope of a cell phone search. The search must be linked to a valid law enforcement objective relating to the offence for which the suspect has been arrested. This requirement prevents routine browsing through a cell phone in an unfocussed way.

[58] All of that said, the search of a cell phone has the potential to be a much more significant invasion of privacy than the typical search incident to arrest. As a result, my view is that the general common law framework for searches incident to arrest needs to be modified in the case of cell phone searches incident to arrest. In particular, the law needs to provide the suspect with further protection against the risk of wholesale invasion of privacy which may occur if the search of a cell phone is constrained only by the requirements that the arrest be lawful and that the search be truly incidental to arrest and reasonably conducted. The case law suggests that there are three main approaches to making this sort of modification: a categorical prohibition, the introduction of a reasonable and probable grounds requirement, or a limitation of searches to exigent circumstances. I will explain why, in my view, none of these approaches is appropriate here and then outline the approach I would adopt.

(a) *Categorical Prohibition*

[59] *Stillman* excluded the non-consensual seizure of bodily samples from the scope of the power to search incident to arrest. The Court took this categorical approach for two reasons. First, seizures of bodily samples give rise to “completely different concerns” than other types of searches: they impact on a person’s bodily integrity, which may be, as Cory J. put it, “the ultimate affront to human dignity”: para. 39. Second, the Court noted that there was no risk that evidence would be lost if it were not obtained immediately: there was no risk of the teeth impressions or the DNA in hair follicles changing or being destroyed: para. 49. Thus,

[57] Troisièmement, l’exigence de la common law selon laquelle la fouille doit être véritablement accessoire à une arrestation légale limite de façon significative l’étendue de la fouille d’un téléphone cellulaire. La fouille doit viser un objectif valable d’application de la loi lié à l’infraction pour laquelle le suspect a été arrêté. Cette exigence empêche que les téléphones cellulaires soient inspectés couramment et d’une manière trop générale.

[58] Ceci dit, la fouille d’un téléphone cellulaire est susceptible de constituer une atteinte à la vie privée beaucoup plus grave que la fouille normale accessoire à l’arrestation. Par conséquent, j’estime que le cadre général de la common law régissant les fouilles accessoires à l’arrestation doit être modifié dans le cas des fouilles accessoires à l’arrestation à l’égard de téléphones cellulaires. En particulier, la loi doit offrir au suspect une plus grande protection contre le risque d’atteinte générale à sa vie privée qui peut survenir si la fouille d’un téléphone cellulaire est limitée uniquement parce que l’on exige que l’arrestation soit légale et que la fouille soit véritablement accessoire à l’arrestation et qu’elle ne soit pas abusive. La jurisprudence indique trois façons principales d’apporter une modification de ce genre : interdire catégoriquement les fouilles, exiger des motifs raisonnables et probables ou limiter les fouilles aux situations d’urgence. J’expliquerai pourquoi, à mon avis, aucune de ces façons ne convient en l’espèce, et j’exposerai la façon de procéder que je préconise.

a) *L’interdiction catégorique*

[59] L’arrêt *Stillman* a exclu la saisie non consensuelle d’échantillons corporels de l’étendue du pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation. Notre Cour a emprunté cette approche catégorique pour deux raisons. Premièrement, la saisie d’échantillons corporels suscite des « préoccupations tout à fait différentes » des autres types de fouilles : elle a une incidence sur l’intégrité physique de la personne en cause, ce qui peut constituer, comme l’affirme le juge Cory, « l’atteinte la plus grave à la dignité humaine » : par. 39. Deuxièmement, la Cour a souligné qu’il n’y avait aucun risque que les éléments de preuve se perdent s’ils

the potentially important law enforcement ability to act promptly could be given little, if any, weight in this context: *Beare*, at p. 404, *per La Forest J.*

[60] Adopting this categorical approach would mean that, although the police may lawfully seize a cell phone found in the course of a search incident to arrest where there is reason to believe it contains evidence relevant to the offence, the phone may not be searched, at all, without a warrant. The Supreme Court of the United States essentially adopted this approach in *Riley v. California*, 134 S. Ct. 2473 (2014). I would not follow suit for two reasons.

[61] First, the only case from this Court to adopt a categorical exclusion from searches incident to arrest is *Stillman*. But the considerations that prompted the Court to take a categorical approach in that case are entirely absent in this case. The record in this case shows that important law enforcement objectives are served by the power to search cell phones promptly incident to arrest. This is unlike the *Stillman* situation, in which the Court concluded that the prompt access to the suspect's bodily samples did little to serve law enforcement objectives incidental to the arrest. Moreover, and in marked contrast to the bodily sample seizures at issue in *Stillman*, while cell phone searches have the potential to be a significant invasion of privacy, they are neither *inevitably* a major invasion of privacy nor *inherently* degrading. Looking at a few recent text messages or a couple of recent pictures is hardly a massive invasion of privacy, let alone an affront to human dignity.

n'étaient pas obtenus immédiatement : il n'y avait aucune chance que les empreintes dentaires ou le profil génétique des follicules pileux changent avec le temps ou soient détruits : par. 49. Ainsi, dans ce contexte, il ne serait accordé aucun poids, ou très peu, à la capacité potentiellement importante des policiers d'agir rapidement : *Beare*, p. 404, le juge La Forest.

[60] Avec l'adoption de cette approche catégorique, même si les policiers pouvaient légalement saisir un téléphone cellulaire trouvé lors d'une fouille accessoire à l'arrestation lorsqu'ils ont des motifs de croire qu'il contient des éléments de preuve se rapportant à l'infraction, ils ne pourraient en aucun cas fouiller le contenu du téléphone sans avoir obtenu un mandat. C'est essentiellement l'approche retenue par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Riley c. California*, 134 S. Ct. 2473 (2014). Je ne retiendrais pas cette approche pour deux raisons.

[61] Premièrement, l'arrêt *Stillman* est le seul où notre Cour a opté pour l'exclusion catégorique des fouilles accessoires à l'arrestation. Mais les facteurs qui ont incité la Cour à adopter une approche catégorique dans cette affaire sont entièrement absents en l'espèce. Le dossier devant nous démontre que le pouvoir de procéder rapidement à une fouille accessoire à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires permet de réaliser d'importants objectifs d'application de la loi. Le cas qui nous occupe est différent de l'affaire *Stillman*, où la Cour a conclu que l'accès rapide aux échantillons corporels du suspect n'a guère permis de réaliser des objectifs d'application de la loi accessoires à l'arrestation. De plus, contrairement aux saisies d'échantillons corporels en cause dans l'arrêt *Stillman*, si les fouilles de téléphones cellulaires peuvent constituer une atteinte importante à la vie privée, elles ne constituent pas *inévitablement* une atteinte grave à la vie privée et ne sont pas *fondamentalement* avilissantes. Le fait de regarder quelques messages texte récents ou deux ou trois photos récentes peut difficilement constituer une atteinte grave à la vie privée, encore moins un affront à la dignité humaine.

[62] Second, I am not as pessimistic as some about the possibility of placing meaningful limits on the manner and extent of cell phone searches incident to arrest. Meaningful limits, rather than blanket exclusions, have been imposed in other settings. For example, in *Golden*, the Court did not categorically preclude all strip searches incident to an arrest. Instead, the Court limited the purposes for which they could be conducted, imposed a reasonable grounds threshold, and established rules governing how the searches should be conducted (essentially search protocols). The Court took this approach even though it found strip searches to be “inherently humiliating and degrading . . . regardless of the manner in which they are carried out”: para. 90.

[63] A cell phone search engages very significant informational privacy interests. However, it is not as invasive as a strip search. It seems to me that s. 8 would require a categorical prohibition on cell phone searches only if this Court were to find that it is impossible to impose meaningful limits on the purposes, threshold and manner of such searches. As I discuss below, I am not satisfied that this is the case.

[64] I therefore reject the idea that s. 8 of the *Charter* categorically precludes any search of a cell phone seized incidental to a lawful arrest.

[65] The question becomes what safeguards must be added to the law of search of cell phones incident to arrest in order to make that power compliant with s. 8 of the *Charter*.

(b) *Imposing a Reasonable and Probable Grounds Requirement*

[66] One possibility is to require reasonable and probable grounds for the search, as the Court did

[62] Deuxièmement, je ne suis pas aussi pessimiste que d'autres au sujet de la possibilité de restreindre de façon significative la manière de procéder aux fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires, ni au sujet de l'étendue de ces fouilles. Des restrictions significatives, plutôt que des exclusions générales, ont été imposées dans d'autres contextes. Par exemple, dans l'arrêt *Golden*, la Cour n'a pas catégoriquement interdit toutes les fouilles à nu accessoires à l'arrestation. Elle a plutôt limité les fins auxquelles elles peuvent être effectuées, imposé un critère de motifs raisonnables et établi des règles régissant la façon dont les fouilles devraient être effectuées — essentiellement des protocoles de fouille. La Cour a opté pour cette solution même si elle a conclu que les fouilles à nu sont « fondamentalement humiliantes et avilissantes [. . .] peu importe la manière dont elles sont effectuées » : par. 90.

[63] La fouille d'un téléphone cellulaire met en cause des intérêts très importants en matière de protection du caractère privé des renseignements qu'il contient. Toutefois, elle n'est pas aussi attentatoire qu'une fouille à nu. Il me semble que l'art. 8 n'exigerait une interdiction catégorique des fouilles de téléphones cellulaires que si notre Cour concluait qu'il est impossible d'imposer des restrictions significatives sur les fins que doivent servir ces fouilles, sur les critères qui les permettent et sur la manière de les effectuer. Comme je l'expliquerai, je ne suis pas convaincu que c'est le cas en l'espèce.

[64] Par conséquent, je rejette l'idée que l'art. 8 de la *Charte* interdit catégoriquement toute fouille d'un téléphone cellulaire saisi accessoirement à une arrestation légale.

[65] La question consiste donc à savoir quelles garanties doivent être ajoutées au droit relatif aux fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires afin que ce pouvoir soit conforme à l'art. 8 de la *Charte*.

(b) *Imposer une exigence de motifs raisonnables et probables*

[66] Il est possible d'exiger que la fouille repose sur des motifs raisonnables et probables, comme la

in *Golden*. This Court has described the higher threshold of “reasonable and probable grounds” as requiring “reasonable probability” or “credibly-based probability”: *Debot*, at p. 1166; *Hunter v. Southam Inc.*, at p. 167. In my respectful opinion, imposing that threshold here would significantly undermine the important law enforcement objectives in this context. A main rationale of search incident to arrest, in addition to safety of the police, the suspect and the public, is to allow the police to promptly pursue their investigation: see, e.g., *Beare*, at p. 404, *per* La Forest J. Investigations have many leads and many dead ends. To restrict a cell phone search to situations in which the officers have reasonable and probable cause to believe that evidence of the offence will be found on the cell phone, to my way of thinking, effectively precludes prompt access to what may be very important information which is required for the immediate purposes of the unfolding investigation.

[67] The record in this case demonstrates this. A prompt search of a cell phone may lead investigators to other perpetrators and to stolen and easily disposed of property. At the point of arrest, police will rarely have reasonable and probable grounds to believe that evidence of the offence will be found on the phone, and yet some limited access to its contents may be, as here, an important investigative step that needs to be taken promptly. As Det. Nicol testified, there were in this investigation — as there will be in many investigations — information and leads that needed to be followed up immediately. Imposing a “reasonable and probable grounds” requirement for all cell phone searches will cut off access to this important step in virtually all cases.

[68] Further, in my view, requiring reasonable and probable grounds to search for the purpose of protecting the police, the accused, or the public

Cour l’a fait dans l’arrêt *Golden*. La Cour a affirmé que le critère plus rigoureux fondé sur l’existence de « motifs raisonnables et probables » correspond à une norme de « probabilité raisonnable » ou de « probabilité fondée sur la crédibilité » : *Debot*, p. 1166; *Hunter c. Southam Inc.*, p. 168. À mon humble avis, imposer ce critère en l’espèce minerait sensiblement les objectifs importants d’application de la loi dans ce contexte. Une des principales raisons d’être de la fouille accessoire à l’arrestation, en plus d’assurer la sécurité des policiers, du suspect et du public, est de permettre aux policiers de poursuivre rapidement leur enquête : voir, p. ex., *Beare*, p. 404, le juge La Forest. Les enquêtes comportent beaucoup de pistes et beaucoup d’impasses. À mon avis, restreindre la fouille d’un téléphone cellulaire à des situations où les policiers ont des motifs raisonnables et probables de croire que des éléments de preuve de l’infraction se trouvent dans le téléphone cellulaire empêche en fait les policiers d’accéder rapidement à ce qui pourrait s’avérer être des renseignements très importants et nécessaires pour les fins immédiates de l’enquête en cours.

[67] C’est ce que démontre le dossier en l’espèce. Une fouille d’un téléphone cellulaire effectuée rapidement peut mener les enquêteurs à d’autres auteurs du crime et à des biens volés qu’on peut facilement faire disparaître. Au moment de l’arrestation, les policiers ont rarement des motifs raisonnables et probables de croire que des éléments de preuve de l’infraction se trouvent dans le téléphone et, pourtant, un accès même limité à son contenu peut être, comme en l’espèce, une mesure d’enquête importante qui doit être prise rapidement. Comme l’a indiqué le détective Nicol dans son témoignage, il y avait dans cette enquête — comme il y en a dans bien des enquêtes — des renseignements et des pistes qu’il fallait examiner immédiatement. Imposer une exigence de « motifs raisonnables et probables » pour toutes les fouilles de téléphones cellulaires empêchera de prendre cette mesure importante dans pratiquement tous les cas.

[68] En outre, à mon sens, exiger des motifs raisonnables et probables de procéder à une fouille afin de protéger la police, l’accusé ou le public outrepassé

overshoots the point at which the public's interest in being left alone by government must give way to intruding on an individual's privacy to advance law enforcement objectives. A case such as this one is instructive: the police knew a dangerous weapon was on the streets. In this type of situation, it is reasonable to be concerned that the weapon could be used to commit another offence or could be disposed of in a public area, endangering the safety of innocent individuals. As with the case of discovery of evidence, the police may not have reasonable and probable grounds to believe that a search of the cell phone is necessary to protect them, the accused or the public. However, they may have reason to think that searching the cell phone may further those objectives. A standard of reasonable and probable grounds, in my view, has the potential to unreasonably compromise the safety of the police, the accused, or the public. It strikes an inappropriate balance between those important law enforcement objectives and the accused's privacy interests.

(c) *Exigent Circumstances*

[69] Another possibility is to allow cell phone searches only in exigent circumstances, as the appellant urges us to do: A.F., at paras. 41 and 53. The Ontario Superior Court of Justice adopted this approach in *Liew*, but, so far as I have been able to determine, it has not been followed in any other Canadian case. As I see it, that standard requires too much knowledge on the part of the police, given the very early point in an investigation at which a search incident to arrest will often occur. It shares the pitfalls of imposing a standard of reasonable and probable grounds and, if applied in the manner proposed by my colleague, Karakatsanis J., would go even further to prohibit a cell phone search in all but the most exceptional circumstances.

[70] This approach, in my view, gives almost no weight to the law enforcement objectives served by the ability to promptly search a cell phone incidental to a lawful arrest. If, as is my view, importing a

le point où le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée d'une personne afin de réaliser les objectifs d'application de la loi. Un cas comme celui qui nous occupe est instructif : les policiers savaient qu'une arme dangereuse était en circulation. Dans les situations de ce genre, il est raisonnable de craindre que l'arme puisse être utilisée pour commettre une autre infraction ou qu'elle soit laissée dans un endroit public, menaçant la sécurité de personnes innocentes. Comme c'est le cas lors de la découverte d'éléments de preuve, les policiers peuvent ne pas avoir de motifs raisonnables et probables de croire qu'une fouille du téléphone cellulaire est nécessaire pour les protéger, ainsi que pour protéger l'accusé ou le public. Cependant, ils peuvent avoir des motifs de croire que la fouille peut favoriser ces objectifs. À mon sens, une norme de motifs raisonnables et probables risque de compromettre de façon déraisonnable la sécurité des policiers, de l'accusé et du public. Elle établit un équilibre injuste entre ces importants objectifs d'application de la loi et les intérêts que l'accusé porte au respect de sa vie privée.

c) *Les situations d'urgence*

[69] Il est aussi possible de permettre les fouilles de téléphones cellulaires seulement en situation d'urgence, comme l'appelant nous prie de le faire : m.a., par. 41 et 53. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a retenu cette solution dans *Liew*, mais, à ma connaissance, celle-ci n'a été retenue dans aucune autre décision canadienne. Selon moi, cette norme exige des policiers un degré trop élevé de connaissance étant donné que la fouille accessoire à l'arrestation survient souvent au tout début de l'enquête. Elle recèle les mêmes pièges que l'imposition d'une norme de motifs raisonnables et probables et, si elle est appliquée de la manière que propose ma collègue la juge Karakatsanis, elle irait encore plus loin en interdisant la fouille d'un téléphone cellulaire en toutes circonstances sauf les plus exceptionnelles.

[70] À mon sens, cette approche n'accorde pratiquement pas d'importance aux objectifs d'application de la loi que la capacité de procéder rapidement à une fouille accessoire à une arrestation légale à

standard of reasonable and probable grounds would significantly undermine these objectives, then imposing a requirement of urgency and restricting the purposes for which the search may be conducted would effectively gut them. This standard, in my respectful view, fails to strike the balance required by s. 8 between the privacy interests of the individual and the state's interest in protecting the public.

[71] Finally, to prohibit cell phone searches in all but “exigent circumstances” is simply not consistent with the structure of our law relating to search incident to arrest. As P. Brown observes in relation to American case law, which has relied on exigent circumstances to justify a cell phone search incident to arrest

[i]f an actual danger of destruction of evidence were required to trigger the [search incident to arrest] exception to the warrant requirement, then [search incident to arrest] would be a mere subset of the exigency exception. . . . The reasoning in [some] cases is therefore flawed because it silently reads the [search incident to arrest] exception out of existence by rendering it a restatement of the exigency exception.

(“Searches of Cell Phones Incident to Arrest: Overview of the Law as It Stands and a New Path Forward” (2014), 27 *Harv. J.L. & Tech.* 563, at p. 572)

[72] I also resist reliance on the statutory provisions adopted in response to this Court's decision in *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, to set a standard that would permit searches of cell phones incident to arrest. This Court has yet to make any pronouncements regarding the constitutionality of s. 529.3 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and I prefer not to rely on its assumed constitutionality in setting the constitutional parameters of cell phone searches incident to arrest.

l'égard d'un téléphone cellulaire permet de réaliser. Si, comme je le pense, l'introduction d'une norme de motifs raisonnables et probables minerait sensiblement ces objectifs, imposer une exigence d'urgence et restreindre les fins pour lesquelles la fouille peut être effectuée aurait pour effet de les vider de leur substance. À mon humble avis, cette norme n'établit pas l'équilibre requis par l'art. 8 entre l'intérêt que porte la personne au respect de sa vie privée et l'intérêt que porte l'État à la protection du public.

[71] Enfin, interdire les fouilles de téléphones cellulaires en tout temps sauf en « situation d'urgence » n'est simplement pas conforme à la structure de notre droit en matière de fouille accessoire à l'arrestation. Comme l'a fait observer P. Brown, relativement à la jurisprudence américaine qui se fonde sur la situation d'urgence pour justifier une fouille accessoire à l'arrestation à l'égard d'un téléphone cellulaire :

[TRADUCTION] S'il fallait qu'il existe un réel danger de destruction des éléments de preuve pour que l'exception [relative à la fouille accessoire à l'arrestation] s'applique à l'exigence d'obtenir un mandat, [la fouille accessoire à l'arrestation] ne constituerait alors qu'un simple sous-ensemble de l'exception en cas de situation d'urgence. [. . .] Le raisonnement dans [certaines] décisions est donc erroné parce qu'il supprime sans le dire l'exception [relative à la fouille accessoire à l'arrestation] qui devient alors une reformulation de l'exception en cas de situation d'urgence.

(« Searches of Cell Phones Incident to Arrest: Overview of the Law as It Stands and a New Path Forward » (2014), 27 *Harv. J.L. & Tech.* 563, p. 572)

[72] Je refuse également de me fonder sur les dispositions législatives adoptées en réponse à l'arrêt *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, de notre Cour pour établir une norme qui permettrait les fouilles accessoires à une arrestation à l'égard de téléphones cellulaires. Notre Cour ne s'est pas encore prononcée sur la constitutionnalité de l'art. 529.3 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et je préfère ne pas me fonder sur sa présumée constitutionnalité pour établir les paramètres constitutionnels des fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires.

[73] To be clear, nothing in my reasons changes the existing law in relation to warrantless searches in exigent circumstances.

(5) Other Steps

[74] The focus of our attention, in my view, should not be on steps that effectively gut the usefulness of searches incident to arrest. Rather, we should concentrate on measures to limit the potential invasion of privacy that may, but does not inevitably result from a cell phone search. This may be done by making some modifications to the common law power to search cell phones incidental to arrest. Ultimately, the purpose of the exercise is to strike a balance that gives due weight, on the one hand, to the important law enforcement objectives served by searches incident to arrest and, on the other, to the very significant privacy interests at stake in cell phone searches.

[75] The requirement that the search of the cell phone be truly incidental to the arrest should be strictly applied to permit searches that are required to be done promptly upon arrest in order to effectively serve the purposes of officer and public safety, loss or destruction of evidence, or discovery of evidence. Three modifications to the general rules would give effect to this approach.

[76] First, the scope of the search must be tailored to the purpose for which it may lawfully be conducted. In other words, it is not enough that a cell phone search in general terms is truly incidental to the arrest. Both the nature and the extent of the search performed on the cell phone must be truly incidental to the particular arrest for the particular offence. In practice, this will mean that, generally, even when a cell phone search is permitted because it is truly incidental to the arrest, only recently sent or drafted emails, texts, photos and the call log may be examined as in most cases only those sorts of items will have the necessary link

[73] En termes clairs, rien dans les présents motifs ne modifie le droit existant relatif aux fouilles sans mandats effectuées en situation d'urgence.

(5) Les autres mesures

[74] À mon avis, notre attention ne devrait pas se fixer sur des mesures qui nient en fait l'utilité des fouilles accessoires à l'arrestation. Nous devrions plutôt nous concentrer sur des mesures visant à limiter l'atteinte à la vie privée qui peut découler, mais pas inévitablement, de la fouille d'un téléphone cellulaire. Pour ce faire, nous pouvons apporter des modifications au pouvoir de common law de procéder à la fouille accessoire à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires. Le but de l'exercice consiste en définitive à établir un équilibre qui prend dûment en compte, d'une part, les importants objectifs d'application de la loi que les fouilles accessoires à l'arrestation permettent de réaliser et, d'autre part, les intérêts très importants que l'on porte au respect de la vie privée en jeu lors des fouilles d'un téléphone cellulaire.

[75] L'exigence selon laquelle la fouille du téléphone cellulaire doit véritablement être accessoire à l'arrestation devrait être appliquée strictement pour permettre les fouilles qui doivent être effectuées rapidement après l'arrestation afin de réaliser efficacement les objectifs d'assurer la sécurité des policiers et du public, d'empêcher la perte ou la destruction d'éléments de preuve ou de découvrir des éléments de preuve. Trois modifications aux règles générales donneraient effet à cette approche.

[76] Premièrement, l'étendue de la fouille doit être adaptée à l'objectif pour lequel elle peut être légalement effectuée. Autrement dit, il ne suffit pas qu'une fouille d'un téléphone cellulaire en général soit véritablement accessoire à l'arrestation. La nature et l'étendue de la fouille du téléphone cellulaire doivent toutes deux être véritablement accessoires à l'arrestation particulière pour l'infraction précise. Cela signifiera en pratique que, généralement, même lorsqu'une fouille d'un téléphone cellulaire est permise parce qu'elle est véritablement accessoire à l'arrestation, seuls les courriels envoyés ou rédigés récemment, les photos et messages texte récents,

to the purposes for which prompt examination of the device is permitted. But these are not rules, and other searches may in some circumstances be justified. The test is whether the nature and extent of the search are tailored to the purpose for which the search may lawfully be conducted. To paraphrase *Caslake*, the police must be able to explain, within the permitted purposes, what they searched and why: see para. 25.

[77] This approach responds to the privacy concerns posed by the virtually infinite storage capacity of cell phones by, in general, excluding resort to that capacity in a search incident to arrest. It would also provide these protections while preserving the ability of the police to have resort to basic cell phone data where this serves the purposes for which searches incident to arrest are permitted.

[78] There is a parallel here with the Court's decision in *Vu*. A warrant to search a computer does not give the police "a licence to scour the devices indiscriminately": para. 61. Similarly, the fact that some examination of a cell phone is truly incidental to arrest does not give the police a licence to rummage around in the device at will. The nature and extent of the search must be truly incidental to the arrest in order for it to fall within the scope of the common law rule and respect s. 8 of the *Charter*. I agree with the courts of appeal in British Columbia and Nova Scotia that, generally, the search of the entire contents of a cell phone or a download of its contents is not permitted as a search incident to arrest: *Mann*, at para. 123; *Hiscoe*, at paras. 63 and 79.

[79] The law enforcement objectives served by searches incident to arrest will generally be most compelling in the course of the investigation of

ainsi que le registre des appels, pourront être examinés puisque dans la plupart des cas, seuls les éléments de ce genre auront le lien nécessaire aux objectifs pour lesquels une inspection rapide de l'appareil est permise. Mais il ne s'agit pas là de règles et, dans certaines circonstances, d'autres fouilles peuvent être justifiées. La question est de savoir si la nature et l'étendue de la fouille sont adaptées à l'objectif pour lequel la fouille peut être légalement effectuée. Pour paraphraser l'arrêt *Caslake*, les policiers doivent pouvoir expliquer, en fonction des objectifs permis, pourquoi ils ont procédé à la fouille et ce qu'ils recherchaient : voir par. 25.

[77] Cette approche répond aux préoccupations en matière de vie privée que soulève la capacité de stockage pratiquement infinie des téléphones cellulaires, en excluant généralement le recours à cette capacité lors d'une fouille accessoire à l'arrestation. Elle offrirait aussi ces protections tout en préservant la capacité des policiers à recourir à des données de base sur les téléphones cellulaires lorsque cela permet de réaliser les objectifs pour lesquels les fouilles accessoires à l'arrestation sont permises.

[78] Il y a un parallèle à faire entre l'espèce et l'arrêt *Vu* de notre Cour. Un mandat autorisant la fouille d'un ordinateur ne permet pas aux policiers de « passer sans discernement les appareils au peigne fin » : par. 61. De même, le fait qu'une certaine inspection d'un téléphone cellulaire soit véritablement accessoire à l'arrestation n'autorise pas pour autant les policiers à trifouiller l'appareil à volonté. Pour que la fouille soit conforme à la règle de common law et respecte l'art. 8 de la *Charte*, sa nature et son étendue doivent être véritablement accessoires à l'arrestation. Je suis d'accord avec les cours d'appel de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse pour dire que, en général, la fouille de la totalité du contenu d'un téléphone cellulaire ou le téléchargement de son contenu ne sont pas permis dans le cadre d'une fouille accessoire à l'arrestation : *Mann*, par. 123; *Hiscoe*, par. 63 et 79.

[79] Les objectifs d'application de la loi que les fouilles accessoires à l'arrestation permettent de réaliser seront généralement les plus impérieux

crimes that involve, for example, violence or threats of violence, or that in some other way put public safety at risk, such as the robbery in this case, or serious property offences that involve readily disposable property, or drug trafficking. Generally speaking, these types of crimes are most likely to justify some limited search of a cell phone incident to arrest, given the law enforcement objectives. Conversely, a search of a cell phone incident to arrest will generally not be justified in relation to minor offences.

[80] A further modification is that the third purpose for which searches incident to arrest are permitted — the discovery of evidence — must be treated restrictively in this context. The discovery of evidence, in the context of a cell phone search incident to arrest, will only be a valid law enforcement objective when the investigation will be stymied or significantly hampered absent the ability to promptly search the cell phone incident to arrest. Only in those types of situations does the law enforcement objective in relation to the discovery of evidence clearly outweigh the potentially significant intrusion on privacy. For example, if, as in this case, there is reason to think that there is another perpetrator who has not been located, the search of a cell phone for that purpose will be truly incidental to the arrest of the other suspects. As Det. Nicol testified, there were matters that needed to be followed up immediately in this case. If, on the other hand, all suspects are in custody and any firearms and stolen property have been recovered, it is hard to see how police could show that the prompt search of a suspect's cell phone could be considered truly incidental to the arrest as it serves no immediate investigative purpose. This will mean, in practice, that cell phone searches are not routinely permitted simply for the purpose of discovering additional evidence. The search power must be used with great circumspection. It also means, in practice, that the police will have to be prepared to explain why it was not practical (and I emphasize that this does *not* mean impossible), in all the circumstances of

dans le cadre des enquêtes relatives à des crimes comportant, par exemple, de la violence ou des menaces de violence, des crimes qui présentent un risque pour la sécurité du public, tels le vol à main armée en l'espèce, des infractions graves contre des biens susceptibles de disparaître rapidement, ou le trafic de drogue. De façon générale, les crimes de ce genre sont les plus susceptibles de justifier une fouille restreinte d'un téléphone cellulaire accessoirement à une arrestation, compte tenu des objectifs d'application de la loi. À l'inverse, la fouille d'un téléphone cellulaire accessoire à une arrestation ne sera généralement pas justifiée dans les cas d'infractions mineures.

[80] Une autre modification consiste à traiter de façon restrictive dans ce contexte le troisième objectif pour lequel les fouilles accessoires à l'arrestation sont permises — la découverte d'éléments de preuve. Cet objectif, dans le contexte d'une fouille accessoire à l'arrestation à l'égard d'un téléphone cellulaire, ne constituera un objectif valable d'application de la loi que lorsque l'enquête sera paralysée ou sérieusement entravée parce qu'on ne peut pas fouiller rapidement le téléphone cellulaire accessoirement à l'arrestation. Ce n'est que dans les situations de ce genre que les objectifs d'application de la loi relatifs à la découverte d'éléments de preuve l'emportent clairement sur l'atteinte potentiellement importante à la vie privée. Par exemple, si, comme en l'espèce, il y a lieu de croire qu'un autre auteur du crime n'a pas été trouvé, la fouille d'un téléphone cellulaire en vue de trouver d'autres suspects sera véritablement accessoire à l'arrestation. Comme l'a affirmé le détective Nicol, il y avait en l'espèce des questions qu'il fallait élucider immédiatement. Si, par contre, tous les suspects sont détenus et toutes les armes à feu et les biens volés ont été récupérés, les policiers pourraient difficilement démontrer que la fouille du téléphone cellulaire d'un suspect effectuée rapidement peut être considérée comme véritablement accessoire à l'arrestation puisqu'elle ne permet de réaliser aucun objectif d'enquête immédiat. En pratique, cela signifiera que les fouilles de téléphones cellulaires ne sont pas systématiquement permises simplement en vue de découvrir d'autres éléments de

the investigation, to postpone the search until they could obtain a warrant.

[81] The approach taken by the trial judge in *D'Annunzio* is instructive. The accused was arrested for sexual assault immediately after a young girl complained that he had inappropriately touched her in a grocery store. A search incident to that arrest discovered a cell phone. The officer seized it and searched for photos or videos of a sexual nature that were related to the offence, and for other inappropriate sexual content. At trial, the accused challenged the admissibility of two photos and a video found on the phone during this search. The trial judge ruled that the search was not truly incidental to the arrest. The search was “not done to further a legitimate purpose incidental to [the] arrest. . . . The cell phone was in the possession of the police at all times and there was no urgency”: paras. 23-24. To put this differently, the prompt search of the cell phone was not sufficiently linked to an important law enforcement objective.

[82] Finally, officers must make detailed notes of what they have examined on the cell phone. The Court encouraged this sort of note keeping in *Vu* in the context of a warranted search: para. 70. It also encouraged that notes be kept in the context of strip searches: *Golden*, at para. 101. In my view, given that we are dealing here with an extraordinary search power that requires neither a warrant nor reasonable and probable grounds, the obligation to keep a careful record of what is searched and how it was searched should be imposed as a matter of constitutional imperative. The record should generally include the applications searched, the extent of the search, the time of the search, its purpose and its duration. After-the-fact judicial review is especially important where, as in the case of

preuve. Le pouvoir de procéder à une fouille doit être exercé avec une grande circonspection. Cela signifiera également, en pratique, que les policiers devront être prêts à expliquer pourquoi il n'était pas pratique (et je souligne que cela *ne* signifie *pas* impossible), compte tenu de toutes les circonstances de l'enquête, de reporter la fouille jusqu'à ce qu'ils puissent obtenir un mandat.

[81] La démarche retenue par la juge du procès dans *D'Annunzio* est instructive. L'accusé a été arrêté pour agression sexuelle immédiatement après qu'une jeune fille se soit plainte qu'il l'avait touchée de façon inappropriée dans une épicerie. Une fouille accessoire à cette arrestation a permis au policier de découvrir un téléphone cellulaire. Il l'a saisi et fouillé en vue de découvrir des photos ou des vidéos de nature sexuelle liées à l'infraction ou d'autres matériels à contenu sexuel déplacé. Au procès, l'accusé a contesté l'admissibilité de deux photos et d'une vidéo trouvées dans le téléphone durant cette fouille. La juge du procès a statué que la fouille n'était pas véritablement accessoire à l'arrestation. La fouille n'avait [TRADUCTION] « pas été effectuée pour réaliser un objectif légitime accessoire à l'arrestation. [. . .] Le téléphone cellulaire était en la possession des policiers en tout temps et il n'y avait aucune urgence » : par. 23-24. Autrement dit, la fouille rapide du téléphone cellulaire n'était pas suffisamment liée à un objectif important d'application de la loi.

[82] Enfin, les policiers doivent prendre des notes détaillées de ce qu'ils ont examiné dans le téléphone cellulaire. La Cour a encouragé la prise de notes de ce genre dans l'arrêt *Vu* dans le contexte d'une fouille autorisée par un mandat : par. 70. Elle a également encouragé la prise de notes dans le contexte de fouilles à nu : *Golden*, par. 101. À mon avis, étant donné que nous sommes en présence d'un pouvoir extraordinaire de procéder à une fouille qui ne requiert ni mandat ni motifs raisonnables et probables, l'obligation de consigner soigneusement le contenu fouillé et la façon dont il a été fouillé devrait être imposée comme impératif constitutionnel. Il faudrait généralement consigner les applications ayant fait l'objet d'une fouille ainsi que l'étendue, l'heure, les objectifs et la durée de la

searches incident to arrest, there is no prior authorization. Having a clear picture of what was done is important to such review being effective. In addition, the record keeping requirement is likely to have the incidental effect of helping police officers focus on the question of whether their conduct in relation to the phone falls squarely within the parameters of a lawful search incident to arrest.

[83] To summarize, police officers will not be justified in searching a cell phone or similar device incidental to every arrest. Rather, such a search will comply with s. 8 where:

- (1) The arrest was lawful;
- (2) The search is truly incidental to the arrest in that the police have a reason based on a valid law enforcement purpose to conduct the search, and that reason is objectively reasonable. The valid law enforcement purposes in this context are:
 - (a) Protecting the police, the accused, or the public;
 - (b) Preserving evidence; or
 - (c) Discovering evidence, including locating additional suspects, in situations in which the investigation will be stymied or significantly hampered absent the ability to promptly search the cell phone incident to arrest;
- (3) The nature and the extent of the search are tailored to the purpose of the search; and
- (4) The police take detailed notes of what they have examined on the device and how it was searched.

[84] In setting out these requirements for the common law police power, I do not suggest that these measures represent the only way to make

fouille. Le contrôle judiciaire après le fait est particulièrement important lorsque, comme c'est le cas lors de fouilles accessoires à l'arrestation, il n'y a aucune autorisation préalable. Pour assurer l'efficacité de ce contrôle, il est important que l'on ait une image claire des mesures qui ont été prises. De plus, l'exigence de conserver des notes aura probablement pour effet accessoire d'aider les policiers à se concentrer sur la question de savoir si les mesures prises à l'égard du téléphone sont conformes aux paramètres de la fouille légale accessoire à l'arrestation.

[83] En résumé, les policiers ne seront pas autorisés à procéder à la fouille d'un téléphone cellulaire ou d'un appareil similaire accessoirement à chaque arrestation. Les fouilles de cette nature seront plutôt conformes à l'art. 8 lorsque :

- (1) l'arrestation est légale;
- (2) la fouille est véritablement accessoire à l'arrestation puisque les policiers peuvent invoquer un objectif d'application de la loi valable et objectivement raisonnable pour procéder à la fouille; dans ce contexte, les objectifs valables d'application de la loi sont les suivants :
 - a) protéger les policiers, l'accusé ou le public;
 - b) conserver les éléments de preuve;
 - c) découvrir des éléments de preuve, notamment trouver d'autres suspects, lorsque l'enquête sera paralysée ou sérieusement entravée si l'on n'effectue pas rapidement une fouille accessoire à l'arrestation à l'égard du téléphone cellulaire;
- (3) la nature et l'étendue de la fouille sont adaptées à l'objectif de la fouille;
- (4) les policiers prennent des notes détaillées de ce qu'ils ont examiné dans l'appareil et de la façon dont ils l'ont fait.

[84] En établissant ces exigences à l'égard du pouvoir conféré aux policiers par la common law, je ne prétends pas que ces mesures représentent la

searches of cell phones incident to arrest constitutionally compliant. This may be an area, as the Court concluded was the case in *Golden*, in which legislation may well be desirable. The law enforcement and privacy concerns may be balanced in many ways and my reasons are not intended to restrict the acceptable options.

B. Second Issue: Application of the Framework to the Present Case

[85] The initial search of the appellant's cell phone incidental to his arrest revealed a relevant draft text message and photographs. Although there were subsequent searches, no additional evidence was found and the evidence from the cell phone tendered by the Crown at trial was that originally viewed by Sgt. Hicks: Ruling, at para. 30. It is therefore only necessary to rule on the legality of his initial searches of the cell phone.

[86] As I discussed in detail earlier in my reasons, there were important law enforcement objectives to be served by a prompt search of aspects of the phone. The police believed that to be the case, and their belief was reasonable. However, the officers' evidence about the extent of the cell phone search was not satisfactory. Sergeant Hicks said that he "had a look through the cell phone" but could not recall specifics: Ruling, at para. 20. Detective Constable Abdel-Malik said that he later did "some quick checks" for about two minutes, but, again, his evidence is not very specific: Ruling, at para. 24. There were subsequent examinations of the phone by Sgt. Hicks, Det. Const. Abdel-Malik and Det. Nicol, but they were not able to provide many specifics of exactly what was examined.

[87] The Crown bears the burden of establishing that the search incident to arrest was lawful. In

seule façon de rendre conformes à la Constitution les fouilles accessoires à l'arrestation à l'égard de téléphones cellulaires. Il peut s'agir d'un domaine, comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *Golden*, où un texte législatif serait souhaitable. L'équilibre entre l'application de la loi et les préoccupations en matière de vie privée peut être établi de nombreuses façons, et mes motifs ne visent pas à restreindre les options acceptables.

B. Deuxième question : l'application de ce cadre à l'affaire qui nous occupe

[85] La fouille initiale du téléphone cellulaire de l'appelant effectuée accessoirement à son arrestation a permis de trouver un projet de message texte pertinent et des photos. Bien que des fouilles aient été effectuées subséquemment, aucun autre élément de preuve n'a été trouvé et les éléments de preuve provenant du téléphone cellulaire présentés par le ministère public au procès étaient ceux que le sergent Hicks avait initialement vus : décision, par. 30. Par conséquent, il suffit de statuer sur la légalité des fouilles qu'il a initialement effectuées dans le téléphone cellulaire.

[86] J'ai déjà expliqué de façon détaillée que le fait de fouiller rapidement certains éléments du téléphone cellulaire pouvait permettre de réaliser d'importants objectifs d'application de la loi. C'est ce que croyaient les policiers, et leur croyance était raisonnable. Cependant, le témoignage des policiers concernant l'étendue de la fouille du téléphone cellulaire n'était pas satisfaisant. Le sergent Hicks a affirmé qu'il [TRADUCTION] « a regardé le contenu du téléphone cellulaire » mais ne pouvait se rappeler des détails : décision, par. 20. Le gendarme-détective Abdel-Malik a affirmé qu'il a plus tard effectué [TRADUCTION] « quelques vérifications rapides » pendant environ deux minutes mais, là encore, son témoignage n'est pas très précis : décision, par. 24. Le sergent Hicks, le gendarme-détective Abdel-Malik et le détective Nicol ont subséquemment examiné le téléphone cellulaire, mais n'étaient pas en mesure de fournir des détails sur ce qui a été examiné exactement.

[87] Il incombe au ministère public d'établir que la fouille accessoire à l'arrestation était légale. À

my view, that burden is not met, absent detailed evidence about precisely what was searched, how and why. That sort of evidence was lacking in this case, and the lack of evidence, in turn, impedes meaningful judicial review of the legality of the search. As I mentioned earlier, this after-the-fact review is particularly important in the case of warrantless searches where there has been no prior judicial screening as occurs when a warrant is required.

[88] I conclude that the initial search was not reasonable and it therefore breached Mr. Fearon's s. 8 rights.

C. *Should the Evidence Be Excluded?*

[89] Section 24(2) of the *Charter* provides that evidence obtained in a manner that infringes the accused's rights "shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute". This requires courts to assess and balance the effect of admitting the evidence in light of three factors: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 71. The party seeking to have the evidence excluded bears the burden of proving its exclusion is required.

[90] The trial judge found no breach, but conducted a s. 24(2) analysis in the event she erred in that respect. Her findings of fact in this regard, like her other findings of fact, are entitled to deference on appeal.

[91] The first factor is the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct. An important consideration is whether admission of the evidence may send a message that the court condones serious state misconduct.

[92] The trial judge made strong findings relevant to this factor. She concluded that, "if there was a breach, it was not conduct on the serious end of the

mon sens, il ne s'acquitte pas de ce fardeau en l'absence d'éléments de preuve détaillés indiquant avec précision le contenu qui a fait l'objet de la fouille, la façon dont la fouille a été effectuée et la raison pour laquelle elle a été effectuée. On ne trouvait pas de tels éléments de preuve en l'espèce, et le manque de preuve fait obstacle à une véritable révision judiciaire de la légalité de la fouille. Je le répète, cette révision après le fait est particulièrement importante dans le cas des fouilles sans mandat pour lesquelles aucun examen judiciaire antérieur n'a eu lieu comme c'est le cas lorsqu'un mandat est requis.

[88] Je conclus que la fouille initiale n'était pas raisonnable et a en conséquence porté atteinte aux droits que l'art. 8 garantit à M. Fearon.

C. *Les éléments de preuve devraient-ils être écartés?*

[89] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* prévoit que des éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits de l'accusé « sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». Ainsi, le tribunal doit évaluer et mettre en balance l'effet qu'aurait l'utilisation des éléments de preuve en tenant compte de trois facteurs : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 71. Il incombe à la partie qui demande l'exclusion de la preuve de prouver que cette exclusion est nécessaire.

[90] La juge du procès a conclu qu'il n'y avait pas eu violation, mais elle a effectué une analyse fondée sur le par. 24(2) dans l'éventualité où elle aurait commis une erreur à cet égard. Ses conclusions de fait à cet égard, tout comme ses autres conclusions de fait, commandent la déférence en appel.

[91] Le premier facteur est la gravité de la conduite attentatoire de l'État. Il importe de se demander si l'utilisation des éléments de preuve peut donner à penser que le tribunal tolère l'inconduite grave de l'État.

[92] La juge du procès a tiré de solides conclusions relativement à ce facteur. Elle a conclu que [TRADUCTION] « s'il y a eu violation, la conduite

scale”: Ruling, at para. 54. She also found that the police acted in good faith:

Sgt. Hicks and later Abdel-Malik and Nicol believed that they were acting within their powers of search incident to arrest at the time they looked into the contents. To date, there is no clear binding jurisprudence that would have directed the police to treat the cell phone in any way other than they did upon arrest. Detective Nicol applied for and obtained a warrant to do a comprehensive search and download of the phone six months after the initial searches with those searches fully disclosed in the information to obtain. He did this after learning about a case, subsequent to the searches on July 26 and 27, 2009, that ruled that he should get a warrant to have the Technological Crime Lab search and download the information stored in the cell phone. [*ibid.*]

[93] The trial judge’s summary of the state of the law at the time of the search is a fair one, in my view. At the time, the decision most favourable to the appellant’s position was that of the Ontario Superior Court of Justice in *Polius*, but it was issued only slightly more than a month before the search and it contemplated “cursory” searches of cell phones incident to arrest: paras. 39 ff. (I note that *R. v. Finnikin*, 2009 CanLII 82187 (Ont. S.C.J.), to which the trial judge referred, was decided several months after the search in this case.) As the trial judge pointed out, there were cases at the time approving cell phone searches incident to arrest. In fact, it is fair to say that this was the dominant view at the time of the arrest. The Court of Appeal’s unanimous decision upholding the legality of the search in this case supports the conclusion that the officer’s view of the law was reasonable. The officer’s subsequent conduct in obtaining the warrant which fully disclosed the earlier searches supports the trial judge’s conclusion that the police acted in good faith.

reprochée n’était pas des plus graves » : décision, par. 54. Elle a également conclu que les policiers avaient agi de bonne foi :

[TRADUCTION] Le sergent Hicks et, plus tard, les détectives Abdel-Malik et Nicol, croyaient agir conformément à leurs pouvoirs de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation au moment où ils ont regardé le contenu du téléphone. À ce jour, aucun précédent jurisprudentiel clair et contraignant n’aurait incité les policiers à traiter le téléphone cellulaire autrement que de la façon dont ils l’ont fait après l’arrestation. Le détective Nicol a demandé et obtenu un mandat en vue de procéder à une fouille et à un téléchargement complet du téléphone six mois après les fouilles initiales, et les détails de ces fouilles étaient entièrement exposés dans la dénonciation en vue d’obtenir le mandat. Il a fait cette demande après avoir eu connaissance d’une décision, subséquente aux fouilles des 26 et 27 juillet 2009, dans laquelle on avait conclu que les policiers devaient obtenir un mandat avant que le laboratoire des crimes technologiques ne puisse fouiller et télécharger les données stockées dans un téléphone cellulaire. [*ibid.*]

[93] Je suis d’avis que le résumé qu’a fait la juge du procès de l’état du droit au moment de l’arrestation est juste. À ce moment-là, la décision la plus favorable à la thèse de l’appelant était celle de la Cour supérieure de justice de l’Ontario dans *Polius*, mais elle n’a été rendue qu’un peu plus d’un mois avant la fouille et visait des fouilles « sommaires » de téléphones cellulaires effectuées accessoirement à l’arrestation : par. 39 et suiv. (Je remarque que la décision *R. c. Finnikin*, 2009 CanLII 82187 (C.S.J. Ont.), à laquelle la juge du procès a fait allusion, a été rendue plusieurs mois après la fouille en l’espèce.) Comme l’a signalé la juge du procès, certaines décisions à l’époque approuvaient les fouilles accessoires à l’arrestation à l’égard de téléphones cellulaires. En fait, il est juste de dire qu’il s’agissait de l’opinion dominante au moment de l’arrestation. La décision de la Cour d’appel confirmant à l’unanimité la légalité de la fouille en l’espèce étaye la conclusion que l’interprétation du droit par le policier était raisonnable. Le fait que le policier ait subséquemment obtenu le mandat détaillant les fouilles effectuées précédemment étaye la conclusion de la juge du procès selon laquelle les policiers avaient agi de bonne foi.

[94] Of course, the police cannot choose the least onerous path whenever there is a gray area in the law. In general, faced with real uncertainty, the police should err on the side of caution by choosing a course of action that is more respectful of the accused's potential privacy rights. But here, if the police faced a gray area, it was a very light shade of gray, and they had good reason to believe, as they did, that what they were doing was perfectly legal.

[95] In my view, the first factor favours admission of the evidence. There is not here even a whiff of the sort of indifference on the part of the police to the suspect's rights that requires a court to disassociate itself from that conduct. The police simply did something that they believed on reasonable grounds to be lawful and were proven wrong, after the fact, by developments in the jurisprudence. That is an honest mistake, reasonably made, not state misconduct that requires exclusion of evidence.

[96] The second factor concerns the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused. Any search of any cell phone has the potential to be a very significant invasion of a person's informational privacy interests. But, in the particular circumstances of this case, the trial judge found, in effect, that Mr. Fearon had not established that the invasion of his privacy had been particularly grave. This conclusion is supported by the fact that Mr. Fearon did not challenge the warrant that was subsequently issued for the comprehensive search of the cell phone. This amounts to a concession that, even if the findings of the initial search were excised from the information to obtain that warrant, reasonable and probable grounds were still made out. As the trial judge noted, "[t]he unchallenged warrant mitigates against both the seriousness of the assumed earlier breach and the impact on [Mr. Fearon's] *Charter*-protected interests": Ruling, at para. 54. So we are not here concerned with a search that could not have been legally conducted at all. Mr. Fearon's privacy interests were going to be impacted one way or the

[94] Bien entendu, les policiers ne peuvent prendre le moyen le moins compliqué lorsque le droit comporte une zone grise. En général, lorsqu'ils sont vraiment incertains, les policiers devraient redoubler de prudence en optant pour une ligne de conduite qui est plus respectueuse des droits que l'accusé pourrait avoir en matière de respect de la vie privée. Mais en l'espèce, si les policiers se trouvaient dans une zone grise, cette nuance de gris était très subtile, et ils avaient de bonnes raisons de croire que les mesures prises étaient parfaitement légales.

[95] À mon avis, le premier facteur favorise l'admission des éléments de preuve. En l'espèce, il n'y a pas même eu, de la part des policiers, une ombre d'indifférence envers les droits du suspect qui exigerait du tribunal qu'il se dissocie de cette conduite. Les policiers ont simplement pris des mesures qu'ils croyaient raisonnablement légales et, ultérieurement, l'évolution de la jurisprudence a prouvé qu'ils avaient eu tort. Il s'agit d'une erreur honnête, commise raisonnablement, et non d'une inconduite de l'État qui exige l'exclusion des éléments de preuve.

[96] Le deuxième facteur concerne l'incidence de la violation sur les intérêts de l'accusé que protège la *Charte*. Toute fouille d'un téléphone cellulaire risque de constituer une atteinte très importante à l'intérêt que porte une personne à la protection du caractère privé des renseignements qu'il contient. Or, dans les circonstances précises de l'espèce, le juge du procès a conclu, en fait, que M. Fearon n'avait pas établi que l'atteinte à sa vie privée était particulièrement grave. Cette conclusion est étayée par le fait que M. Fearon n'a pas contesté le mandat qui a été subséquemment décerné relativement à la fouille complète du téléphone cellulaire. Ainsi, il reconnaît que même si les découvertes résultant de la fouille initiale étaient retirées de la dénonciation en vue d'obtenir le mandat, il existerait toujours des motifs raisonnables et probables. Comme l'a fait remarquer le juge du procès, [TRADUCTION] « [l]e mandat non contesté atténue tant la gravité de la présumée violation antérieure que l'incidence de la fouille sur les intérêts de [M. Fearon] que protège la *Charte* » : décision, par. 54. Ainsi, il ne s'agit pas en l'espèce d'une fouille qui n'aurait pas

other, and the particular breach of his s. 8 rights in this case did not significantly change the nature of that impact: see, e.g., *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 84. While this factor favours exclusion, it does so weakly.

[97] The final factor is society’s interest in the adjudication of the case on its merits. The evidence here is cogent and reliable. As the trial judge found, its exclusion “would undermine the truth seeking function of the justice system”: Ruling, at para. 55. This factor favours admission.

[98] I conclude that the evidence should not be excluded.

IV. Disposition

[99] I would dismiss the appeal.

The reasons of LeBel, Abella and Karakatsanis JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting) —

I. Introduction

[100] We live in a time of profound technological change and innovation. Developments in mobile communications and computing technology have revolutionized our daily lives. Individuals can, while walking down the street, converse with family on the other side of the world, browse vast stores of human knowledge and information over the Internet, or share a video, photograph or comment about their experiences with a legion of friends and followers.

[101] The devices which give us this freedom also generate immense stores of data about our movements and our lives. Ever-improving GPS

pu être effectuée légalement. Il y aurait eu d’une façon ou d’une autre une incidence sur les intérêts de M. Fearon en matière de respect de sa vie privée, et la violation précise de ses droits garantis par l’art. 8 n’a pas changé considérablement la nature de cette incidence : voir, p. ex., *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 84. Bien que ce facteur milite en faveur de l’exclusion, il ne le fait pas de façon convaincante.

[97] Le dernier facteur est l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond. Les éléments de preuve en l’espèce sont convaincants et fiables. Comme l’a conclu la juge du procès, leur exclusion [TRADUCTION] « minerait la fonction de recherche de la vérité du système de justice » : décision, par. 55. Ce facteur favorise l’admissibilité.

[98] Je conclus que les éléments de preuve ne devraient pas être écartés.

IV. Dispositif

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

Version française des motifs des juges LeBel, Abella et Karakatsanis rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) —

I. Introduction

[100] Nous vivons à une époque de constantes innovations et de profonds changements techniques. Les progrès réalisés dans les domaines des communications sans fil et de l’informatique ont révolutionné notre vie de tous les jours. En déambulant dans la rue, les gens peuvent converser avec des membres de leur famille qui se trouvent de l’autre côté du globe, consulter sur Internet un vaste bassin de connaissances humaines et d’informations, ou encore partager avec une multitude d’amis et d’abonnés une vidéo, une photo ou un commentaire relativement à leurs expériences.

[101] Les appareils qui nous offrent cette liberté génèrent aussi d’énormes quantités de données sur nos déplacements et nos vies. La technologie de

technology even allows these devices to track the locations of their owners. Private digital devices record not only our core biographical information but our conversations, photos, browsing interests, purchase records, and leisure pursuits. Our digital footprint is often enough to reconstruct the events of our lives, our relationships with others, our likes and dislikes, our fears, hopes, opinions, beliefs and ideas. Our digital devices are windows to our inner private lives.

[102] Therefore, as technology changes, our law must also evolve so that modern mobile devices do not become the telescreens of George Orwell's *1984*. In this appeal, we are asked to decide when police officers are entitled to search a mobile phone found in the possession or vicinity of an accused person upon arrest. Because this new technology poses unique threats to peoples' privacy, we must turn to first principles to determine the appropriate response.

[103] An individual's right to a private sphere is a hallmark of our free and democratic society. This Court has recognized that privacy is essential to human dignity, to democracy, and to self-determination. Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protects the right to be free from *unreasonable* search and seizure. In defining the contours of a *reasonable* search, the law balances legitimate state interests, including safety and securing evidence in law enforcement, with the privacy interests of individuals. This balance generally requires judicial pre-authorization for a search, and a warrantless search is *prima facie* unreasonable.

géolocalisation (GPS) toujours plus perfectionnée permet même de suivre les déplacements des propriétaires d'un appareil muni d'un système GPS. Les appareils numériques personnels enregistrent non seulement nos renseignements biographiques, mais aussi nos conversations, nos photos, les sites sur le Web qui nous intéressent, les données concernant nos achats ainsi que nos loisirs. Notre empreinte numérique est souvent suffisante pour reconstituer les événements de notre vie, nos relations avec les autres, nos goûts et nos aversions, nos craintes, nos espoirs, nos opinions, nos croyances et nos idées. Nos appareils numériques sont en quelque sorte des fenêtres sur notre vie privée intérieure.

[102] En conséquence, au fur et à mesure qu'évoque la technologie, le droit doit lui aussi évoluer afin que les appareils portables ne deviennent pas les « télécrans » du roman *1984* de George Orwell. Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à décider dans quelles circonstances les policiers sont autorisés à fouiller un téléphone cellulaire trouvé en la possession ou à proximité d'un accusé lors de son arrestation. Comme cette nouvelle technologie présente des dangers uniques pour la vie privée des citoyens, il est nécessaire d'examiner les principes de base en la matière afin de trouver la réponse appropriée.

[103] Le droit des gens à une sphère privée est une caractéristique principale de notre société libre et démocratique. Notre Cour a reconnu que la vie privée constitue un aspect essentiel de la dignité humaine, de la démocratie et de l'autodétermination. L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à chacun le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies *abusives*. Pour bien délimiter les contours d'une fouille *non abusive*, le droit met en équilibre les intérêts légitimes de l'État — notamment assurer la sécurité et recueillir des éléments de preuve aux fins d'application de la loi — et ceux des individus au respect de leur vie privée. Cette mise en équilibre exige généralement que les autorités obtiennent au préalable l'autorisation des tribunaux avant de procéder à une fouille, et une fouille exécutée sans mandat est donc à première vue abusive.

[104] Nonetheless, our law recognizes that pre-authorization is not always feasible, such as when a search is reasonably necessary to effect an arrest. For this reason, the police have a limited power to search lawfully arrested individuals and their immediate vicinity. However, this police power does not extend to searches which encroach on the arrested person's most private spheres — searches of the home, or the taking of bodily samples. In my view, searches of personal digital devices risk similarly serious encroachments on privacy and are therefore not authorized under the common law power to search incident to arrest.

[105] The intensely personal and uniquely pervasive sphere of privacy in our personal computers requires protection that is clear, practical and effective. An overly complicated template, such as the one proposed by the majority, does not ensure sufficient protection. Only judicial pre-authorization can provide the effective and impartial balancing of the state's law enforcement objectives with the privacy interests in our personal computers. Thus, I conclude that the police must obtain a warrant before they can search an arrested person's phone or other personal digital communications device. Our common law already provides flexibility where there are exigent circumstances — when the safety of the officer or the public is at stake, or when a search is necessary to prevent the destruction of evidence.

[106] In this case, the appellant was arrested in connection with an armed robbery. Upon arrest, the police searched his cell phone and discovered incriminating evidence. The police had no grounds to suspect there was an imminent threat to safety

[104] Néanmoins, notre droit reconnaît que l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable n'est pas toujours possible en pratique, par exemple lorsque la fouille est raisonnablement nécessaire pour procéder à une arrestation. Pour cette raison, les policiers disposent d'un pouvoir limité qui leur permet de fouiller une personne arrêtée légalement et son environnement immédiat. Cependant, ce pouvoir ne permet pas les fouilles qui empiètent sur les zones les plus privées de la sphère d'intimité de la personne arrêtée — les perquisitions à son domicile ou les prélèvements d'échantillons de substances corporelles. À mon avis, les fouilles d'appareils numériques personnels risquent d'entraîner des empiètements tout aussi graves sur la vie privée et elles ne sont en conséquence pas autorisées en vertu du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation que reconnaît la common law.

[105] La sphère d'intimité éminemment personnelle — et extrêmement généralisée — dont jouissent les gens à l'égard de leurs ordinateurs personnels commande un régime de protection clair, pratique et effectif. Un régime exagérément complexe, tel celui que propose la majorité, n'assure pas une protection suffisante. Seul un régime d'autorisation judiciaire préalable permet de réaliser une mise en équilibre effective et impartiale des objectifs de l'État en matière d'application de la loi et des intérêts des gens au respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs ordinateurs personnels. Par conséquent, j'arrive à la conclusion que les policiers doivent obtenir un mandat avant de pouvoir fouiller le téléphone ou un autre appareil de communication numérique personnel d'une personne arrêtée. Nos règles de common law accordent déjà aux policiers la souplesse dont ils ont besoin lorsque l'urgence de la situation exige qu'ils agissent sans mandat — lorsque la sécurité de l'agent ou du public est en jeu, ou lorsqu'une fouille est nécessaire pour empêcher la destruction d'éléments de preuve.

[106] En l'espèce, l'appelant a été arrêté relativement à un vol à main armée. Lors de son arrestation, les policiers ont fouillé son téléphone cellulaire et y ont découvert des éléments de preuve incriminants. Ils n'avaient à ce moment aucun motif de

and no grounds to believe there was an imminent risk of the destruction of evidence. Consequently, I conclude that the search was unreasonable and unconstitutional. The police were required to obtain a warrant before searching the phone, although they were entitled to seize the phone pending an application for a warrant. I would exclude the evidence so obtained.

II. Facts

[107] Kevin Fearon was arrested in connection with the armed robbery of jewellery at a market in Toronto in July 2009. A pat-down search by police, incident to arrest, revealed a cell phone in Fearon's pocket. The phone was not locked, and an arresting officer accessed its text messages and photographs, including a photograph of a gun. That evening, the phone was examined by another officer, who discovered an unsent text message reading "We did it were the jewlery at nigga burrrrrrrrrrr" (trial judge's ruling on cell phone searches, 2010 ONCJ 645 (CanLII), at para. 24 (Ruling)). The officer saved the message and checked the cell phone four more times throughout the night.

[108] In early 2010, the officers came to believe a warrant was required in order to submit the phone to the Technological Crime Unit and download its contents. They therefore sought a warrant, which was granted in February 2010. Apart from the photograph and unsent text found shortly after the arrest, no further incriminating evidence was found during the subsequent examination.

[109] At trial, Fearon unsuccessfully argued that the warrantless search of the cell phone constituted an unreasonable search and seizure in violation of

souçonner l'existence d'une menace imminente à la sécurité ni aucun motif de croire qu'il existait un risque imminent que des éléments de preuve soient détruits. En conséquence, je conclus que la fouille était abusive et inconstitutionnelle. Les policiers étaient tenus d'obtenir un mandat avant de fouiller le téléphone, mais ils étaient néanmoins autorisés à saisir l'appareil en attendant qu'une demande de mandat soit tranchée. J'écarterais les éléments de preuve obtenus par suite de la fouille.

II. Faits

[107] Kevin Fearon a été arrêté relativement à un vol à main armée commis dans une bijouterie, dans un marché à Toronto en juillet 2009. Par suite d'une fouille par palpation exécutée accessoirement à l'arrestation, les policiers ont découvert un téléphone cellulaire dans la poche de M. Fearon. Le téléphone n'étant pas verrouillé, un des agents ayant procédé à l'arrestation a consulté les messages texte et les photos qu'il contenait, notamment la photo d'une arme à feu. Le soir même, le téléphone a été examiné par un autre policier, qui a découvert un message texte non envoyé, rédigé en ces termes : « *We did it were the jewlery at nigga burrrrrrrrrrr* » ([TRADUCTION APPROXIMATIVE] « On l'a fait, où sont les bijoux, nègre burrrrrrrrrrr ») (décision de la juge du procès relative aux fouilles du téléphone cellulaire, 2010 ONCJ 645 (CanLII), par. 24 (décision)). L'agent a sauvegardé le message et a vérifié le téléphone cellulaire à quatre autres reprises au cours de la nuit.

[108] Au début de 2010, les policiers ont estimé qu'un mandat était requis pour envoyer le téléphone au service des crimes technologiques et télécharger son contenu. Ils ont donc demandé un mandat, qui leur a été accordé en février 2010. Mis à part la photo et le message texte non envoyé découverts peu après l'arrestation, aucun autre élément de preuve incriminant n'a été trouvé durant l'examen subséquent.

[109] Au procès, M. Fearon a fait valoir sans succès que la fouille sans mandat du téléphone cellulaire avait constitué une fouille et une saisie

s. 8 of the *Charter*. Oleskiw J. held that the officers had a reasonable prospect of securing evidence of the offence when they searched the phone, as required by this Court's decision in *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 22, and the search was therefore reasonable. The trial judge concluded that, while the information in a cell phone is private, the information in this particular cell phone was not sufficiently connected to the dignity of the person for the court to create an exception to the power to search incidental to arrest. The evidence was admitted, and Fearon was ultimately convicted of armed robbery and related offences.

[110] Fearon appealed to the Ontario Court of Appeal, in part on the basis that the search of his cell phone incident to arrest was in violation of s. 8. The court concluded that the initial search by the arresting officer was within the ambit of the power to search incidental to arrest. The cell phone was not password-protected or otherwise "locked" and the police officers had a reasonable belief that they might find relevant evidence. While the court considered that the subsequent searches of the cell phone at the police station that evening may have gone beyond the power to search incidental to arrest, they found no palpable and overriding error with the trial judge's conclusion.

[111] The court declined to create an exception to the power of search incidental to arrest with respect to cell phones. They concluded that such an exception would mark a significant departure from the existing state of the law on a record that does not suggest it is necessary. They considered it particularly significant that the cell phone was not password-protected or otherwise "locked", and suggested that it would not have been appropriate to

abusives contrevenant à l'art. 8 de la *Charte*. La juge Oleskiw a conclu que les policiers avaient des chances raisonnables de découvrir des éléments de preuve de l'infraction lorsqu'ils ont fouillé le téléphone, comme l'exige l'arrêt de notre Cour *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 22, et que la fouille n'était par conséquent pas abusive. De l'avis de la juge, bien que les données se trouvant dans un téléphone cellulaire aient un caractère privé, celles que renfermait ce téléphone précis ne se rattachaient pas suffisamment à la dignité de la personne pour que le tribunal soit justifié de créer une exception au pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation. Les éléments de preuve ont été admis, et M. Fearon a en définitive été déclaré coupable de vol qualifié perpétré avec une arme et d'infractions connexes.

[110] Monsieur Fearon a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, en partie pour le motif que la fouille de son téléphone cellulaire effectuée accessoirement à l'arrestation contrevenait à l'art. 8. La Cour d'appel a jugé que la fouille initiale par l'agent ayant procédé à l'arrestation entrait dans le champ d'application du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation. Le téléphone n'était pas protégé par un mot de passe ni [TRADUCTION] « verrouillé » de quelque autre façon, et les policiers possédaient des motifs raisonnables de croire qu'ils pourraient y trouver des éléments de preuve pertinents. Bien que la Cour d'appel ait considéré que les fouilles subséquentes du téléphone effectuées au poste de police ce soir-là pouvaient avoir excédé le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation, elle n'a relevé aucune erreur manifeste et dominante dans la conclusion tirée par la juge de première instance.

[111] La Cour d'appel a refusé de créer, à l'égard des téléphones cellulaires, une exception au pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation. Une telle exception aurait représenté selon elle un changement important à l'état actuel du droit, et ce, sur la base d'un dossier qui ne démontrait pas la nécessité d'un tel changement. La cour a considéré comme particulièrement significatif le fait que le téléphone n'était pas protégé par un mot de passe

search a locked phone without a warrant. The court dismissed the appeal.

III. Analysis

A. *Privacy and the Power to Search Incident to Arrest*

[112] Our *Charter* jurisprudence recognizes the concept of a “sphere of privacy” to define the proper limits of state authority in a free and democratic society. It recognizes that privacy — a sphere of protection for private life — is essential to personal freedom and dignity (see *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 16). Privacy gives us a safe zone in which to explore and develop our identities and our potential both as individuals and as participants in our society.

[113] On our digital devices, we may choose to investigate an idea on the Internet without wishing to attach ourselves to it. We may take pictures in the context of an intimate relationship, but not wish that these pictures be seen by others and redefine our public image. We may debate controversial ideas through text message or email, but not intend to commit to the opinions expressed.

[114] Individuals should be free to choose the audiences with whom they share their ideas, habits, experiments and movements. We should be free to act, think, feel, and ponder outside the public gaze.¹ We should feel free to take actions that may

¹ Professor L. M. Austin casts this freedom as the “capacity for self-presentation”: “Control Yourself, or at Least Your Core Self” (2010), 30 *Bull. Sci. Tech. & Soc.* 26.

ou [TRADUCTION] « verrouillé » de quelque autre façon, indiquant qu’il n’aurait pas été approprié de fouiller sans mandat un téléphone verrouillé. La Cour d’appel a rejeté l’appel.

III. Analyse

A. *La vie privée et le pouvoir de fouille accessoire à l’arrestation*

[112] Notre jurisprudence relative à la *Charte* reconnaît le concept de « sphère d’intimité » lorsqu’elle définit les limites auxquelles doit être assujéti le pouvoir de l’État dans une société libre et démocratique. Elle reconnaît que la protection de la vie privée — une sphère à l’intérieur de laquelle la vie privée est protégée — est essentielle à la liberté et à la dignité de la personne (voir *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 16). La protection dont jouit la vie privée a pour effet d’établir en notre faveur une zone sûre, où nous pouvons explorer et développer notre identité et notre potentiel à la fois comme personne et comme membre de la société.

[113] Il est possible que, au moyen de nos appareils numériques, nous décidions d’examiner une idée sur Internet sans pour autant vouloir être associés à cette idée. Il nous est possible de prendre des photos dans le contexte d’une relation intime, sans pour autant souhaiter que celles-ci soient vues par d’autres personnes et redéfinissent notre image publique. Il nous est également possible de débattre d’idées controversées par messagerie texte ou par courriel, sans avoir l’intention d’adhérer aux opinions exprimées.

[114] Toute personne devrait être libre de choisir à qui elle fait part de ses idées, de ses habitudes, de ses expériences et de ses déplacements. Nous devrions être libres d’agir, de penser, de ressentir et de réfléchir à l’abri du regard du public¹.

¹ La professeure L. M. Austin décrit cette liberté comme la [TRADUCTION] « capacité d’une personne de se présenter elle-même » : « Control Yourself, or at Least Your Core Self » (2010), 30 *Bull. Sci. Tech. & Soc.* 26.

elicit negative reactions, or which may be inherently “incompatible with . . . putting on a public face”: L. Austin, “Privacy and the Question of Technology” (2003), 22 *Law & Phil.* 119, at p. 146, citing T. Nagel, “Concealment and Exposure” (1998), 27 *Phil. & Publ. Aff.* 3, at pp. 18-20. But individuals would fear to do these things if there were no private arena; no place for connections shared only between intimately connected people; no controversial discussion and debate. As Professor Austin argues, at pp. 146-47, we need this private space in order to grow as distinct individuals, and in order to have an “authentic inner life and intimate relationships”.

[115] A private inner life is essential to the autonomous individual that forms the basis of a free and democratic society as envisioned by the *Charter*. Privacy is a shield for autonomy and freedom, both for their own sake, and because they are prerequisites for our social and political structures.

[116] This Court has recognized both the intrinsic value of privacy and the importance of privacy to the fulfillment of other *Charter* rights and values. La Forest J. summarized this dual role in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28:

Grounded in man’s physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state.

More recently, in *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 15, Cromwell J. wrote that privacy is “a prerequisite to individual security, self-fulfilment and autonomy as well as to the maintenance of a thriving democratic society”.

Nous devrions nous sentir libres d’accomplir des actes qui pourraient susciter des réactions négatives ou être intrinsèquement [TRADUCTION] « incompatibles avec [. . .] l’image publique que l’on souhaite projeter » : L. Austin, « Privacy and the Question of Technology » (2003), 22 *Law & Phil.* 119, p. 146, citant T. Nagel, « Concealment and Exposure » (1998), 27 *Phil. & Publ. Aff.* 3, p. 18-20. Cependant, les gens craindraient de faire toutes ces choses s’il n’existait pas d’espace privé, d’endroit permettant d’échanger uniquement entre personnes intimement liées ou d’avoir des discussions et des débats controversés. Comme l’affirme la professeure Austin, aux p. 146-147, nous avons besoin d’un tel espace privé pour croître en tant qu’individus distincts, et pour avoir « une vie intérieure et des relations intimes authentiques ».

[115] Une vie intérieure privée est essentielle à la formation des individus autonomes qui représentent les assises de la société libre et démocratique envisagée par la *Charte*. La protection de la vie privée sert de rempart pour les valeurs d’autonomie et de liberté, tant pour ces valeurs elles-mêmes que parce que celles-ci constituent des conditions indispensables de nos structures sociales et politiques.

[116] La Cour a reconnu la valeur intrinsèque de la vie privée ainsi que son importance pour l’épanouissement d’autres droits et valeurs consacrés par la *Charte*. Le juge La Forest a résumé ainsi ce double rôle dans *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428 :

Fondée sur l’autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l’ordre public. L’interdiction qui est faite au gouvernement de s’intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l’essence même de l’État démocratique.

Plus récemment, dans *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 15, le juge Cromwell a écrit que la vie privée constitue « une condition préalable à la sécurité individuelle, à l’épanouissement personnel et à l’autonomie ainsi qu’au maintien d’une société démocratique prospère ».

[117] This Court has also pronounced on the dangers of putting “its *imprimatur*” on practices tending to give individuals reason to fear arbitrary or unjustified intrusions upon their privacy. The *threat* of unreasonable intrusions on privacy (and not only the unreasonable intrusion itself) is enough to undermine the values served by privacy. In *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 54, La Forest J. adopted the words of Harlan J., dissenting, in *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971), at pp. 787-88:

Authority is hardly required to support the proposition that words would be measured a good deal more carefully and communication inhibited if one suspected his conversations were being transmitted and transcribed. Were third-party bugging a prevalent practice, it might well smother that spontaneity — reflected in frivolous, impetuous, sacrilegious, and defiant discourse — that liberates daily life. Much off-hand exchange is easily forgotten and one may count on the obscurity of his remarks, protected by the very fact of a limited audience, and the likelihood that the listener will either overlook or forget what is said, as well as the listener’s inability to reformulate a conversation without having to contend with a documented record.

[118] As this Court noted in *Duarte*, Canadians value “the right to live in reasonable security and freedom from surveillance, be it electronic or otherwise. And it has long been recognized that this freedom not to be compelled to share our confidences with others is the very hallmark of a free society” (p. 53). Our personal autonomy includes our right to determine when, how, and to what extent we release personal information (p. 46).

[119] Section 8 of the *Charter* provides constitutional protection for privacy. It recognizes the right to be “secure against unreasonable search or seizure”. Of course, interests protected by the *Charter* are not absolute, and only *unreasonable* searches and seizures are prohibited; thus, the protection strikes a balance between the public interest in effective law enforcement and society’s interest in

[117] La Cour s’est également prononcée sur les dangers de donner « son *imprimatur* » à des pratiques qui tendent à faire naître chez les gens des raisons de craindre des atteintes arbitraires ou injustifiées à leur vie privée. Une *menace* d’atteintes abusives à la vie privée (et non pas seulement les atteintes abusives elles-mêmes) suffit pour miner les valeurs soutenues par la vie privée. Dans *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 54, le juge La Forest a fait siens les propos exprimés en dissidence par le juge Harlan dans *United States c. White*, 401 U.S. 745 (1971), p. 787-788 :

[TRADUCTION] C’est l’évidence même que l’on pèserait bien davantage ses mots et que la communication en serait gênée si l’on soupçonnait que les conversations étaient transmises et transcrites. Si l’écoute électronique par des tiers était une pratique répandue, elle pourrait étouffer cette spontanéité — reflétée dans les propos frivoles, vifs, sacrilèges et provocants — qui est la manifestation de la liberté dans la vie quotidienne. Bien des choses qui se disent au hasard d’une conversation s’oublent vite et chacun compte sur l’obscurité de ses remarques, protégée par le fait même de son auditoire restreint, par la probabilité que son auditeur oublie ce qui a été dit ou n’en tiendra pas compte, ainsi que par l’incapacité de l’auditeur de reconstituer une conversation, sans pouvoir se reporter à des notes écrites.

[118] Comme l’a souligné notre Cour dans *Duarte*, les Canadiens tiennent au « droit de vivre avec une mesure raisonnable de protection contre la surveillance électronique ou autre. Il est d’ailleurs reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d’une société libre » (p. 53). Notre autonomie personnelle inclut le droit de déterminer quand, comment et dans quelle mesure diffuser des renseignements personnels (p. 46).

[119] L’article 8 de la *Charte* accorde la protection de la Constitution à la vie privée. Il reconnaît à chacun le droit à « la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Bien entendu, les droits garantis par la *Charte* ne sont pas absolus et seules les fouilles, perquisitions et saisies *abusives* sont interdites; en conséquence, cette protection établit un équilibre entre l’intérêt

protecting privacy. As Dickson J. wrote in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60:

This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

[120] *Hunter v. Southam Inc.* established that, when feasible, there must be prior judicial authorization of a search. A warrantless search is *prima facie* unconstitutional, and the onus is on the Crown to establish the reasonableness of the search. The search will be *reasonable* under s. 8 if it is authorized by law; if the law itself is reasonable, and if the search is executed in a reasonable manner (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278). The issue in this case is whether a warrantless search of a cell phone, incident to arrest, is *authorized by law*.

[121] A search may be authorized by a common law police power if it is reasonably necessary to the execution of a recognized police duty, in light of all the circumstances (*R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at paras. 39-40; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725, at paras. 21 and 29). This Court has long recognized that police officers have a common law power to conduct a search of the individual and the immediate surroundings, as an incident to arrest (*Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at pp. 180-82). This limited power was born of necessity, in order to secure an arrest. In *Cloutier*, this Court recognized that it will often be necessary to perform a “pat-down” or “frisk” search (1) to ensure the safety of the police, the public and the accused, and (2) to preserve evidence (pp. 182 and 186). A warrant will often not be feasible to respond to these purposes. In *Caslake*, this Court

du public à ce que la loi soit appliquée efficacement et l’intérêt qu’a la société à protéger la vie privée. Comme l’a écrit le juge Dickson dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160 :

Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi.

[120] L’arrêt *Hunter c. Southam Inc.* a établi que, lorsque la chose est possible en pratique, les fouilles doivent faire l’objet d’une autorisation judiciaire préalable. Une fouille sans mandat est à première vue inconstitutionnelle, et il incombe au ministère public d’établir qu’elle n’est pas abusive. La fouille ne sera pas considérée comme *abusive* au regard de l’art. 8 si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée de manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278). Dans la présente affaire, il s’agit de décider si une fouille sans mandat d’un téléphone cellulaire, effectuée accessoirement à une arrestation, est *autorisée par la loi*.

[121] Une fouille peut être autorisée par un pouvoir que confère la common law aux policiers si elle est raisonnablement nécessaire à l’accomplissement d’un devoir policier reconnu, compte tenu de l’ensemble des circonstances (*R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 39-40; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725, par. 21 et 29). La Cour reconnaît depuis longtemps que les policiers disposent, en vertu de la common law, du pouvoir de fouiller accessoirement à l’arrestation la personne visée et les environs immédiats (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 180-182). Ce pouvoir limité découlait d’une nécessité de pouvoir procéder en sécurité à une arrestation. Dans *Cloutier*, la Cour a reconnu qu’il est souvent nécessaire d’effectuer une fouille « par palpation » ou « sommaire » (1) pour assurer la sécurité des policiers, du public et de l’accusé et (2) pour préserver des éléments de

highlighted the third law enforcement purpose that may justify a search connected to the arrest: (3) the discovery of evidence which can be used at trial (para. 19).

[122] The power to search incident to arrest evolved as a common law exception to the general requirement of judicial pre-authorization. It permits the physical search of items in the possession of the accused and authorizes searches that are reasonably necessary to conduct the arrest. Thus, a warrantless search is justified when the immediate needs of law enforcement authorities outweigh the individual's privacy interest (*Caslake*, at para. 17).

[123] Consistent with the balancing inherent in a s. 8 analysis, subsequent cases have recognized that a heightened privacy interest in a place or a piece of information may tilt the balance in favour of protecting privacy and preclude a search incident to arrest. In *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 159, this Court concluded that the heightened privacy interest in the home weighs against warrantless arrests in dwelling houses. In *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743, at pp. 756-57, Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal applied this reasoning to conclude that searches of the home incident to arrest are generally prohibited because the privacy interest in the home outweighs the state interest in performing a warrantless search, barring exceptional circumstances. Similarly, in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at paras. 49-50, this Court concluded that the warrantless taking of bodily samples including hair samples and teeth impressions following arrest was unlawful.

preuve (p. 182 et 186). Mais bien souvent, il ne sera pas possible en pratique de demander et d'obtenir un mandat pour satisfaire à ces objectifs. Dans *Caslake*, notre Cour a fait état d'un troisième objectif lié à l'application de la loi qui est susceptible de justifier une fouille liée à l'arrestation : (3) la découverte d'éléments de preuve qui pourront être utilisés au procès (par. 19).

[122] Le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation s'est développé, en common law, comme une exception à la règle générale exigeant une autorisation judiciaire préalable. Il permet la fouille matérielle d'objets en la possession de l'accusé, en plus d'autoriser les fouilles qui sont raisonnablement nécessaires pour pouvoir procéder à l'arrestation. Une fouille sans mandat est donc justifiée quand les besoins immédiats des autorités chargées d'appliquer la loi l'emportent sur l'intérêt de la personne en cause au respect de sa vie privée (*Caslake*, par. 17).

[123] Conformément à la mise en équilibre que requiert intrinsèquement l'analyse fondée sur l'art. 8, des arrêts ultérieurs ont reconnu qu'un intérêt élevé au respect de la vie privée à l'égard d'un lieu ou d'un élément d'information peut faire pencher la balance en faveur de la protection de la vie privée et empêcher une fouille accessoire à l'arrestation. Dans l'arrêt *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 159, la Cour a statué que l'intérêt élevé des citoyens au respect de leur vie privée dans leur domicile milite contre les arrestations sans mandat dans les maisons d'habitation. Dans *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743, p. 756-757, le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué ce raisonnement et conclu que les perquisitions effectuées accessoirement à une arrestation au domicile d'une personne sont généralement interdites parce que, sauf circonstances exceptionnelles, l'intérêt d'un citoyen au respect de sa vie privée à cet endroit l'emporte sur l'intérêt de l'État à effectuer une fouille sans mandat. De même, dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 49-50, la Cour a jugé qu'il est illégal de prélever sans mandat, à la suite d'une arrestation, des échantillons de substances corporelles, par exemple des cheveux et des poils ainsi que des empreintes dentaires.

[124] The key principle emerging from this jurisprudence is that the law enforcement interests in ensuring safety, preserving evidence, and gathering evidence on arrest will generally outweigh the privacy interest that an arrested person has in the physical items in his immediate vicinity, justifying a search incident to arrest. But where the underlying assumptions change — be it due to the exigencies of law enforcement or the privacy interest impacted by the search — the constitutional balance must be reassessed.

[125] This case examines whether the police power to search incident to arrest includes a power to search a cell phone or other digital device. Because the privacy interest in such a device is quantitatively and qualitatively different from that in other physical items traditionally subject to such searches, this analysis must begin with the consideration of first principles: what constitutes a *Charter* compliant “reasonable” balance between privacy and the needs of law enforcement with respect to the search of cell phones and similar devices incident to arrest. I will first consider the privacy interest in such digital devices, then the law enforcement interest in performing a warrantless search upon arrest, and conclude by discussing the appropriate balance between the two.

B. *Privacy Interest in Digital Devices*

[126] All parties agree that individuals have a high expectation of privacy in their cell phones.

[127] However, a cell phone cannot be treated like any other piece of physical evidence that may

[124] Le principe clé qui ressort de cette jurisprudence est que l’intérêt des autorités chargées de l’application de la loi pour ce qui est d’assurer la sécurité, de préserver la preuve et de recueillir des éléments de preuve lors de l’arrestation l’emportera généralement sur l’intérêt que porte la personne arrêtée au respect de sa vie privée à l’égard des objets matériels qui se trouvent dans son environnement immédiat, et justifiera une fouille accessoire à l’arrestation. Toutefois, lorsque les prémisses changent — que ce soit en raison des exigences de l’application de la loi ou de l’intérêt relatif à la vie privée compromis par la fouille — l’équilibre constitutionnel doit être réévalué.

[125] Il s’agit en l’espèce de décider si le pouvoir des policiers d’effectuer une fouille accessoire à une arrestation inclut celui de fouiller un téléphone cellulaire ou un autre appareil numérique. Comme l’intérêt au respect de la vie privée à l’égard d’un tel appareil diffère, sur les plans quantitatif et qualitatif, de celui applicable à d’autres objets matériels qui sont traditionnellement visés par de telles fouilles, la présente analyse commande tout d’abord un examen des principes de base : en quoi consiste un équilibre « raisonnable », conforme à la *Charte*, entre le respect de la vie privée et les exigences de l’application de la loi en ce qui concerne la fouille de téléphones cellulaires et d’appareils semblables effectuée accessoirement à une arrestation? Je vais d’abord examiner l’intérêt au respect de la vie privée applicable à de tels appareils numériques, puis me pencher sur l’intérêt des autorités chargées de l’application de la loi à effectuer une fouille sans mandat lors d’une arrestation. Enfin, je vais conclure par un examen du juste équilibre entre ces deux considérations.

B. *Intérêt au respect de la vie privée à l’égard des appareils numériques*

[126] Toutes les parties à l’instance s’entendent pour dire que les citoyens ont des attentes élevées en matière de respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs téléphones cellulaires.

[127] Cependant, un téléphone cellulaire ne saurait être traité comme n’importe quel autre élément

be found on an arrestee and searched incident to arrest. The analogy to a “briefcase” is not apt. In *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paras. 38 and 47, this Court recognized that a computer or cell phone is fundamentally unlike a conventional “receptacl[e]”. The four reasons Cromwell J. identified in that case are equally applicable here.

[128] First, computers and cell phones store immense amounts of information, some of which will be highly private in nature (*Vu*, at para. 41). In the case of a cell phone, this will include private communications in the form of texts and emails, potentially dating back years. The data storage capacity of a phone can vastly exceed what an individual could carry on their person or in a briefcase: thousands of pictures, messages, or videos. When combined in sufficient quantities, even individually mundane pieces of information have the potential to reveal aspects of our most private lives.

[129] Second, computers and cell phones are “fastidious record keeper[s]” (*Vu*, at para. 42). These digital devices can generate records of websites visited, documents read and created, and the details of the uses of almost all programs on the device. Cell phones in particular retain records of messages, both drafted and sent, calls made, and files transmitted and received. The ability of a cell phone to generate an exhaustive record of seemingly trivial aspects of a person’s day-to-day life means that it contains a far more thorough picture of what that person thought, said and did than any conventional form of data storage ever could. Because cell phones record details about so many aspects of our lives that would otherwise disappear, any intrusion into the device compromises our privacy interest in an unprecedented way. Our cell phones, on a daily basis, perform a level of surveillance which can generate and allow access to information ranging from social media communications to personal

de preuve matériel trouvé sur une personne arrêtée et fouillée accessoirement à l’arrestation. L’analogie avec une « mallette » n’est pas appropriée. Dans *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 38 et 47, la Cour a reconnu que les ordinateurs ou les téléphones cellulaires sont fondamentalement différents des « contenants » traditionnels. Les quatre raisons énoncées par le juge Cromwell dans cette affaire s’appliquent tout autant dans la présente affaire.

[128] Premièrement, les ordinateurs et les téléphones cellulaires stockent d’immenses quantités de données, dont certaines sont de nature très privée (*Vu*, par. 41). Dans le cas d’un téléphone cellulaire, ces données peuvent comprendre des communications privées prenant la forme de messages texte et de courriels, communications susceptibles de remonter à de nombreuses années. La capacité de stockage d’un téléphone peut aller bien au-delà de ce qu’une personne peut transporter sur elle-même ou dans une mallette : des milliers de photos, de messages ou de vidéos. Même des éléments anodins individuellement peuvent, lorsque mis ensemble en quantités suffisantes, révéler certains aspects très intimes de notre vie privée.

[129] Deuxièmement, les ordinateurs et les téléphones cellulaires « tien[nen]t les dossiers de façon très méticuleuse » (*Vu*, par. 42). Ces appareils numériques peuvent produire des comptes rendus des sites Web visités, des documents lus et créés, en plus de précisions sur l’utilisation de presque tous les programmes qu’ils contiennent. Les téléphones cellulaires, en particulier, gardent en mémoire les messages — tant ceux rédigés et envoyés que des projets de message —, les appels effectués ainsi que les fichiers transmis et reçus. Le fait qu’un téléphone puisse générer des comptes rendus exhaustifs d’aspects apparemment anodins de la vie quotidienne d’une personne signifie qu’un tel appareil contient une image beaucoup plus complète des pensées, propos et actions de cette personne que ce qu’a pu permettre toute forme traditionnelle de stockage de données jusqu’ici. Étant donné que les téléphones cellulaires enregistrent sur autant d’aspects de notre vie des détails qui autrement

habits, and from tracked news feeds to medication schedules.

[130] As well, digital devices can retain files and data even after users think they have been destroyed (*Vu*, at para. 43). This problem may be even more pronounced with respect to cell phones, on which detailed manipulation of background files can be even more challenging for the average user.

[131] Finally, the limitation inherent in searches incident to arrest — limiting a search to a particular place or item — is not a meaningful restriction, since modern digital devices are portals to vast stores of information that is not “in” the device, but is instead stored on servers, or on third party devices (*Vu*, at para. 44). For example, if a user logs in to an Internet browser on both her home computer and on her cell phone, the browser on the cell phone may contain not just a fastidious record of Internet usage on the cell phone, but also on the home computer. Similarly, social media applications may allow the holder of the cell phone to review messages and information generated by the user on other devices. Emails which have never been sent or read from the cell phone may be accessible through email applications (potentially including those sent many years ago). Files which have never been opened or created on the cell phone may be accessible through applications that allow the user to store files remotely. Moreover, someone examining the device may not be able to identify what is stored remotely.

disparaîtraient, toute intrusion dans ces appareils constitue une atteinte sans précédent à notre vie privée. Quotidiennement, nos téléphones cellulaires documentent à tel point nos activités qu’il est possible d’en tirer un large éventail de données — de nos interventions sur les médias sociaux à nos habitudes alimentaires, des fils de nouvelles que nous suivons aux médicaments que nous consommons.

[130] Également, il arrive que des appareils numériques conservent des fichiers et des données, même après que les utilisateurs croient les avoir détruits (*Vu*, par. 43). Ce problème peut même s’amplifier dans le cas des téléphones cellulaires, du fait que la manipulation fine de fichiers d’arrière-plan peut se révéler encore plus complexe pour l’utilisateur moyen.

[131] Enfin, la limite intrinsèque des fouilles accessoires à une arrestation — à savoir que la fouille se limite à un lieu ou à un objet donné — n’est pas une restriction utile, puisque les appareils numériques modernes constituent des portails donnant accès à de vastes quantités de données qui ne se trouvent pas « dans » l’appareil, mais sont plutôt stockées sur des serveurs et des appareils appartenant à des tiers (*Vu*, par. 44). Par exemple, si un utilisateur se connecte à un navigateur Web à la fois sur son ordinateur personnel et sur son téléphone cellulaire, le navigateur de son téléphone peut contenir un compte rendu méticuleux de son utilisation d’Internet, et ce, non seulement sur le téléphone, mais aussi sur l’ordinateur personnel. De même, certaines applications de médias sociaux peuvent permettre à la personne en possession du téléphone de consulter des messages et des données qu’a créés sur d’autres appareils la personne qui a utilisé ce téléphone. Des applications de courrier électronique permettent d’avoir accès à des courriels qui n’ont jamais été envoyés ou lus au moyen du téléphone (voire des messages envoyés de nombreuses années auparavant). Des fichiers qui n’ont jamais été ouverts ni créés sur le téléphone peuvent être consultés grâce à des applications permettant à l’utilisateur de stocker des fichiers à distance. De plus, une personne qui examine l’appareil pourrait ne pas être en mesure de déterminer ce qui a été stocké à distance.

[132] In short, the cell phone acts like a key or portal which can allow the user to access the full treasure trove of records and files that the owner has generated or used on any number of devices. It is not just the device itself and the information it has generated, but the gamut of (often intensely) personal data accessible via the device that gives rise to the significant and unique privacy interests in digital devices. The fact that a suspect may be carrying their house key at the time they are arrested does not justify the police using that key to enter the suspect's home. In the same way, seizing the key to the user's digital life should not justify a wholesale intrusion into that realm. Indeed, personal digital devices are becoming as ubiquitous as the house key. Increasingly large numbers of people carry such devices with them everywhere they go (be they cell phones, mobile computers, smart watches, smart glasses, or tablets).

[133] Cell phones and other wireless communications devices can continue to generate evidence even after they have been seized. The cell phone can continue to receive calls, text messages and emails even when out of the owner's control. Some of the concerns associated with searches of desktop computers identified in *Vu* — that the computer can generate information unknown to the user and that such information is difficult to delete — are magnified with phones that can generate and record that information when out of the owner's hands and without her knowledge. This information, along with many of the records on the phone, will also implicate the privacy interests of third parties who sent the communications, collaborated in their creation, or have given the owner access to their files.

[132] Bref, le téléphone cellulaire est comme une clé ou un portail susceptible de donner à l'utilisateur accès au trésor de dossiers et de fichiers que le propriétaire du téléphone a créés ou utilisés sur différents appareils. C'est non seulement l'appareil lui-même et l'information qu'il génère, mais également l'éventail de données (souvent extrêmement) personnelles auxquelles il donne accès, qui donne naissance aux intérêts importants et uniques en matière de respect de la vie privée liés aux appareils numériques. Le fait qu'un suspect puisse avoir sur lui la clé de sa résidence au moment de son arrestation n'autorise pas pour autant les policiers à utiliser cette clé pour entrer chez lui. De la même façon, le fait de saisir la clé d'accès au royaume numérique d'une personne ne saurait justifier une intrusion massive dans ce royaume. D'ailleurs, les appareils numériques personnels sont aujourd'hui aussi répandus que les clés de maison. En effet, de plus en plus de gens emportent avec eux de tels appareils partout où ils vont (qu'il s'agisse de téléphones, d'ordinateurs portatifs, de montres intelligentes, de lunettes intelligentes ou de tablettes).

[133] Les téléphones cellulaires et les autres appareils de communication sans fil peuvent continuer de générer des éléments de preuve même après leur saisie. En effet, un téléphone peut continuer de recevoir des appels, des messages texte et des courriels même lorsque son propriétaire n'en a plus la maîtrise. Certains des problèmes liés aux fouilles d'ordinateurs de bureau qui ont été relevés dans *Vu* — à savoir que ces appareils peuvent générer des données inconnues de l'utilisateur et difficiles à effacer — s'amplifient dans le cas des téléphones capables de produire et d'enregistrer de telles données lorsqu'ils ne sont pas en la possession de leur propriétaire, et ce, sans même que celui-ci le sache. Ces données, tout comme bon nombre d'informations contenues dans le téléphone, ont également une incidence sur les intérêts relatifs à la vie privée des tiers qui ont transmis les communications en question, qui ont collaboré à la création de celles-ci ou qui ont donné au propriétaire du téléphone accès à leurs fichiers.

[134] Thus, like the search of a private home, a strip search or the seizure of bodily samples, the search of the portal to our digital existence is invasive and impacts major privacy interests. The privacy interest in a cell phone or other digital communication and storage device is extremely high. The ability of these devices to generate, store, process, communicate and share truly massive quantities of deeply private information explains their usefulness and the way in which they have revolutionized modern society. At the same time, these impressive capacities underlie the necessity for rigorous protection of users' privacy. The incredible and unique power of modern digital communications devices as portals to vast stores of information — and their ability to expose our private lives — means that they can be even more threatening to our privacy than the search of our homes.

C. Law Enforcement Interest in Searching Digital Devices

[135] The respondent and aligned interveners argued that, although the privacy interest in a cell phone may be high, there are also pressing state interests that require warrantless searches of cell phones.

[136] I will address these law enforcement interests through the three purposes justifying searches incident to arrest: safety, the preservation of evidence, and the discovery of evidence.

[137] I conclude that, while searching a cell phone will often be very useful for law enforcement, it will be an exceptional case where a warrantless search will be justified on that basis. In my

[134] Par conséquent — à l'instar d'une perquisition dans une résidence privée, d'une fouille à nu ou du prélèvement d'échantillons de substances corporelles — la fouille du portail donnant accès à notre univers numérique personnel a un caractère envahissant et affecte grandement d'importants intérêts liés à la vie privée. L'intérêt des gens au respect de leur vie privée relativement à leurs téléphones cellulaires ou autres appareils numériques de communication et de stockage est extrêmement élevé. La capacité de ces appareils de générer, de stocker, de traiter et de communiquer des quantités réellement massives de données profondément privées explique leur utilité et la façon dont ils ont révolutionné notre société moderne. En même temps, c'est cette même capacité impressionnante qui engendre la nécessité de protéger rigoureusement la vie privée des personnes qui les utilisent. En raison de la puissance incroyable et exceptionnelle de ces appareils modernes de communication numérique en tant que portails donnant accès à de vastes quantités d'informations — et du fait qu'ils peuvent permettre de révéler au grand jour nos vies privées —, leur fouille peut constituer une menace encore plus grande pour notre vie privée que la perquisition d'une résidence privée.

C. Intérêt des autorités chargées de l'application de la loi à fouiller les appareils numériques

[135] Selon l'intimée et les intervenants qui appuient sa thèse, bien que l'intérêt des gens au respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs téléphones cellulaires soit élevé, il existe néanmoins certains intérêts étatiques urgents requérant que les autorités puissent fouiller sans mandat de tels appareils.

[136] Je vais étudier les intérêts liés à l'application de la loi au regard des trois objectifs qui justifient une fouille accessoire à une arrestation : la sécurité, la préservation de la preuve et la découverte d'éléments de preuve.

[137] Je conclus que, même si la fouille d'un téléphone cellulaire est souvent très utile pour les besoins de l'application de la loi, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que cette raison

view, the most pressing state interests can be accommodated by the existing doctrine that permits warrantless searches under exigent circumstances — when (1) there is a reasonable basis to suspect a search may prevent an imminent threat to safety or (2) there are reasonable grounds to believe that the imminent loss or destruction of evidence may be prevented by a warrantless search. (I will discuss the doctrine of exigent circumstances in greater detail below.)

[138] Where exigent circumstances do not exist, a telewarrant can usually be obtained relatively quickly and with little harm to the investigation. Excluding cell phones from the power to search incident to arrest does not necessarily mean they cannot be searched. Rather, it means that police officers will have to seek a warrant to do so from a judicial officer who will ensure that individuals' privacy is appropriately safeguarded.

(1) Safety

[139] In *Cloutier*, at p. 182, this Court described the first rationale for the power to search incident to arrest as follows:

... a search of the accused for weapons or other dangerous articles is necessary as an elementary precaution to preclude the possibility of their use against the police, the nearby public or the accused himself.

[140] Clearly a cell phone (or any other digital communication device) is not a physically dangerous weapon and, unlike a physical receptacle like a briefcase, cannot conceal such a weapon. However, digital communications capacity can generate new types of threats. For example, a cell phone could be used to summon violent backup, posing an imminent threat to the arresting officer or the public.

justifie l'exécution d'une fouille sans mandat. À mon avis, il est possible de tenir compte des intérêts les plus urgents de l'État en appliquant la règle actuelle, qui autorise les fouilles sans mandat selon l'urgence de la situation — à savoir quand il y a (1) soit des motifs raisonnables de soupçonner qu'une telle fouille pourrait éviter une menace imminente à la sécurité, (2) soit des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait empêcher la perte ou la destruction imminente d'éléments de preuve. (Je vais examiner en détail plus loin la règle de l'urgence de la situation.)

[138] Dans les cas où la situation n'est pas urgente, les policiers peuvent habituellement obtenir assez rapidement un télémandat, et cette démarche a peu d'incidence sur l'enquête. Soustraire les téléphones cellulaires au pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation ne signifie pas nécessairement que ces téléphones ne peuvent être fouillés. Cela veut plutôt dire que les policiers devront, afin de pouvoir le faire, demander la délivrance d'un mandat à un officier de justice, qui s'assurera que la vie privée des intéressés est adéquatement protégée.

(1) Sécurité

[139] Dans l'arrêt *Cloutier*, p. 182, notre Cour a décrit ainsi la première justification du pouvoir de fouille accessoire à une arrestation :

... la recherche d'armes ou d'autres objets dangereux sur le prévenu s'impose comme une précaution élémentaire pour contrecarrer la possibilité pour lui de s'en servir contre les policiers, le public qui pourrait se trouver à proximité ou contre lui-même.

[140] De toute évidence, un téléphone cellulaire (ou tout autre appareil de communication numérique) ne constitue pas une arme physiquement dangereuse et, contrairement à un contenant matériel comme une mallette, il ne permet pas de dissimuler une telle arme. Cependant, la capacité de communiquer numériquement qu'offrent ces appareils peut faire naître d'autres types de menaces. Par exemple, le téléphone pourrait servir à appeler des appuis violents en renfort, situation créant une menace imminente pour l'agent qui procède à l'arrestation ou pour le public.

[141] When an arresting officer has a reasonable suspicion that a cell phone has been used to generate such a threat, this constitutes an exigent circumstance, justifying a warrantless search. For example, in *R. v. White*, 2007 ONCA 318, 85 O.R. (3d) 407, the suspect acted in a manner that indicated he realized he was under investigation and was heard to remark “Yeah, they’re here now” into his cell phone immediately before being arrested (paras. 10-12). However, this will be an exceptional case. The mere possibility that a phone *could* have been used to summon backup does not justify a search incident to arrest any more than the theoretical possibility that the suspect’s home *could* contain accomplices justifies a search of the home.² This does not rise to the level of imminent risk to safety.

(2) Preservation of Evidence

[142] The respondent raised two main concerns relating to the preservation of evidence: first, evidence on the phone itself may be remotely deleted, either by an accomplice or automatically, and second, an accomplice may destroy physical evidence while the police are delayed by the need to wait for a warrant.

[143] It seems to me (on this record) that there will rarely be reasonable grounds to believe an accomplice is destroying evidence, and that a search

² For example, in *Golub*, officers entered a home and searched it incident to arrest to search for a potential accomplice or shooting victim. The Court of Appeal recognized, at p. 759, that they were “not acting on an unsubstantiated hunch” but on information available to them including the arrested person’s behaviour, his physical and mental condition, his delay in exiting the apartment when instructed to do so, the location of the arrest, his answers when asked if anyone else was inside the apartment, his failure to leave the apartment door open when asked to do so and a reasonable belief that there was a loaded and dangerous weapon inside the apartment.

[141] Dans le cas où un policier effectuant une arrestation soupçonne raisonnablement qu’un téléphone a été utilisé pour créer pareille menace, l’urgence de la situation justifie alors une fouille sans mandat. À titre d’exemple, dans l’arrêt *R. c. White*, 2007 ONCA 318, 85 O.R. (3d) 407, le suspect avait agi d’une manière indiquant qu’il était conscient qu’il faisait l’objet d’une enquête, et on l’avait entendu dire : [TRADUCTION] « Ouais, ils sont ici en ce moment » dans son téléphone cellulaire immédiatement avant son arrestation (par. 10-12). Cependant, il s’agira là d’un cas exceptionnel. La simple possibilité qu’un téléphone *puisse* avoir été utilisé pour appeler des renforts ne justifie pas davantage une fouille accessoire à l’arrestation que la possibilité théorique que des complices *puissent* se trouver au domicile du suspect justifie une perquisition dans ce lieu². Cela n’équivaut pas à une menace imminente à la sécurité.

(2) Préservation de la preuve

[142] L’intimée a soulevé deux inquiétudes principales relativement à la préservation de la preuve : premièrement, la possibilité que la preuve contenue dans le téléphone puisse être supprimée à distance par un complice ou de façon automatique et, deuxièmement, le risque qu’un complice détruise des éléments de preuve matériels pendant que les policiers doivent attendre la délivrance d’un mandat avant d’agir.

[143] Il me semble (à la lumière du présent dossier) qu’il existera rarement des motifs raisonnables de croire qu’un complice est en train de

² Par exemple, dans l’affaire *Golub*, des policiers sont entrés dans une résidence et y ont effectué une fouille accessoire à l’arrestation pour y chercher un possible complice ou une possible victime de coup de feu. La Cour d’appel de l’Ontario a reconnu (p. 759) que les policiers avaient agi [TRADUCTION] « non pas sur la foi d’une intuition sans fondement », mais sur la base des renseignements dont ils disposaient, notamment le comportement de la personne arrêtée, son état de santé physique et mental, le fait qu’elle avait tardé à sortir de l’appartement quand on lui avait ordonné de le faire, l’endroit où elle avait été arrêtée, les réponses qu’elle avait données quand on lui avait demandé s’il y avait quelqu’un d’autre dans l’appartement, le fait qu’elle n’avait pas laissé la porte de l’appartement ouverte quand on lui avait demandé de le faire et l’existence de motifs raisonnables de croire qu’il y avait une arme chargée et dangereuse dans l’appartement.

of the cell phone is required to prevent such action. However, where there is such a reasonable basis, this could, in principle, constitute an exigent circumstance justifying a search.

[144] Usually the information on the cell phone will remain available pending the acquisition of a search warrant. This case is an example. The mere *possibility* that evidence on the cell phone could be remotely deleted should not justify a search. Furthermore, even if the suspect has an accomplice with the technological skills to wipe the cell phone remotely, this threat is easily addressed by removing the cell phone's battery or placing it in a "Faraday bag", an inexpensive receptacle which blocks wireless communications.

(3) Discovery of Evidence

[145] In practice, the most common benefit of a police search of a cell phone or other digital device incident to arrest is that it can provide police with information that may assist in the investigation — a cell phone is a virtual gold mine of information. This is exactly the same reason that a cell phone attracts a heightened expectation of privacy. The fact that a cell phone may keep and access meticulously taken records about almost every aspect of a person's life explains both why searching it would be so useful to law enforcement and why such a search may be so offensive to the person's dignity.

[146] The text messages and photographs discovered in this case are examples of incriminating evidence that generally would not disappear if police wait to acquire a warrant.

détruire des éléments de preuve et que, pour empêcher que cela se produise, il soit nécessaire de fouiller le téléphone. Cependant, en présence de tels motifs raisonnables, ces circonstances pourraient, en principe, constituer une situation d'urgence justifiant une fouille.

[144] Généralement, les données contenues dans le téléphone cellulaire resteront accessibles jusqu'à ce qu'un mandat de perquisition soit délivré. La présente affaire en est un exemple. La simple *possibilité* que des éléments de preuve se trouvant dans le téléphone puissent être supprimés à distance ne devrait pas justifier une fouille. Qui plus est, même si un complice du suspect possède les compétences technologiques nécessaires pour effacer le contenu du téléphone à distance, cette menace peut facilement être écartée en retirant la pile du téléphone ou en plaçant celui-ci dans un « sac de type Faraday », un contenant peu coûteux qui bloque les communications sans fil.

(3) Découverte d'éléments de preuve

[145] En pratique, l'avantage le plus courant que présente pour les policiers la fouille d'un téléphone cellulaire ou d'un autre appareil numérique accessoirement à une arrestation est qu'ils peuvent y trouver des données susceptibles d'aider l'enquête — un téléphone cellulaire constitue virtuellement une mine d'or d'informations. C'est exactement pour la même raison qu'un tel téléphone suscite des attentes élevées en matière de respect de la vie privée. Le fait qu'un téléphone cellulaire permette de conserver et de consulter des données méticuleusement consignées concernant pratiquement tous les aspects de la vie d'une personne explique à la fois pourquoi la fouille de cet appareil serait si utile aux autorités chargées d'appliquer la loi et pourquoi pareille fouille peut être aussi attentatoire à la dignité de la personne.

[146] Les messages texte et les photos qui ont été découverts en l'espèce sont des exemples d'éléments de preuve incriminants qui ne disparaîtraient généralement pas avant que la police obtienne un mandat.

[147] However, often a contact list will allow the police to immediately track down associates who may be involved in the offence or identify witnesses. Other forms of communication such as emails, voice messages and call histories may be similarly useful. Cromwell J. identifies the “prompt” pursuit of the investigation as an important law enforcement objective (paras. 49, 59 and 66). The immediate acquisition of this information is valuable because of what the Canadian Association of Chiefs of Police referred to as “investigative immediacy”. The value of information may decline as witnesses, accomplices or evidence disappears, and so the police want to act before the trail goes cold. While telewarrants can be acquired quickly,³ even small delays may come at a cost to the investigation.

[148] This problem may be exacerbated by the difficulty of bypassing password protection on certain cell phones. For example, counsel for the respondent suggested that accessing a locked iPhone can take months as they must be sent to Apple Inc. in the United States. However, there is no evidence before us that this is a common problem, or that there are many instances in which the police have a brief window to access a phone incident to arrest while it is still unlocked. In any event, this justification would only apply to phones that are password-protected but unlocked at the moment they are seized. (It may, for example, justify entry for the limited purpose of disabling the password protection.)

[149] Finally, there may be valuable information on a phone that the police will be unable to obtain a warrant to acquire. The police need only a reasonable basis to conduct a search incident to arrest. To

³ For example, the Ontario Telewarrant Centre operates 24 hours a day to ensure that it is always possible to acquire a warrant.

[147] Cependant, une liste de contacts permettra souvent aux policiers de retrouver immédiatement des associés susceptibles d’avoir participé à l’infraction ou d’identifier des témoins. D’autres formes de communication comme les courriels, les messages vocaux et l’historique des appels peuvent se révéler utiles pour les mêmes fins. Le juge Cromwell affirme que la nécessité de poursuivre « rapidement » l’enquête constitue un objectif important en matière d’application de la loi (par. 49, 59 et 66). L’acquisition immédiate de ces données est très utile en raison de ce que l’Association canadienne des chefs de police a appelé [TRADUCTION] « l’urgence de l’enquête ». Comme la valeur de l’information peut diminuer à mesure que les témoins, les complices ou les éléments de preuve disparaissent, les policiers veulent donc agir avant que les pistes ne s’estompent. Bien qu’un télémandat puisse être obtenu rapidement³, même un bref retard peut nuire à l’enquête.

[148] Ce problème peut être exacerbé par la difficulté dans certains cas de venir à bout du mot de passe protégeant le téléphone cellulaire. À titre d’exemple, l’avocat de l’intimée a affirmé que l’accès aux données d’un appareil iPhone verrouillé peut prendre des mois, car celui-ci doit être envoyé à la société Apple Inc. aux États-Unis. Toutefois, on ne nous a présenté aucune preuve indiquant qu’il s’agit là d’un problème fréquent, ou encore qu’il survient de nombreux cas où les policiers ne disposent que d’une brève période pour consulter, accessoirement à une arrestation, le contenu d’un téléphone pendant que celui-ci est encore déverrouillé. Quoiqu’il en soit, cette justification s’appliquerait uniquement aux téléphones qui, bien que protégés par un mot de passe, sont déverrouillés au moment de leur saisie. (Une telle situation pourrait, par exemple, justifier une intrusion à seule fin de désactiver la protection par mot de passe.)

[149] Enfin, il est possible qu’un téléphone renferme des données utiles à l’égard desquelles les policiers ne pourront pas obtenir de mandat. Alors qu’il suffit de soupçons raisonnables pour justifier

³ Par exemple, le Centre de télémandat de l’Ontario est ouvert 24 heures sur 24 pour qu’on puisse obtenir un mandat en tout temps.

acquire a warrant, they require reasonable grounds to believe that relevant information will be found on the cell phone. This higher standard may mean that relevant evidence is simply never discovered.

[150] There is a cost to requiring police officers to obtain a warrant before searching an arrestee's phone. Searches for the purposes of imminent risks to safety or the preservation of evidence are permitted under exigent circumstances, answering the most serious of these concerns. However, the requirement to obtain a warrant will sometimes mean that the police are unable to discover potentially valuable evidence or that their investigation will be delayed. This cost must be weighed against the privacy interest in a phone.

D. *Balance When Searching Digital Devices*

[151] All parties agreed that there is a heightened privacy interest in personal digital devices. These devices give rise to significant and unique privacy interests. However, they disagreed on how that interest would impact the authority to search.

[152] In my view, the inherent limitations of the search incident to arrest — the fact that it is targeted to the offence, that it requires reasonable grounds, and that it must be proximate in time and place to the arrest — do not adequately limit the intrusion on the privacy interest in digital devices, unlike physical items. For tangible items, the intrusion on privacy is necessarily limited by the temporal and territorial dimensions. However, the nature of the privacy interest in a personal digital device is qualitatively and quantitatively different from that in a purse, briefcase or filing cabinet (*Vu*, at para. 47). A modern digital device is a portal to

les policiers de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, ceux-ci doivent posséder des motifs raisonnables de croire que des renseignements pertinents seront découverts dans le téléphone pour obtenir un mandat. Du fait de cette norme plus exigeante, il est possible que des éléments de preuve pertinents ne soient tout simplement jamais découverts.

[150] Obliger les policiers à obtenir un mandat avant de pouvoir fouiller le téléphone d'une personne qu'ils arrêtent n'est pas sans inconvénient. Les fouilles en vue de prévenir des menaces imminentes à la sécurité ou de préserver des éléments de preuve sont permises lorsque l'urgence de la situation l'exige — ce qui permet de répondre aux craintes les plus sérieuses. Cependant, l'obligation d'obtenir un mandat signifiera parfois que les policiers seront incapables de découvrir des éléments de preuve potentiellement utiles ou que leur enquête sera retardée. Ces inconvénients doivent être soupesés au regard de l'intérêt des gens au respect de leur vie privée à l'égard de leurs téléphones.

D. *Équilibre à respecter en cas de fouille d'appareils numériques*

[151] Toutes les parties reconnaissent qu'il existe un intérêt élevé au respect de la vie privée lié aux appareils numériques personnels. Ces derniers font naître des intérêts importants et exceptionnels en matière de respect de la vie privée. Toutefois, les parties ne s'entendent pas sur l'incidence de cet intérêt sur le pouvoir de fouille.

[152] À mon avis, les limites intrinsèques au pouvoir de fouille accessoire à une arrestation — le fait qu'une telle fouille est fonction de l'infraction en cause, qu'elle requiert l'existence de motifs raisonnables et qu'elle doit être rapprochée de l'arrestation dans le temps et dans l'espace — n'ont pas pour effet, contrairement à ce qui est le cas pour d'autres objets matériels, de restreindre adéquatement l'atteinte à l'intérêt des gens quant au respect de leur vie privée à l'égard de leurs appareils numériques. Pour ce qui est des autres objets tangibles, l'atteinte à la vie privée est nécessairement limitée par les considérations de temps et d'espace.

vast stores of information that are not truly on the device, and digital information has the potential to be more intensely and extensively personal than what might be found in a briefcase. Particularly for the “digital generation”, these devices contain far more information, and information far more personal, than does a private home. These devices provide a window not just into the owner’s most intimate actions and communications, but into his mind, demonstrating private, even uncommunicated, interests, thoughts and feelings. Thus, like the search of the body and of the home, the warrantless search of personal digital devices as an incident of arrest is not proportionate to our privacy interests.

[153] In my view, the weighty privacy interest an arrested person has in her cell phone will outweigh the state interest in performing a warrantless search incident to arrest, except in exigent circumstances. The police may usually *seize* a phone incident to arrest in order to preserve the evidence, but will require a warrant before they can *search* its contents.

[154] Consequently, the police may lose the opportunity to immediately follow up on leads that the cell phone may disclose, or may not be able to access certain evidence. But our system of law has long recognized that the state interest in acquiring evidence is not absolute. Doubtless, the ability to always search a suspect’s home upon arrest would be useful to law enforcement, but the high expectation of privacy in our homes dictates otherwise. When it comes to cell phones and other

Cependant, la nature de l’intérêt au respect de la vie privée lié à un appareil numérique diffère, sur les plans quantitatif et qualitatif, de celui applicable à un sac à main, à une mallette ou à un classeur (*Vu*, par. 47). Un appareil numérique moderne constitue un portail donnant accès à de vastes quantités de données qui ne se trouvent pas véritablement dans l’appareil et qui sont susceptibles d’être plus intimement personnelles que ce qu’on peut trouver dans une mallette. Particulièrement dans le cas des membres de la « génération numérique », ces appareils contiennent beaucoup plus de données — et des données beaucoup plus personnelles — que n’en renferme une résidence privée. Un tel appareil ouvre une fenêtre non seulement sur les paroles et les actes les plus intimes de son propriétaire, mais également sur ce qui se passe dans son esprit, en révélant des intérêts, des pensées et des sentiments privés, même ceux qui n’ont pas été communiqués. En conséquence, tout comme les fouilles corporelles et les perquisitions résidentielles, la fouille sans mandat d’un appareil numérique personnel effectuée accessoirement à une arrestation n’est pas proportionnée aux intérêts des gens en matière de respect de leur vie privée.

[153] Selon moi, sauf lorsque l’urgence de la situation commande le contraire, l’important intérêt qu’une personne arrêtée porte au respect de sa vie privée à l’égard de son téléphone cellulaire l’emporte sur l’intérêt qu’a l’État à effectuer une fouille sans mandat accessoire à l’arrestation. Généralement, les policiers peuvent *saisir* un téléphone accessoirement à une arrestation pour préserver des éléments de preuve, mais ils doivent obtenir un mandat avant de pouvoir *fouiller* le contenu de l’appareil.

[154] En conséquence, il est possible que les policiers soient privés de la possibilité de suivre immédiatement les pistes que le téléphone cellulaire pourrait révéler, ou qu’ils soient incapables d’avoir accès à certains éléments de preuve. Cependant, notre système juridique reconnaît depuis longtemps que l’intérêt qu’a l’État à recueillir des éléments de preuve n’est pas absolu. Il ne fait aucun doute qu’il serait utile aux autorités chargées d’appliquer la loi de toujours fouiller le domicile d’un suspect dès son

such personal digital devices, privacy demands no less protection.

[155] This approach only protects the digital information stored on such devices, and not the physical devices themselves, because it is the information that attracts a heightened expectation of privacy. Searches that treat a cell phone (or other similar device) merely as a physical object continue to be permissible incident to arrest. For example, seizing a cell phone, searching for hidden compartments, testing that cell phone for fingerprints, or reading the identification number physically inscribed on the cell phone, do not interfere with the heightened expectation of privacy in the accessible information.

[156] Similarly, since it is the nature of the information accessible through the device that is relevant, the form of the digital device is immaterial. To the extent that devices such as tablets, smart watches, laptop computers and smart glasses may provide access to or generate the same types of information, they will likely be subject to the same treatment.

[157] As Cromwell J. recognized in *Vu*, protocols limiting the way in which a computer may be searched are not, as a general rule, constitutionally *required* for a warrant to be issued: para. 53. The same reasoning applies to cell phones, although the development of such protocols is not precluded.

[158] In performing a search of a cell phone, whether under exigent circumstances or pursuant to a warrant, the police officers must not extend that search beyond the scope of the grounds permitting the search. The grounds for the search only

arrestation, mais les attentes élevées que nous avons quant au respect de notre vie privée dans nos foyers dictent une conclusion différente. Dans le cas des téléphones cellulaires et des autres appareils numériques personnels du genre, le respect de la vie privée commande une protection au moins aussi grande.

[155] Cette approche protège uniquement les données numériques stockées dans de tels appareils, mais non l'appareil lui-même, parce que ce sont les données qui suscitent des attentes élevées en matière de respect de la vie privée. Les fouilles au cours desquelles le téléphone cellulaire (ou un autre appareil semblable) est considéré simplement comme un objet physique demeurent autorisées à titre de mesures accessoires à une arrestation. À titre d'exemple, saisir un téléphone cellulaire, l'inspecter pour voir s'il recèle des compartiments cachés, vérifier s'il comporte des empreintes digitales ou encore lire le numéro d'identification inscrit sur celui-ci sont autant de mesures qui ne portent pas atteinte aux attentes élevées en matière de vie privée à l'égard des données accessibles grâce à l'appareil.

[156] De même, comme c'est la nature des données auxquelles donne accès l'appareil qui est pertinente, le type d'appareil numérique en cause n'a aucune importance. Dans la mesure où des appareils comme les tablettes, les ordinateurs portatifs ainsi que les montres et lunettes intelligentes peuvent permettre de consulter et de produire les mêmes types de données, ils seront vraisemblablement assujettis au même traitement.

[157] Comme l'a reconnu le juge Cromwell dans *Vu*, des protocoles encadrant la façon de procéder à la fouille d'un ordinateur ne sont, en règle générale, pas *requis* par la Constitution pour qu'un mandat puisse être délivré : par. 53. Le même raisonnement s'applique aux téléphones cellulaires, quoique rien ne fasse obstacle à l'établissement de tels protocoles.

[158] Lorsqu'ils fouillent un téléphone cellulaire, que ce soit en raison de l'urgence de la situation ou conformément à un mandat, les policiers ne doivent pas élargir leurs recherches au-delà de ce que permettent les motifs justifiant la fouille. Ces motifs

outweigh the suspect's privacy interest in the device with respect to specific purposes — it is hard to think of a ground that would justify the unlimited abrogation of the powerful privacy interest in a digital device. If exigent circumstances justify a warrantless safety search because of fears of armed backup, those grounds will only justify a search of relatively recent messages. Grounds to search a cell phone for a specific purpose cannot provide *carte blanche* to roam the suspect's digital life without restraint.

(1) Alternative Approaches

[159] I have concluded that the correct balance is struck under s. 8 of the *Charter* by the requirement of judicial pre-authorization, absent exigent circumstances. The parties to this appeal, the courts below, and other courts throughout the country have advanced alternative solutions to address the enhanced privacy interest in a cell phone. In my view, none of these alternatives adequately protect our reasonable expectations of privacy in our personal digital devices.

[160] First, unlike the Ontario Court of Appeal, I do not see how the considerable privacy interest in a cell phone could be overcome when it is not password-protected or otherwise locked. Leaving a cell phone without password protection cannot be said to constitute a waiver of the privacy interest in the vast web of digital information accessible through the phone, nor does it demonstrate a subjectively diminished expectation of privacy. Like the private sphere of the home, our digital devices remain intensely personal, even when we do not take every possible precaution to protect them. An individual who leaves her front door unlocked does not forfeit her privacy interest in her home to the state; the same is true of her phone.

n'écarter l'intérêt du suspect au respect de sa vie privée relativement à l'appareil qu'à l'égard de certains objectifs précis — il est en effet difficile d'imaginer un motif qui justifierait l'abolition totale de ce puissant intérêt. Si l'urgence de la situation justifie de procéder à une fouille sans mandat pour des raisons de sécurité fondées sur la crainte qu'arrivent des renforts armés, ces motifs justifieront uniquement la fouille des messages relativement récents. Des motifs permettant la fouille d'un téléphone dans un but précis ne sauraient donner carte blanche pour fureter sans restriction dans l'univers numérique personnel du suspect.

(1) Autres approches

[159] J'ai conclu que, en l'absence de situations d'urgence, l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire préalable permet de réaliser le juste équilibre requis par l'art. 8 de la *Charte*. Les parties au présent pourvoi, les juridictions inférieures ainsi que d'autres tribunaux partout au pays ont proposé d'autres solutions pour protéger l'intérêt élevé au respect de la vie privée lié à un téléphone cellulaire. À mon avis, aucune de ces solutions ne protège adéquatement nos attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée à l'égard de nos appareils numériques personnels.

[160] Premièrement, contrairement à la Cour d'appel de l'Ontario, je ne vois pas comment il pourrait être justifié d'écarter l'intérêt considérable au respect de la vie privée lié à un téléphone cellulaire dans les cas où celui-ci n'est pas protégé par mot de passe ou verrouillé d'une autre façon. Le fait qu'un téléphone cellulaire ne soit pas protégé au moyen d'un mot de passe ne saurait constituer une renonciation au respect de notre vie privée à l'égard de la vaste toile de données numériques à laquelle celui-ci donne accès, non plus que la démonstration d'attentes subjectivement réduites en matière de respect de la vie privée. Tout comme la sphère privée que représente notre domicile, nos appareils numériques conservent leur caractère éminemment personnel, et ce, même si nous ne prenons pas toutes les précautions pour les protéger. Une personne qui laisse sa porte d'entrée déverrouillée ne renonce pas pour autant en faveur de l'État à son intérêt au respect de sa vie privée dans son domicile; il en va de même pour son téléphone.

[161] Second, I agree with my colleague and the parties to this appeal that there is little value in drawing a distinction between smart and dumb cell phones. Even dumb cell phones enable access to text message history, which can provide a transcript of years of private conversations (*R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3, at para. 34), as well as pictures, call history, and contacts. Many dumb cell phones can provide access to the Internet and email even when they lack the touch screens or keypads that make such uses *easier*. Officers cannot, based on a brief visual inspection of a phone, assess how it has been used or the depth of private information it can access. The Crown advocated against such a distinction, submitting that it would place an unworkable burden on police to differentiate between dumb and smart phones, particularly given the rapid rate of technological evolution.

[162] Third, certain decisions have adopted an approach that would allow a limited or “cursory” search of a cell phone incident to arrest (*R. v. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288 (Ont. S.C.J.), at para. 39). While the notion of a brief, targeted search that could quickly identify evidence without significantly invading the suspect’s privacy is appealing, based upon the current record, such an approach is neither practical nor principled. Consequently, this approach was also rejected by both parties.

[163] Given that the information that can be accessed through a cell phone is highly private, it would be unprincipled to countenance a cursory infringement of the owner’s privacy — much as it is not permissible to take a cursory walk inside a suspect’s home.

[161] Deuxièmement, à l’instar de mon collègue et des parties au présent pourvoi, j’estime qu’il n’est pas vraiment utile d’établir une distinction entre les téléphones cellulaires intelligents et ceux peu futés. Même les seconds donnent accès aux historiques de messages texte susceptibles de constituer la transcription d’années de conversations privées (*R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3, par. 34) — ainsi qu’à des photos, à l’historique des appels et aux contacts. Bon nombre de téléphones peu futés permettent d’avoir accès à Internet et au courrier électronique, même s’ils ne sont pas dotés des claviers ou écrans tactiles qui *facilitent encore plus* l’usage de ces fonctionnalités. Les policiers ne sont pas en mesure, sur la base d’une brève inspection visuelle du téléphone, de déterminer comment celui-ci a été utilisé ou l’étendue des données privées auxquelles il peut donner accès. Le ministère public s’est élevé contre une telle distinction, plaidant qu’elle imposerait aux policiers la tâche irréalisable d’avoir à distinguer les téléphones intelligents des téléphones peu futés, compte tenu particulièrement de la rapidité avec laquelle la technologie évolue.

[162] Troisièmement, dans certaines décisions, les tribunaux ont adopté une approche qui autoriserait une fouille limitée ou « sommaire » d’un téléphone cellulaire accessoirement à une arrestation (*R. c. Polius* (2009), 196 C.R.R. (2d) 288 (C.S.J. Ont.), par. 39). Bien que l’idée d’une fouille brève et ciblée qui permettrait aux policiers de repérer rapidement des éléments de preuve sans trop s’immiscer dans la vie privée du suspect ne soit pas sans attrait, compte tenu de la preuve dont nous disposons en l’espèce, une telle approche n’est ni pratique ni raisonnée. En conséquence, les deux parties l’ont rejetée elle aussi.

[163] Comme les données auxquelles donne accès un téléphone cellulaire sont éminemment personnelles, il serait injustifiable de cautionner une atteinte superficielle à la vie privée du propriétaire du téléphone — au même titre qu’il n’est pas permis d’effectuer une visite sommaire à l’intérieur du domicile d’un suspect.

[164] Moreover, it is very difficult — if not impossible — to perform a meaningfully constrained targeted or cursory inspection of a cell phone or other personal digital device. For example, recent communications could have been transmitted via a text message, an email, an instant messaging application, a social networking application, a conventional voice call or a “data” voice call, a message board, through a shared calendar or cloud folder, a picture messaging application, or any number of websites. In short, a cursory inspection for recent communications will need to search a host of applications — the privacy infringement may be far from minimal and the inspection far from quick. Similarly, a cursory inspection of photos may involve any number of private and personal photographs of the individual — and of third parties.

[165] Further, as the Crown argued, the difficulty inherent in setting a standard for a cursory search would generate uncertainty for the police and result in increased after-the-fact litigation of searches. That same uncertainty would also result in increased numbers of searches that were later determined to be unconstitutional.

[166] Fourth, the Director of the Public Prosecutions Services of Canada suggested that searches of cell phones incident to arrest could be limited to a manual search, that is, a search that the officer could perform using the capacities of the device itself, as opposed to downloading or analysing its contents using other equipment as part of a full technical examination. However, as with a cursory examination, even a brief manual examination means that individuals would not feel secure in the privacy of their digital devices. Moreover, this approach mistakenly suggests that it is the *technical* nature of a search that poses the threat, when the use of technology can cut both ways. When an officer manually searches a cell phone, she cannot tell, without opening it, whether a particular photograph or text message is deeply private and irrelevant, or highly

[164] De plus, il est très difficile — sinon impossible — de procéder à une inspection ciblée ou sommaire utilement balisée d’un téléphone cellulaire ou d’un autre appareil numérique personnel. À titre d’exemple, des communications récentes peuvent avoir été transmises par différents moyens : messagerie texte, courriel, application de messagerie instantanée, application de réseautage social, appel de vive voix traditionnel ou transmission de « données vocales », babillard électronique, calendrier partagé ou dossier sur le nuage, application de messagerie photo ou divers sites Web. Bref, une inspection sommaire de l’appareil pour y trouver des communications récentes nécessitera la fouille d’une multitude d’applications — l’atteinte à la vie privée pourrait se révéler loin d’être minime, et l’inspection, loin d’être rapide. De même, l’inspection sommaire de photos peut entraîner la consultation d’un certain nombre de photos privées et personnelles de la personne en cause — ainsi que de tiers.

[165] En outre, comme l’a soutenu le ministère public, la difficulté inhérente à l’établissement d’une norme régissant la fouille sommaire ne manquerait pas de créer de l’incertitude chez les policiers et de se traduire par un accroissement des contestations, après le fait, de fouilles et perquisitions. Cette même incertitude entraînerait également une hausse du nombre des fouilles qui seraient jugées inconstitutionnelles après coup.

[166] Quatrièmement, le directeur des poursuites pénales du Canada a fait valoir que la fouille d’un téléphone cellulaire effectuée accessoirement à une arrestation pourrait se limiter à une fouille manuelle, à savoir une fouille que pourraient effectuer les policiers en faisant appel aux seules fonctionnalités de l’appareil lui-même, plutôt que par téléchargement ou analyse de son contenu au moyen d’autres appareils dans le cadre d’un examen technique complet. Cependant, tout comme un examen sommaire, même un bref examen manuel susciterait des inquiétudes chez les citoyens quant au respect de leur vie privée en ce qui a trait à leurs appareils numériques. De surcroît, cette approche sous-entend erronément que c’est l’aspect *technique* de la fouille qui constitue la menace, alors que le recours à la technologie peut jouer dans les deux

relevant to the investigation — she opens them all alike. However, a computer search could be used to identify only certain types of files containing certain key words that are likely to be relevant, and then display only those files to the officers. In this way, the privacy interest of the individual may be *better* protected by a targeted high tech search, as opposed to a manual one.

[167] On the other hand, a technical search can also create new vulnerabilities. For example, the use of technology can expose patterns in the information on or use of the cell phone that may not otherwise be obvious in a manual search. It is the degree to which private information is revealed that is relevant — not whether the search is high or low tech.

[168] The interveners the Canadian Association of Chiefs of Police suggested that this Court should permit a search of a phone incident to arrest, but raise the standard to permit that search to “reasonable and probable grounds”, as this Court did in *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, with respect to strip searches. This approach would only yield usable evidence in cases where a warrant would *necessarily* have been obtainable since the standards for a search and to obtain a warrant would be the same. Police would therefore gain the time and resources otherwise needed to seek a warrant.

[169] However, this modest gain is outweighed by a significant cost to privacy. If a police officer searches a cell phone, mistakenly believing that she

sens. En effet, lorsqu’une policière fouille manuellement un téléphone, elle est incapable, sans ouvrir le fichier en question, de déterminer si une photo ou un message texte donné est éminemment privé et non pertinent, ou au contraire extrêmement utile à l’enquête — car elle les ouvre tous de la même façon. Cependant, il serait possible, en effectuant la fouille au moyen d’un ordinateur, d’identifier seulement certains types de fichiers contenant certains mots clés susceptibles d’être pertinents, et de montrer ensuite uniquement ces fichiers aux policiers. De cette façon, l’intérêt des gens au respect de leur vie privée pourrait être *mieux* protégé par une fouille ciblée de haute technicité que par une fouille manuelle.

[167] En revanche, une fouille technique peut elle aussi créer de nouvelles situations de vulnérabilité. Par exemple, le recours à des moyens technologiques pourrait révéler, soit dans l’information contenue dans le téléphone, soit dans l’utilisation de celui-ci, des tendances que n’indiquerait peut-être pas une fouille manuelle. C’est la mesure dans laquelle l’information privée est révélée qui est pertinente — et non le caractère hautement ou faiblement technique de la fouille.

[168] L’intervenante l’Association canadienne des chefs de police a soutenu que la Cour devrait permettre qu’un téléphone puisse être fouillé accessoirement à une arrestation, mais relever la norme applicable et exiger l’existence de « motifs raisonnables et probables », comme elle l’a fait dans l’arrêt *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, à l’égard des fouilles à nu. Cette approche ne permettrait d’obtenir des éléments de preuve utilisables que dans les seuls cas où un mandat aurait *nécessairement* pu être obtenu, puisque les normes applicables pour effectuer une fouille et pour obtenir un mandat seraient les mêmes. La police disposerait ainsi du temps et des ressources qui devraient autrement être consacrés à l’obtention d’un mandat.

[169] Cependant, ce gain modeste est annihilé par les désavantages considérables de cette approche du point de vue du respect de la vie privée. Si une

has reasonable grounds, the exclusion of the evidence obtained at a subsequent trial does not render the search harmless. The arrested person's privacy will have been unjustifiably infringed, and their general sense of freedom and security affected, even if any information thereby obtained cannot be used against her. Only a requirement of pre-authorization can give people confidence that their privacy will be respected. As La Forest J. wrote in *Dyment*, at p. 430:

. . . if the privacy of the individual is to be protected, we cannot afford to wait to vindicate it only after it has been violated. . . . Dickson J. made this clear in *Hunter v. Southam Inc.* After repeating that the purpose of s. 8 of the *Charter* was to protect individuals against unjustified state intrusion, he continued at p. 160:

That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation. [Emphasis in original.]

[170] My colleague concludes that modifications to the common law power to search cell phones or personal computers incident to arrest would adequately limit the invasion of privacy and render judicial pre-authorization unnecessary (paras. 75-84). He emphasizes that the scope of the search must be truly incidental to the particular arrest (para. 78). He limits the objective of discovering evidence to that which serves an immediate investigative purpose, and notes that law enforcement objectives will most likely justify the search in relation to serious offences (paras. 79-80). In addition, he requires the police to keep detailed notes of what they have searched and why (para. 82).

policrière fouille un téléphone, croyant à tort qu'elle a des motifs raisonnables de le faire, l'exclusion de la preuve ainsi obtenue lors d'un procès ultérieur n'enlève pas à la fouille son caractère attentatoire. En effet, la vie privée de la personne arrêtée aura subi une atteinte injustifiée et son sentiment général de liberté et de sécurité s'en trouvera affaibli, même si aucun des renseignements obtenus ne peut être utilisé contre elle. Seul le fait d'obliger les policiers à obtenir au préalable une autorisation judiciaire peut donner aux gens confiance que leur vie privée sera respectée. Comme l'a écrit le juge La Forest dans *Dyment*, p. 430 :

. . . si le droit à la vie privée de l'individu doit être protégé, nous ne pouvons nous permettre de ne faire valoir ce droit qu'après qu'il a été violé. [. . .] [L]e juge Dickson l'a dit clairement dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* Après avoir répété que l'art. 8 de la *Charte* a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État, il poursuit, à la p. 160 :

Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente. [Souligné dans l'original.]

[170] Mon collègue estime que des modifications au pouvoir de common law de procéder à la fouille de téléphones cellulaires ou d'ordinateurs personnels accessoirement à l'arrestation restreindraient adéquatement l'atteinte à la vie privée et rendraient inutile l'autorisation judiciaire préalable (par. 75-84). Il insiste sur le fait que l'étendue de la fouille doit être véritablement accessoire à l'arrestation (par. 78). Il restreint l'objectif relatif à la découverte d'éléments de preuve à ce qui permet de réaliser un objectif immédiat de l'enquête, et il fait remarquer que les objectifs d'application de la loi seront plus susceptibles de justifier la fouille dans le cas des infractions graves (par. 79-80). En outre, il exige des policiers qu'ils prennent des notes détaillées au sujet du contenu qui a fait l'objet de la fouille et des raisons pour lesquelles ils ont effectué la fouille (par. 82).

[171] In my view, Cromwell J.’s proposed tailoring of the search’s scope encounters the same problems of impracticality, police uncertainty, and increased after-the-fact litigation as the cursory search discussed above. My colleague draws a parallel between his approach and the approach set out by this Court in *Vu*, but *Vu* provides that a *judge* may determine the scope of a search of a computer when issuing the warrant (para. 62). And while detailed note-taking of what the police have searched and why may be desirable (*Vu*, para. 70, in the context of a search under warrant), it may prove to be an impractical requirement in the context of a time-sensitive investigation. It is not, in my view, an adequate remedy to what would be “an extraordinary search power” (para. 82).

[172] Fundamentally, my colleague’s approach puts the balancing decision in the hands of the police. I doubt not that police officers faced with this decision would act in good faith, but I do not think that they are in the best position to determine “with great circumspection” whether the law enforcement objectives clearly outweigh the potentially significant intrusion on privacy in the search of a personal cell phone or computer (para. 80). If they are wrong, the subsequent exclusion of the evidence will not remedy the initial privacy violation.

E. *The Scope of “Exigent Circumstances” Justifying a Search Incident to Arrest*

[173] The doctrine of exigent circumstances, as expressed in the common law and the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, recognizes that privacy protections may be overridden under exigent circumstances. This doctrine is an exception to the general requirement to obtain a search warrant.

[171] J’estime que la proposition du juge Cromwell d’adapter l’étendue de la fouille à son objectif soulève les mêmes difficultés que la fouille sommaire examinée précédemment — elle ne sera pas pratique, engendrera l’incertitude chez les policiers et accroîtra les contestations après le fait. Mon collègue établit un parallèle entre son approche et celle que notre Cour a énoncée dans *Vu*; notre Cour a cependant indiqué dans *Vu* qu’un *judge* peut déterminer l’étendue de la fouille d’un ordinateur lorsqu’il décerne un mandat (par. 62). Et bien que la prise de notes détaillées au sujet du contenu qui a fait l’objet de la fouille et des raisons de la fouille puisse être souhaitable (*Vu*, par. 70, dans le contexte d’une fouille autorisée par un mandat), cette exigence peut s’avérer non pratique dans le contexte d’une enquête pressante. J’estime qu’il ne s’agit pas d’une solution adéquate en présence d’un « pouvoir extraordinaire de procéder à une fouille » (par. 82).

[172] Fondamentalement, l’approche que propose mon collègue laisse aux policiers la décision qui requiert l’exercice d’une mise en balance des intérêts en jeu. Je ne doute pas que les policiers prendront une décision en toute bonne foi, mais je ne crois pas qu’ils soient les mieux placés pour déterminer « avec une grande circumspection » si les objectifs d’application de la loi l’emporteront clairement sur l’atteinte potentiellement importante à la vie privée que constitue la fouille d’un téléphone cellulaire ou d’un ordinateur personnel (par. 80). S’ils se trompent, l’exclusion subséquente des éléments de preuve ne remédiera pas à l’atteinte initiale à la vie privée.

E. *Portée de la notion d’« urgence de la situation » justifiant une fouille accessoire à une arrestation*

[173] La règle de l’urgence de la situation, telle qu’elle est exprimée dans la common law et le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, reconnaît que les mesures de protection de la vie privée peuvent être écartées lorsque l’urgence de la situation le réclame. Cette règle constitue une exception à l’obligation générale faite aux policiers d’obtenir un mandat de perquisition.

[174] Under s. 487(1)(b), the police may obtain a search warrant if “there are reasonable grounds to believe that . . . [a search] will afford evidence with respect to the commission of an offence, or will reveal the whereabouts of a person who is believed to have committed an offence”. Section 487.11 provides:

A peace officer . . . may, in the course of his or her duties, exercise any of the powers described in subsection 487(1) . . . without a warrant if the conditions for obtaining a warrant exist but by reason of exigent circumstances it would be impracticable to obtain a warrant.

Thus, the requirement for a warrant to search a personal digital device can be dispensed with under exigent circumstances, if the conditions for obtaining a warrant exist. These provisions, however, do not define exigency.

[175] At common law, exigent circumstances have been defined to include (1) the imminent loss or destruction of evidence or (2) an imminent threat to police or public safety (*Feeney*, at para. 52, citing J. A. Fontana, *The Law of Search and Seizure in Canada* (3rd ed. 1992); J. A. Fontana and D. Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada* (8th ed. 2010), at p. 1066; *R. v. Kelsy*, 2011 ONCA 605, 283 O.A.C. 201, at para. 24).

[176] The definition of exigency in s. 529.3 of the *Criminal Code* is consistent with the common law. That provision authorizes the police to enter a home, without a warrant, under exigent circumstances, which are defined in s. 529.3(2) as circumstances in which the officer:

(a) has reasonable grounds to suspect that entry into the dwelling-house is necessary to prevent imminent bodily harm or death to any person; or

(b) has reasonable grounds to believe that evidence relating to the commission of an indictable offence is present in the dwelling-house and that entry into the dwelling-house is necessary to prevent the imminent loss or imminent destruction of the evidence.

[174] Suivant l’al. 487(1)b) du *Code criminel*, les policiers peuvent obtenir un mandat s’il « existe des motifs raisonnables de croire [. . .] [qu’une fouille] fournira une preuve touchant la commission d’une infraction ou révélera l’endroit où se trouve la personne qui est présumée avoir commis une infraction ». L’article 487.11 précise ce qui suit :

L’agent de la paix [. . .] peut, pour l’accomplissement de ses fonctions, exercer, sans mandat, tous les pouvoirs prévus [au] paragraph[e] 487(1) [. . .] lorsque l’urgence de la situation rend difficilement réalisable l’obtention du mandat, sous réserve que les conditions de délivrance de celui-ci soient réunies.

Ainsi, l’obligation faite aux policiers d’obtenir un mandat pour pouvoir fouiller un appareil numérique personnel peut être écartée lorsque l’urgence de la situation l’exige, si les conditions de délivrance du mandat sont réunies. Cependant, ces dispositions ne précisent pas ce qui constitue une urgence.

[175] En common law, ont été considérées comme incluant des situations d’urgence (1) la perte ou la destruction imminente d’éléments de preuve ou (2) une menace imminente à la sécurité de la police ou du public (*Feeney*, par. 52, citant J. A. Fontana, *The Law of Search and Seizure in Canada* (3^e éd. 1992); J. A. Fontana et D. Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada* (8^e éd. 2010), p. 1066; *R. c. Kelsy*, 2011 ONCA 605, 283 O.A.C. 201, par. 24).

[176] Les situations d’urgence énoncées à l’art. 529.3 du *Code criminel* correspondent à celles prévues par la common law. Cette disposition autorise les policiers à pénétrer sans mandat dans une résidence lorsqu’il y a urgence, c’est-à-dire, aux termes du par. 529.3(2), dans les cas où l’agent :

a) a des motifs raisonnables de soupçonner qu’il est nécessaire de pénétrer dans la maison d’habitation pour éviter à une personne des lésions corporelles imminentes ou la mort;

b) a des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve relatifs à la perpétration d’un acte criminel se trouvent dans la maison d’habitation et qu’il est nécessaire d’y pénétrer pour éviter leur perte ou leur destruction imminentes.

[177] This provision provides for a lower standard for exigency to protect safety (reasonable suspicion) than to preserve evidence (reasonable belief). Similarly, in *Golub*, at pp. 758-59, the Ontario Court of Appeal recognized the power to search a home incident to an arrest in exceptional circumstances, based on a *reasonable suspicion* that an armed person or injured victim may have been inside.

[178] In my view, the existing common law standards of exigency are equally applicable to the search of a cell phone. The usual standard of *reasonable belief* is appropriate for the preservation of evidence. However, the standard to infringe an arrested person's privacy interest is lower when the search is reasonably necessary to safely and effectively perform an arrest. When an accused has summoned backup, the arrest itself is potentially jeopardized by threats to the police and the public. The highest purpose of law enforcement is to protect the public, and officers are entitled to ensure their own safety in carrying out their dangerous and necessary duties. Thus, a *reasonable suspicion* that the search of a cell phone is necessary to prevent imminent bodily harm or death will justify a warrantless search.

[179] Therefore, a warrantless search of a cell phone on arrest will be justified when (1) there is a reasonable basis to suspect a search may prevent an imminent threat to safety or (2) there are reasonable grounds to believe that the imminent loss or destruction of evidence may be prevented by a warrantless search.

[177] La norme fixée par cette disposition pour déterminer l'urgence de la situation est moins élevée pour la protection de la sécurité (soupçon raisonnable) que pour la préservation de la preuve (croyance raisonnable). De même, dans *Golub*, p. 758-759, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu aux policiers le pouvoir de fouiller une résidence accessoirement à une arrestation dans des circonstances exceptionnelles, sur la foi de *soupons raisonnables* qu'une personne armée ou une personne blessée peut se trouver à l'intérieur.

[178] À mon avis, les normes existantes de la common law en matière de détermination de l'urgence de la situation s'appliquent tout autant à la fouille d'un téléphone cellulaire. La norme usuelle des *croyances raisonnables* constitue la norme applicable à l'égard de la préservation de la preuve. Cependant, la norme suffisante pour justifier une atteinte à la vie privée de la personne arrêtée est moins exigeante lorsque la fouille est raisonnablement nécessaire pour procéder de façon sécuritaire et effective à une arrestation. Dans les cas où l'accusé a appelé des renforts, l'arrestation elle-même peut être compromise par des risques pour la sécurité des policiers et du public. L'objectif ultime des activités d'application de la loi est la protection du public, et les policiers sont autorisés à assurer leur propre sécurité dans l'exécution de leurs fonctions dangereuses et nécessaires. Par conséquent, la fouille sans mandat d'un téléphone cellulaire sera justifiée en présence de *soupons raisonnables* que cette fouille est nécessaire pour prévenir des lésions corporelles imminentes ou la mort.

[179] La fouille sans mandat d'un téléphone cellulaire lors d'une arrestation sera donc justifiée dans les cas où les policiers ont (1) soit des motifs raisonnables de soupçonner qu'une telle fouille pourrait éviter une menace imminente à la sécurité, (2) soit des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait empêcher la perte ou la destruction imminente d'éléments de preuve.

IV. Application

[180] The search of a cell phone without a warrant cannot be justified under the common law power of search incident to arrest.

[181] In my view, the circumstances of this case did not justify a warrantless search of the appellant's phone, as the facts of this case fall far below either standard for exigency. There was no reasonable basis to suspect that it was necessary to search the cell phone for the purposes of safety. The mere use of an unrecovered firearm in the commission of the offence — the presence of a gun on the streets — is insufficient to ground a reasonable suspicion of *imminent* bodily harm or death. This case demonstrates the appropriateness of such restraint — the handgun was later found in the getaway car, which had already been secured but not yet searched. Nor was there any basis to suspect that violent backup had been called for. The officer did not observe the appellant making a call or sending a text, nor did he have any basis to think that the appellant knew an arrest was imminent. Similarly, there were no reasonable grounds to believe that the destruction of evidence was imminent, either by remote wiping of the phone or destruction of physical evidence by a possible accomplice.

[182] Therefore, the searches of the appellant's phone were not justified and unreasonably infringed his privacy, in violation of s. 8 of the *Charter*.

A. *Exclusion of the Evidence*

[183] The evidence which was unconstitutionally obtained from the appellant's phone should be excluded.

IV. Application à l'espèce

[180] La fouille sans mandat d'un téléphone cellulaire ne saurait être justifiée en vertu du pouvoir que reconnaît la common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation.

[181] Selon moi, les circonstances de la présente affaire ne justifiaient pas de fouiller sans mandat le téléphone de l'appelant, car les faits de l'espèce sont loin de satisfaire à l'une ou l'autre des normes de détermination de l'urgence de la situation. Il n'existait aucun motif raisonnable de soupçonner qu'il était nécessaire de fouiller le téléphone pour des raisons de sécurité. Le simple fait que l'arme à feu utilisée lors de la perpétration d'une infraction ne soit pas retrouvée — en d'autres mots la présence d'une arme à feu en circulation — ne suffit pas pour établir des soupçons raisonnables de risques *imminents* de lésions corporelles ou de mort. La présente affaire démontre le bien-fondé d'une telle retenue — l'arme a en effet été trouvée plus tard dans le véhicule des fuyards, lequel avait déjà été saisi mais pas encore fouillé. Rien ne permettait non plus de soupçonner que des renforts violents avaient été appelés. Le policier n'a pas vu l'appelant faire un appel ou envoyer un message texte, et il n'avait pas non plus de raison de penser que celui-ci savait qu'une arrestation était imminente. De même, il n'existait aucun motif raisonnable de croire à l'existence d'un risque imminent de destruction d'éléments de preuve — soit par suppression à distance du contenu du téléphone, soit par destruction d'éléments de preuve matériels par un possible complice.

[182] En conséquence, les fouilles du téléphone de l'appelant effectuées en l'espèce n'étaient pas justifiées et ont porté atteinte de manière abusive à sa vie privée, en contravention de l'art. 8 de la *Charte*.

A. *Exclusion de la preuve*

[183] Les éléments de preuve qui ont été recueillis inconstitutionnellement du téléphone de l'appelant devraient être écartés.

[184] The trial judge found no *Charter* infringement but nonetheless directed her mind towards s. 24(2), concluding that, even if unconstitutionally obtained, the evidence on the phone should not be excluded. While trial judges' decisions under s. 24(2) are generally entitled to considerable deference (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 86), that is not the case when an appellate court reaches a different conclusion on the breach itself. That said, absent palpable and overriding error, the trial judge's underlying factual findings are always entitled to deference (*Grant* (2009), at para. 129; see also *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at p. 256).

[185] In *Grant* (2009) this Court established a three-part test to determine whether unconstitutionally obtained evidence should be excluded under s. 24(2):

... (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct (admission may send the message the justice system condones serious state misconduct), (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused (admission may send the message that individual rights count for little), and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. [para. 71]

(1) Seriousness of the *Charter*-Infringing State Conduct

[186] The first factor considers the seriousness of the offending state conduct — the more severe or deliberate the conduct, the greater the need for the courts to dissociate themselves from it to maintain public confidence in the justice system.

[187] The trial judge found that the police acted in good faith. The police believed they were acting within their powers and there was no clear precedent that directed them to treat a cell phone differently than other receptacles. Moreover, when the police later learned of a case that they believed

[184] Bien qu'elle ait conclu à l'absence de violation de la *Charte*, la juge de première instance s'est néanmoins penchée sur l'application du par. 24(2), statuant que, même s'ils avaient été obtenus de façon inconstitutionnelle, les éléments de preuve tirés du téléphone ne devaient pas être écartés. Quoiqu'il faille généralement faire montre d'une déférence considérable à l'égard des décisions rendues par les juges de première instance en vertu du par. 24(2) (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 86), ce n'est pas le cas lorsque le tribunal d'appel arrive à une conclusion différente au sujet de la violation elle-même. Cela dit, en l'absence d'erreur manifeste et dominante, les conclusions de fait sous-jacentes des juges de première instance commandent toujours la déférence (*Grant* (2009), par. 129; voir aussi *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 256).

[185] Dans l'arrêt *Grant* (2009), la Cour a établi une analyse à trois volets, qui permet de décider si des éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle doivent être écartés en application du par. 24(2) :

... (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État (l'utilisation peut donner à penser que le système de justice tolère l'inconduite grave de la part de l'État), (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* (l'utilisation peut donner à penser que les droits individuels ont peu de poids) et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. [par. 71]

(1) Gravité de la conduite attentatoire de l'État

[186] Le premier facteur concerne la gravité de la conduite répréhensible de l'État — plus les gestes sont graves ou délibérés, plus il est nécessaire que les tribunaux s'en dissocient afin de préserver la confiance du public dans le système de justice.

[187] La juge de première instance a conclu que les policiers avaient agi de bonne foi. Ceux-ci croyaient qu'ils agissaient dans les limites des pouvoirs dont ils disposent, et il n'existait aucun précédent jurisprudentiel clair leur prescrivant de traiter les téléphones cellulaires différemment d'autres

required them to obtain a warrant, they promptly applied for and obtained such a warrant. In doing so, the police made full disclosure of their prior searches of the phone.

[188] I find no reviewable error in the trial judge's conclusion. The searches took place before this Court released its decision in *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253. That decision marked a sea change in the law's approach to digital devices by making it clear that individuals have a very strong privacy interest in their computers (and, by extension, similar devices). Before that decision, many appellate courts had endorsed a broad power to search receptacles such as purses or briefcases incident to arrest and this Court had not indicated that the police should treat a cell phone differently.

[189] As Fish J. concluded in *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, a mistaken understanding about the power to search without a warrant is much more understandable in an unsettled area of law (para. 86). In my opinion the state conduct factor weighs against exclusion.

(2) Impact on the Charter-Protected Interests of the Accused

[190] The second factor considers the extent to which the seriousness of the breach undermined the interests protected by the right infringed. As these reasons make clear, individuals have an extremely high expectation of privacy in their digital devices, much as they do in their homes. The information contained in such devices is often extensive, private and highly personal. Consequently, the impact of an unwarranted search of a cell phone will tend

contenants. En outre, lorsqu'ils ont par la suite appris l'existence d'une décision qui, à leur avis, exigeait qu'ils obtiennent un mandat, ils l'ont promptement demandé et obtenu. À l'occasion de la demande, ils ont fait état de tous les faits relatifs aux fouilles du téléphone réalisées jusque-là.

[188] À mon avis, la conclusion de la juge de première instance n'est entachée d'aucune erreur donnant ouverture à révision. Les fouilles ont eu lieu avant que notre Cour rende l'arrêt *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253. Cette décision a radicalement modifié la façon dont le droit considère les appareils numériques, en indiquant clairement que les citoyens jouissent d'un intérêt considérable en matière de respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs ordinateurs (et, par extension, les appareils similaires). Avant cet arrêt, de nombreux tribunaux d'appel avaient reconnu l'existence d'un large pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation à l'égard de contenants tels les sacs à main ou les mallettes, et la Cour n'avait pas précisé que la police devait réserver un traitement différent aux téléphones cellulaires.

[189] Comme a conclu le juge Fish dans l'arrêt *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, une interprétation erronée du pouvoir de fouille sans mandat est beaucoup plus compréhensible lorsque le droit n'est pas encore bien établi (par. 86). À mon avis, le facteur relatif à la conduite de l'État milite contre l'exclusion.

(2) Incidence de l'atteinte sur les droits garantis à l'accusé par la Charte

[190] Le deuxième facteur concerne la mesure dans laquelle la gravité de la violation du droit en cause a porté atteinte aux intérêts protégés par celui-ci. Comme l'indiquent clairement les présents motifs, les gens ont des attentes extrêmement élevées en matière de respect de leur vie privée relativement à leurs appareils numériques, tout comme ils en ont à l'égard de leur domicile. Ces appareils renferment souvent énormément d'informations,

to be very severe. Any such *Charter* breach must be treated seriously.

[191] In this case, the police searched text messages and photographs. I have concluded that the fact that the phone in question was a dumb phone, as opposed to one with greater data storage and computing capacities, does not reduce the need to obtain a warrant. In practice, it may be that the search of a dumb phone has the potential to reveal less personal information than a more thorough search of a smart phone. However, even this simple modern cell phone contained private text message conversations, photographs, and call histories. Individuals reasonably expect that such highly personal information will remain private. The breach of the privacy interest was very serious.

[192] This factor strongly favours the exclusion of evidence.

(3) Society's Interest in an Adjudication on the Merits

[193] The third factor asks whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence or by its exclusion.

[194] There is no reason to be concerned about the reliability of the evidence. Unlike an improperly obtained confession, for example, nothing about the police conduct in this case undermined the reliability of the messages or photographs retrieved from the phone. I agree with the trial judge that the evidence was reliable and cogent.

[195] However, even though armed robbery is a serious offence, this case would not have been "gutted" by the exclusion of the cell phone evidence, given the existence of witness testimony

informations qui possèdent dans bien des cas un caractère privé et éminemment personnel. Par conséquent, les répercussions d'une fouille injustifiée d'un téléphone cellulaire ont tendance à être très graves. De telles violations de la *Charte* doivent être traitées sérieusement.

[191] En l'espèce, les policiers ont consulté des messages texte et des photos. J'ai conclu que le fait que le téléphone en question était un téléphone peu futé — plutôt qu'un téléphone doté de plus grandes capacités de stockage et de traitement des données — n'atténuait en rien la nécessité d'obtenir un mandat. Bien que, en pratique, la fouille d'un téléphone peu futé risque de révéler des renseignements moins personnels que la fouille plus approfondie d'un téléphone intelligent, même le simple téléphone cellulaire récent en cause contenait des conversations privées par message texte, des photos et des historiques d'appels. Les gens s'attendent raisonnablement à ce que des renseignements aussi personnels demeurent privés. La violation de la vie privée était très grave.

[192] Ce facteur milite fortement en faveur de l'exclusion de la preuve.

(3) L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond

[193] Le troisième facteur consiste à se demander si le rôle de recherche de la vérité que remplit le procès criminel serait mieux servi par l'utilisation de la preuve que par son exclusion.

[194] Il n'y a aucune raison de s'inquiéter de la fiabilité de la preuve. Contrairement à un aveu obtenu irrégulièrement, par exemple, la conduite des policiers en l'espèce n'a aucunement miné la fiabilité des messages ou des photos trouvés dans le téléphone. À l'instar de la juge du procès, je suis d'avis que la preuve était fiable et convaincante.

[195] Toutefois, même si un vol à main armée constitue une infraction grave, l'exclusion des éléments de preuve tirés du téléphone cellulaire n'aurait pas « été fatale » à la preuve de la poursuite,

and physical evidence — most particularly a fire-arm found in the “getaway” car that matched the description of that used in the commission of the offence.

[196] Consequently, this factor is of limited assistance.

B. *Conclusion*

[197] In my opinion, the evidence should be excluded. The state conduct was not particularly objectionable, given that the police acted in good faith, and the evidence is reliable. However, the high privacy interest individuals have in their electronic devices tips the balance in favour of exclusion. Judicial pre-authorization is an essential bulwark against unjustified infringements of individual privacy. Unwarranted searches undermine the public’s confidence that personal communications, ideas and beliefs will be protected on their digital devices. This is particularly important given the increasing use and ubiquity of such technology. It is difficult to conceive of a sphere of privacy more intensely personal — or indeed more pervasive — than that found in an individual’s personal digital device or computer. To admit evidence obtained in breach of this particularly strong privacy interest, one of concern to an ever-increasing majority of Canadians, would tend to bring the administration of justice into disrepute.

[198] Accordingly, I would allow the appeal.

Appeal dismissed, LEBEL, ABELLA and KARAKATSANIS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Sam Goldstein, Toronto; Shelley Flam, Toronto.

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

compte tenu de l’existence de témoignages et de preuves matérielles, particulièrement une arme à feu qui a été découverte dans le « véhicule des fuyards » et qui correspondait à la description de celle utilisée dans la perpétration de l’infraction.

[196] Par conséquent, ce facteur n’est que d’une utilité limitée.

B. *Conclusion*

[197] À mon avis, la preuve devrait être écartée. La conduite de l’État n’était pas particulièrement répréhensible — les policiers ayant agi de bonne foi — et la preuve est fiable. Néanmoins, l’intérêt élevé que les gens ont en matière de respect de leur vie privée en ce qui concerne leurs appareils électroniques fait pencher la balance en faveur de l’exclusion de la preuve. L’autorisation judiciaire préalable constitue un rempart essentiel contre les violations injustifiées de la vie privée des particuliers. Les fouilles injustifiées minent la confiance des gens dans la protection des communications, idées et croyances personnelles se trouvant dans leurs appareils numériques. Cette considération est particulièrement importante compte tenu de l’omniprésence et de l’utilisation sans cesse croissante de ces moyens techniques. Il est difficile d’imaginer une sphère privée plus hautement personnelle — ou même plus répandue — que celle existant dans un appareil numérique ou un ordinateur. Permettre l’utilisation d’une preuve obtenue en violation de cet intérêt singulièrement important en matière de respect de la vie privée, qui préoccupe une majorité sans cesse croissante de Canadiennes et de Canadiens, serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[198] Par conséquent, j’accueillerais le pourvoi.

Pourvoi rejeté, les juges LEBEL, ABELLA et KARAKATSANIS sont dissidents.

Procureurs de l’appellant : Sam Goldstein, Toronto; Shelley Flam, Toronto.

Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta): Pringle, Chivers, Sparks, Teskey, Edmonton; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: City of Vancouver, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) : Pringle, Chivers, Sparks, Teskey, Edmonton; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : City of Vancouver, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

INDEX

CONSTITUTIONAL LAW

1. Courts — Access to justice — Court hearing fees — Province enacting regulations establishing graduated court hearing fees — Regulations containing exemption provision from fees for persons who are “indigent” or “impoverished” — Whether province can establish hearing fee scheme under its administration of justice power pursuant to s. 92(14) of Constitution Act, 1867 — Whether regulations imposing hearing fees denying some people access to courts infringing core jurisdiction of s. 96 superior courts — Whether provincial hearing fee scheme constitutionally valid — Constitution Act, 1867, ss. 92(14), 96 — Court Rules Act, R.S.B.C. 1996, c. 80 — Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, as amended by B.C. Reg. 10/96 and B.C. Reg. 75/98 — Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 20-5(1).

TRIAL LAWYERS ASSOCIATION OF BRITISH COLUMBIA V. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 31.

2. Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Criminal law — Mental disorder — Treatment disposition — Whether requiring hospital’s consent for all provisions of the treatment disposition would infringe accused’s right to procedural fairness — Whether treatment disposition provisions of Criminal Code are unconstitutionally vague or arbitrary — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.58, 672.62(1)(a).

R. v. CONCEPTION, 82.

3. Charter of Rights — Bill of Rights — Right to security of person — Right to a fair hearing — Sovereign immunity — Civil proceedings initiated in Quebec against Iran, Iranian head of state and two state officials in relation to alleged torture and death of Canadian citizen in Iran — Proceedings barred by application of s. 3(1) of State Immunity Act — Whether s. 3(1) of State Immunity Act inconsistent with s. 2(e) of Bill of Rights or infringes s. 7 of Charter — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 3(1) — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III, s. 2(e) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

KAZEMI ESTATE V. ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN, 176.

4. Charter of Rights — Search and seizure — Fundamental justice — Interception of communications — Exemption from offence of disclosing intercepted private communication

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

without consent — Provision of Criminal Code exempting disclosure of lawfully intercepted private communication to person or authority with responsibility in a foreign state for investigation or prosecution of offences if disclosure is intended to be in the interests of the administration of justice in Canada or elsewhere — Whether provision unjustifiably infringes s. 7 or 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 193(2) (e).

WAKELING V. UNITED STATES OF AMERICA, 549.

5. Charter of Rights — Arbitrary detention — Search and seizure — Search incident to arrest — Accused’s car searched without warrant and marijuana found — Evidence seized excluded following voir dire — Court of Appeal held that trial judge erred in finding absence of subjective and objective grounds for arrest — Arrest lawful and search valid.

R. v. DAY, 614.

6. Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Cell phone found on accused and searched without warrant — Text message and photos on cell phone introduced as evidence at trial — Whether general common law framework for searches incident to arrest needs to be modified in case of cell phone searches incident to arrest — Whether search of cell phone incident to arrest was unreasonable and contrary to accused’s right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence discovered in search should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. FEARON, 621.

CONTRACTS

Breach — Performance — Non-renewal provision — Duty of good faith — Duty of honest performance — Agreement governing relationship between company and retail dealer providing for automatic contract renewal at end of three-year term unless parties giving six months’ written notice to contrary — Company deciding not to renew dealership agreement — Retail dealer lost value of business and

CONTRACTS — (Concluded)

majority of sales agents solicited by competitor agency — Retail dealer suing company and competitor agency — Whether common law requiring new general duty of honesty in contractual performance — Whether company breaching that duty.

BHASIN *v.* HRYNEW, 495.

CRIMINAL LAW

1. Evidence — Admissibility — Confessions — “Mr. Big” confessions — Charge to jury — Accused confessing to murdering his roommate during Mr. Big operation — Whether accused’s confessions should be excluded under s. 24(2) of Charter — If not, whether trial judge’s jury charge adequate on evidentiary concerns of Mr. Big confessions — Whether trial judge’s jury charge also adequate on reliability of Crown witness’s testimony — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. *v.* MACK, 3.

2. Mental disorder — Dispositions by a court or review board — Treatment disposition — Accused declared unfit to stand trial — Hearing judge issuing a “forthwith” treatment order without consent of treating hospital — Whether a court may make a disposition order directing that treatment begin immediately even though the hospital or treating physician does not consent to that disposition — Whether the consent requirement relates to the timing of carrying out the order or just to the treatment itself — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 672.58, 672.62(1)(a).

R. *v.* CONCEPTION, 82.

3. Sentencing — Dangerous offender — Application for remand for assessment — Meaning of “serious personal injury offence” — Whether robbery committed by using threats of violence to a person falls within the meaning of “serious personal injury offence” — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 343(a), 752 “serious personal injury offence”, 752.1(1).

R. *v.* STEELE, 138.

4. Charter of rights — Search and seizure — Right to counsel — Remedy — Trial judge failing to consider whether s. 8 breached in addition to s. 10(b) — Independent s. 8 breach would not have changed s. 24(2) analysis — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(b), 24(2).

R. *v.* MOHAMED, 280.

CRIMINAL LAW — (Continued)

5. Defences — Provocation — Charge to jury — Accused arguing at trial that Crown did not prove requisite intent for murder and that he was provoked — Evidence of provocative conduct relevant for both statutory defence and mens rea — Misdirection by trial judge justified order for new trial.

R. *v.* BOUCHARD, 283.

6. Jurors — Charge to jury — Jury sending a written question to trial judge regarding credibility and reasonable doubt after close of evidence but prior to final addresses by counsel and final charge to jury — Trial judge declining to answer question at that time, reminding jurors of the importance of the presumption of innocence and their obligation to keep an open mind, and telling them that issues of credibility would be dealt with in final charge — Accused arguing on appeal that trial judge erred in failing to fully address the question on the day it was asked and that answers to the question during final charge were incomplete — Trial judge committing no error in either response to jury or charge to jury.

R. *v.* LEPINE, 285.

7. Firearms — Elements of offence — Airgun — Accused charged with numerous weapon and firearm offences — Definition of “firearm” and “weapon” in Criminal Code — Trial judge concluding that airgun not weapon and acquitting accused of offences — Court of Appeal finding that barrelled objects that meet definition of firearm need not also meet definition of weapon to be deemed firearm — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 2.

R. *v.* DUNN, 490.

8. Interception of communications — Disclosure of information — Exemption from offence — Whether exemption provision which authorizes sharing of lawfully obtained wiretap information between Canadian and foreign law enforcement agencies is constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 193(2)(e).

WAKELING *v.* UNITED STATES OF AMERICA, 549.

9. Reasonable verdict — Evidence — Accused convicted of robbery with firearm, unlawful confinement, disguise with intent to commit indictable offence, and possession of weapon for purpose of committing indictable offence — Whether, given frailties of circumstantial evidence, guilty verdict was one that properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered.

R. *v.* WILLS, 612.

CRIMINAL LAW — (Concluded)

10. Evidence — Assessment — Accused convicted of aggravated sexual assault as a result of having transmitted HIV to complainant — Trial judge finding that complainant would not have engaged in sexual relations had he known about accused's HIV positive status — Trial judge properly analyzed complainant's credibility in light of evidence as a whole.

R. v. WILCOX, 616.

11. Second degree murder — Charge to jury — Lesser verdict of manslaughter — Air of reality — Defence counsel arguing at trial that alternate verdict of manslaughter incompatible with main defence — Trial judge erred in failing to charge jury on manslaughter.

R. v. MACLEOD, 619.

DAMAGES

Quantum — Contracts — Breach — Performance — Non-renewal provision — Duty of good faith — Duty of honest performance — Agreement governing relationship between company and retail dealer providing for automatic contract renewal at end of three-year term unless parties giving six months' written notice to contrary — Company deciding not to renew dealership agreement — Retail dealer lost value of business and majority of sales agents solicited by competitor agency — Retail dealer suing company and competitor agency — What is appropriate measure of damages.

BHASIN V. HRYNEW, 495.

EVIDENCE

Civil procedure — Disclosure — Plaintiffs in class action filing motion for disclosure of documents in which they requested disclosure by third party of recordings of private communications intercepted in course of criminal investigation — Defendants to class action objecting to disclosure on basis of immunities from disclosure provided for in legislation or established by courts — Whether party to civil proceeding can request disclosure of recordings of private communications intercepted by state in course of criminal investigation — How conditions for and limits on disclosure

EVIDENCE — (Concluded)

are to be set — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 402 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 193(2)(a) — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 29, 36.

IMPERIAL OIL V. JACQUES, 287.

IMMIGRATION LAW

Convention refugees — Exclusion based on commission of serious crime prior to admission to country of refuge — Cuban national seeking refugee protection in Canada — Immigration and Refugee Board rejecting claim for refugee protection on grounds that claimant committed serious crimes prior to admission to Canada — Whether consideration of grounds for exclusion should include matters or events after commission of crime, such as whether claimant is fugitive from justice or unmeritorious or dangerous at the time of the application for refugee protection — Whether claimant who has committed serious crime in the past may nevertheless qualify for refugee protection because he or she has served sentence or because of redeeming conduct in the interim — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 98 — United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, art. 1F(b).

FEBLES V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 431.

LABOUR RELATIONS

Collective agreements — Grievances — Human rights — Right to equality — Grievance filed by union alleging that employer's failure to separately provide supplemental employment benefits to birth mothers in relation to both maternity leave and parental leave was discriminatory — Arbitrator allowing grievance and finding employer's position resulted in discrimination on grounds of sex and family status — Court of Appeal erred in setting aside arbitrator's decision that birth mothers were subject to unequal treatment — Arbitrator's award restored.

BRITISH COLUMBIA TEACHERS' FEDERATION V. BRITISH COLUMBIA PUBLIC SCHOOL EMPLOYERS' ASSOCIATION, 492.

LEGISLATION

Interpretation — Conflicting legislation — Airline breaching passengers' right to services in French under Official Languages Act by failing to provide services in French on international flights — Passengers applying to Federal Court for damages under Official Languages Act — Whether award of damages barred by limitation of damages liability set out in Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air ("Montreal Convention") — Whether Official Languages Act and Montreal Convention conflict or overlap — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), s. 77(4) — Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, 2242 U.N.T.S. 309, Article 29.

THIBODEAU V. AIR CANADA, 340.

OFFICIAL LANGUAGES

Breach of language rights during international carriage by air — Airline failing to provide services in French on international flights — Passengers applying to Federal Court for damages and a structural order under Official Languages Act — Whether award of damages barred by limitation of damages liability set out in the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air ("Montreal Convention") — Whether structural order appropriate — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), s. 77(4) — Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, 2242 U.N.T.S. 309, Article 29.

THIBODEAU V. AIR CANADA, 340.

POLICE

Powers — Search incident to arrest — Warrantless search of cell phone — Text message and photos on cell phone introduced as evidence at trial of accused — Whether common law police power to search incident to arrest permits cell phone searches — Whether search of cell phone incident to arrest was unreasonable and contrary to accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. V. FEARON, 621.

PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Sovereign immunity — Civil proceedings initiated in Quebec against Iran, Iranian head of state and two state officials in relation to alleged torture and death of Canadian citizen in Iran — Whether proceedings are barred, in whole or in part, by application of State Immunity Act — Whether international law requires State Immunity Act to be interpreted to include exception in cases of torture — Whether immunity extends to foreign public officials acting in their official capacity — Whether torture may constitute an official act of a state — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 3(1).

KAZEMI ESTATE V. ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN, 176.

INDEX

CONTRATS

Violation — Exécution — Clause de non-renouvellement — Obligation d'agir de bonne foi — Obligation d'exécution honnête — Entente régissant la relation entre la société et le détaillant prévoyant le renouvellement automatique du contrat à la fin de la période de trois ans, à moins qu'une partie donne à l'autre, par écrit, un préavis de non-renouvellement de six mois — Décision de la société de ne pas renouveler le contrat de concession — Perte par le détaillant de la valeur de l'entreprise et de la majorité de ses représentants des ventes recrutés par un concurrent — Poursuite du détaillant contre la société et le concurrent — La common law exige-t-elle une nouvelle obligation générale d'honnêteté applicable à l'exécution des contrats? — La société a-t-elle manqué à cette obligation?

BHASIN C. HRYNEW, 495.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Quantum — Contrats — Violation — Exécution — Clause de non-renouvellement — Obligation d'agir de bonne foi — Obligation d'exécution honnête — Entente régissant la relation entre la société et le détaillant prévoyant le renouvellement automatique du contrat à la fin de la période de trois ans, à moins qu'une partie donne à l'autre, par écrit, un préavis de non-renouvellement de six mois — Décision de la société de ne pas renouveler le contrat de concession — Perte par le détaillant de la valeur de l'entreprise et de la majorité de ses représentants des ventes recrutés par un concurrent — Poursuite du détaillant contre la société et le concurrent — Quel est le montant approprié des dommages-intérêts?

BHASIN C. HRYNEW, 495.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Cours — Accès à la justice — Frais d'audience — Règlement provincial fixant des frais d'audience progressifs — Règlement comportant une disposition dispensant des frais d'audience les personnes « indigentes » (“indigent”) ou « démunies » (“impoverished”) — La province peut-elle établir un régime de frais d'audience en vertu du pouvoir que lui confère l'art. 92(14) de la Loi constitutionnelle de 1867 en matière d'administration de la justice? — Est-ce qu'un règlement qui impose des frais d'audience niant à certaines personnes l'accès aux tribunaux porte atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures visées à l'art. 96? — Le régime provincial de frais d'audience est-il constitutionnellement valide? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14), 96 — Court Rules Act, R.S.B.C. 1996, ch. 80 — Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, modifiées par B.C. Reg. 10/96 et B.C. Reg. 75/98 — Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, art. 20-5(1).

TRIAL LAWYERS ASSOCIATION OF BRITISH COLUMBIA C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL), 31.

2. Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit criminel — Troubles mentaux — Décision prévoyant un traitement — Le fait d'exiger le consentement de l'hôpital à toutes les modalités de la décision prévoyant un traitement porte-t-il atteinte au droit de l'accusé à l'équité procédurale? — Les dispositions du Code criminel relatives à la décision prévoyant un traitement sont-elles imprécises ou arbitraires au point d'être inconstitutionnelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.58, 672.62(1).

R. C. CONCEPTION, 82.

3. Charte des droits — Déclaration des droits — Droit à la sécurité de la personne — Droit à une audition impartiale de sa cause — Immunité de juridiction — Action civile intentée au Québec contre l'Iran, le chef d'État de l'Iran et

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

deux agents de l'État pour la torture alléguée et le décès d'une citoyenne canadienne en Iran — Irrecevabilité de l'action par application de l'art. 3(1) de la Loi sur l'immunité des États — L'article 3(1) de la Loi sur l'immunité des États est-il incompatible avec l'art. 2e) de la Déclaration des droits ou viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 3(1) — Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III, art. 2e) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

KAZEMI (SUCCESION) C. RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN, 176.

4. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Justice fondamentale — Interception de communications — Exception à l'infraction de divulguer, sans le consentement de l'intéressé, des communications privées interceptées — Disposition du Code criminel qui autorise la divulgation de communications privées licitement interceptées à une personne ou un organisme étranger chargé de la recherche ou de la poursuite des infractions si la divulgation vise à servir l'administration de la justice au Canada ou ailleurs — La disposition porte-t-elle atteinte de manière injustifiée aux art. 7 ou 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 193(2)e).

WAKELING C. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, 549.

5. Charte des droits — Détention arbitraire — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à une arrestation — Marihuana trouvée dans l'automobile de l'accusé à la suite d'une fouille sans mandat — Preuve écartée au terme d'un voir-dire — Décision de la Cour d'appel portant que le juge du procès a fait erreur en concluant à l'absence de motifs d'arrestation subjectifs et objectifs — Arrestation légitime et fouille valide.

R. C. DAY, 614.

6. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à une arrestation — Téléphone cellulaire trouvé sur l'accusé et fouillé sans mandat — Message texte et photos trouvés dans le téléphone produits en preuve au procès — Le cadre général de la common law régissant les fouilles accessoires à l'arrestation doit-il être modifié dans le cas des fouilles de téléphones cellulaires effectuées accessoirement à l'arrestation? — La fouille du téléphone cellulaire effectuée accessoirement à l'arrestation était-elle abusive et contraire au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve découverts lors de

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

la fouille doivent-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. FEARON, 621.

DROIT CRIMINEL

1. Preuve — Admissibilité — Aveux — Aveux issus d'une opération « Monsieur Big » — Exposé au jury — Aveux du meurtre de son colocataire par l'accusé lors d'une opération Monsieur Big — Ces aveux doivent-ils être écartés en application de l'art. 24(2) de la Charte? — Dans la négative, les directives du juge du procès au jury sur les craintes liées à la valeur probante de ces aveux sont-elles adéquates? — Ses directives sur la fiabilité du témoignage du témoin à charge sont-elles également adéquates? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. MACK, 3.

2. Troubles mentaux — Décisions rendues par un tribunal ou une commission d'examen — Décision prévoyant un traitement — Accusé déclaré inapte à subir son procès — Ordonnance de traitement applicable « sur-le-champ » rendue par la juge président l'audience sans le consentement de l'hôpital chargé du traitement — Le tribunal peut-il ordonner que le traitement débute immédiatement même si l'hôpital ou le médecin traitant ne consentent pas à cette décision? — L'exigence relative au consentement porte-t-elle sur la date d'exécution de l'ordonnance ou simplement sur le traitement même? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.58, 672.62(1).

R. C. CONCEPTION, 82.

3. Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Demande de renvoi pour évaluation — Signification de « sévices graves à la personne » — Le vol qualifié perpétré par le recours à des menaces de violence contre une personne répond-il à la définition de « sévices graves à la personne »? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 343a), 752 « sévices graves à la personne », 752.1(1).

R. C. STEELE, 138.

4. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Droit à l'assistance d'un avocat — Réparation — Omission de la juge du procès de se demander si, en plus de

DROIT CRIMINEL — (Suite)

l'atteinte au droit prévu à l'art. 10b), il avait été porté atteinte au droit garanti à l'art. 8 — Une atteinte au droit garanti à l'art. 8 n'aurait pas changé l'analyse relative à l'art. 24(2) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10b), 24(2).

R. C. MOHAMED, 280.

5. Moyens de défense — Provocation — Exposé au jury — Arguments de l'accusé au procès soutenant qu'il a été provoqué et que la Couronne n'a pas prouvé l'intention requise à l'égard de l'infraction de meurtre — Preuve relative au comportement provocateur pertinente tant à l'égard de la mens rea que du moyen de défense prévu par la loi — Les directives erronées du juge du procès justifiaient la décision d'ordonner un nouveau procès.

R. C. BOUCHARD, 283.

6. Jurés — Exposé au jury — Envoi à la juge du procès par le jury d'une question concernant la crédibilité et le doute raisonnable après la clôture de la preuve mais avant les plaidoiries finales des avocats et l'exposé final de la juge — Refus de la juge du procès de répondre à la question à ce moment-là, rappel par cette dernière aux jurés de l'importance de la présomption d'innocence et de leur obligation de garder un esprit ouvert, et mention du fait qu'elle traiterait des questions touchant à la crédibilité dans son exposé final — Présentation par l'accusé en appel d'arguments portant que la juge a commis une erreur en omettant de répondre exhaustivement à la question le jour où elle a été posée et que ses réponses à cette question dans son exposé final étaient incomplètes — Absence d'erreur de la part de la juge du procès dans sa réponse initiale aux jurés ainsi que dans son exposé final à ceux-ci.

R. C. LEPINE, 285.

7. Armes à feu — Éléments de l'infraction — Fusil à air comprimé — Nombreuses infractions liées aux armes et aux armes à feu reprochées à l'accusé — Définition d'« arme à feu » et d'« arme » dans le Code criminel — Conclusion du juge du procès portant qu'un fusil à air comprimé n'est pas une arme et acquittant l'accusé des infractions — Conclusion de la Cour d'appel indiquant que les objets munis d'un canon qui satisfont à la définition d'arme à feu n'ont pas à satisfaire également à la définition d'arme pour être considérés comme des armes à feu — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2.

R. C. DUNN, 490.

8. Interception de communications — Communication de renseignements — Exception à l'infraction — La disposition prévoyant l'exception qui autorise la communication de renseignements obtenus licitement par écoute électronique

DROIT CRIMINEL — (Fin)

entre des organismes canadiens et étrangers d'application de la loi est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 193(2)e).

WAKELING C. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, 549.

9. Verdict raisonnable — Preuve — Accusé déclaré coupable de vol qualifié avec usage d'une arme à feu, de séquestration, de déguisement dans un dessein criminel et de possession d'une arme dans le but de commettre un acte criminel — Compte tenu des faiblesses de la preuve circonstancielle, le verdict de culpabilité était-il un de ceux qu'un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre?

R. C. WILLS, 612.

10. Preuve — Appréciation — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle grave parce qu'il a transmis le VIH au plaignant — Conclusion du juge du procès portant que le plaignant n'aurait pas eu de relations sexuelles s'il avait connu la séropositivité de l'accusé — Analyse adéquate par le juge du procès de la crédibilité du plaignant eu égard à l'ensemble de la preuve.

R. C. WILCOX, 616.

11. Meurtre au second degré — Exposé au jury — Verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable — Vraisemblance — Présentation par l'avocat de la défense au procès d'un argument fondé sur l'incompatibilité du verdict d'homicide involontaire coupable et de la thèse principale de la défense — L'omission du juge du procès de donner des directives au jury sur l'homicide involontaire coupable a constitué une erreur.

R. C. MACLEOD, 619.

DROIT DE L'IMMIGRATION

Réfugiés au sens de la Convention — Exclusion fondée sur la commission d'un crime grave avant l'admission dans le pays d'accueil — Cubain demandant l'asile au Canada — Rejet de la demande d'asile par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié au motif que le demandeur avait commis des crimes graves avant son admission au Canada — Dans l'examen des motifs d'exclusion, faut-il prendre en compte des faits ou événements postérieurs au crime, notamment si le demandeur est un criminel fugitif, s'il est indigne de l'asile ou s'il est dangereux au moment de la présentation de sa demande d'asile? — Un demandeur

DROIT DE L'IMMIGRATION — (Fin)

qui a commis des crimes graves peut-il quand même obtenir l'asile parce qu'il a purgé sa peine ou qu'il s'est racheté depuis? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 98 — Convention relative au Statut des Réfugiés des Nations Unies, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 1Fb).

FEBLES C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION), 431.

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Immunité de juridiction — Action civile intentée au Québec contre l'Iran, le chef d'État de l'Iran et deux agents de l'État pour la torture alléguée et le décès d'une citoyenne canadienne en Iran — La Loi sur l'immunité des États fait-elle obstacle partiellement ou intégralement à l'action? — Le droit international exige-t-il une interprétation de la Loi sur l'immunité des États qui reconnaîtrait une exception dans les cas de torture? — L'immunité s'étend-elle aux agents d'États étrangers qui agissent dans l'exercice de leurs fonctions officielles? — La torture constitue-t-elle un acte officiel d'un État? — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 3(1).

KAZEMI (SUCCESSION) C. RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN, 176.

LANGUES OFFICIELLES

Atteinte à des droits linguistiques au cours d'un transport aérien international — Omission du transporteur aérien de fournir des services en français sur des vols internationaux — Demande de dommages-intérêts et d'ordonnance structurelle présentée par des passagers à la Cour fédérale en vertu de la Loi sur les langues officielles — La limite de la responsabilité à l'égard des dommages prescrite par la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (« Convention de Montréal ») fait-elle obstacle à l'octroi de dommages-intérêts? — L'ordonnance structurelle était-elle convenable? — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 77(4) — Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 2242 R.T.N.U. 309, Article 29.

THIBODEAU C. AIR CANADA, 340.

LÉGISLATION

Interprétation — Conflit de loi — Transporteur aérien portant atteinte au droit que confère la Loi sur les langues officielles aux passagers de recevoir des services en français en omettant de les servir dans cette langue sur des vols internationaux — Demande de dommages-intérêts présentée par des passagers à la Cour fédérale en vertu de la Loi sur les langues officielles — La limite de la responsabilité à l'égard des dommages prescrite par la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (« Convention de Montréal ») fait-elle obstacle à l'octroi de dommages-intérêts? — Y a-t-il conflit ou chevauchement entre la Loi sur les langues officielles et la Convention de Montréal? — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4^e suppl.), art. 77(4) — Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 2242 R.T.N.U. 309, Article 29.

THIBODEAU C. AIR CANADA, 340.

POLICE

Pouvoirs — Fouille accessoire à une arrestation — Fouille sans mandat d'un téléphone cellulaire — Message texte et photos trouvés dans le téléphone produits en preuve au procès de l'accusé — Le pouvoir que la common law accorde aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation permet-il la fouille d'un téléphone cellulaire? — La fouille du téléphone cellulaire effectuée accessoirement à l'arrestation était-elle abusive et contraire au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. FEARON, 621.

PREUVE

Procédure civile — Communication de la preuve — Requête sollicitant la communication de documents déposée dans le cadre d'un recours collectif et demandant la communication par un tiers d'enregistrements de communications privées interceptées dans le cadre d'une enquête pénale — Défendeurs dans le recours collectif s'opposant à la communication au motif qu'il existe des immunités de divulgation de source légale et prétorienne — Une partie à un recours civil peut-elle demander que lui soient communiqués des enregistrements de conversations privées interceptées par

PREUVE — (Fin)

l'État dans le cadre d'une enquête pénale? — Comment les modalités et les limites de la communication doivent-elles être établies? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 402 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 193(2) a) — Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 29, 36.

PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE C. JACQUES, 287.

RELATIONS DE TRAVAIL

Conventions collectives — Griefs — Droits de la personne — Droit à l'égalité — Dépôt par le syndicat d'un grief soutenant que le défaut de l'employeur de verser séparément aux mères biologiques des prestations d'emploi supplémentaires à la fois pour le congé de maternité et pour le congé parental constituait de la discrimination — Sentence arbitrale faisant droit au grief et concluant que la position de l'employeur créait de la discrimination pour des motifs fondés sur le sexe et la situation de famille — Annulation erronée par la Cour d'appel de la décision de l'arbitre selon laquelle les mères biologiques faisaient l'objet d'un traitement inégal — Rétablissement de la sentence arbitrale.

BRITISH COLUMBIA TEACHERS' FEDERATION C. BRITISH COLUMBIA PUBLIC SCHOOL EMPLOYERS' ASSOCIATION, 492.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca