



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 2019 Vol. 2**

**2<sup>e</sup> cahier, 2019 Vol. 2**

Cited as [2019] 2 S.C.R. 317-578

Renvoi [2019] 2 R.C.S. 317-578

---

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

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil  
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

AUDREY-ANNE BERGERON  
CLAIRE ZOË BIDER-HALL  
VALERIE DESJARLAIS  
ANNE DES ORMEAUX  
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN  
LAUREN KOSHURBA  
KAREN LEVASSEUR  
JOANNE NORMAN  
IDA SMITH  
JACQUELINE STENCEL

ANDREA SUURLAND  
LESLIE TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
DIANE THERRIEN  
LESLIE-ANNE WOOD

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

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes  
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER  
JULIE BOULANGER  
ALEXANDRE CLÉMENT

AUDRA POIRIER  
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Révisseuses techniques  
SANDRINE AMPLEMAN  
CATHERINE BALOGH  
SUZANNE AUDET  
SHUNGHYO KIM

Administrative Assistants / Adjointes 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

### **R. v. Thanabalasingham ..... 317**

Criminal law — Appeals — Mootness — Accused charged with second degree murder in death of wife — Trial judge granting stay of proceedings to accused for unreasonable delay in bringing case to trial — Crown appealing stay — Accused deported prior to appeal hearing to country with which Canada does not have extradition treaty — Court of Appeal declining to adjudicate appeal on merits on ground of mootness — Court of Appeal erred in dismissing appeal as being moot because underlying basis for criminal proceedings has not disappeared and live controversy remains — Matter remitted to Court of Appeal for decision on merits.

### **R. v. Mills ..... 320**

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Child luring — Police sting operation — Interception with consent — Accused charged with child luring after communicating online with police officer posing as 14-year-old girl — Police using screen capture software to create record of online communications — Whether investigative technique amounted to search or seizure of accused's online communications — Whether police intercepted private communication without prior judicial authorization — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 184.2.

### **R. v. D'Amico ..... 394**

Criminal law — Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Dissent on question of law — Court of Appeal unanimous in dismissing accused's appeal from convictions — Accused filing notice of appeal as of right based on disagreement between appellate judges on point of law — Crown bringing motion to quash notice of appeal as of right — Dissent giving rise to appeal as of right is disagreement that affects result — Motion granted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

### **R. v. J.M. .... 396**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Charge to jury — Post-offence conduct — Failure to attend trial — Trial judge permitting Crown to lead evidence at accused's trial that accused failed to attend for his original trial

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **R. c. Thanabalasingham ..... 317**

Droit criminel — Appels — Caractère théorique — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré à la suite de la mort de son épouse — Arrêt des procédures accordé à l'accusé par le juge du procès pour cause de délai déraisonnable dans le renvoi à procès — Appel formé par le ministère public contre l'arrêt des procédures — Accusé expulsé avant l'audition de l'appel vers un pays avec lequel le Canada n'a pas conclu de traité d'extradition — Refus de la Cour d'appel de juger l'appel sur le fond en raison de son caractère théorique — Décision erronée de la Cour d'appel de rejeter l'appel en raison de son caractère théorique étant donné que le fondement sous-jacent des poursuites criminelles n'a pas disparu et qu'il subsiste un litige actuel — Affaire renvoyée à la Cour d'appel pour décision sur le fond.

### **R. c. Mills ..... 320**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Leurre — Opération d'infiltration policière — Interception avec consentement — Accusé inculpé de leurre après avoir eu des communications en ligne avec un policier se faisant passer pour une adolescente de 14 ans — Utilisation par la police d'un logiciel de capture d'écran en vue de créer un relevé de ces communications — La technique d'enquête équivalait-elle à une fouille ou à une saisie des communications en ligne de l'accusé? — La police a-t-elle intercepté une communication privée sans autorisation judiciaire préalable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 184.2.

### **R. c. D'Amico ..... 394**

Droit criminel — Appels — Appels à la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Dissidence sur une question de droit — Rejet unanime par la Cour d'appel de l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre des déclarations de culpabilité prononcées contre lui — Dépôt par l'accusé d'un avis d'appel de plein droit fondé sur un désaccord entre les juges d'appel sur un point de droit — Présentation par la Couronne d'une requête en cassation de l'avis d'appel de plein droit — Une dissidence donnant ouverture à un appel de plein droit s'entend d'un désaccord qui influence le résultat — Requête accueillie — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 691(1)a).

### **R. c. J.M. .... 396**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Exposé au jury — Comportement postérieur à l'infraction — Défaut de comparaître au procès — Couronne autorisée par le juge du procès à présenter en preuve lors du procès le fait

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

date — Trial judge instructing jury on use it could make of evidence — Accused convicted of sexual assault — Court of Appeal setting aside convictions and ordering new trial — Majority holding that trial judge erred in failing to engage in second step of admissibility inquiry and in his instructions to jury on post-offence conduct — Dissenting judge finding that trial judge's decision to admit evidence entitled to deference and that charge to jury was adequate — Failure to attend trial is not presumptively post-offence conduct and its admissibility must be assessed on case-by-case basis — Convictions restored.

### **R. v. Larue ..... 398**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Key witness refusing to testify at accused's first degree murder trial — Trial judge admitting witness's hearsay statements under principled approach to hearsay evidence — Accused convicted — Court of Appeal dismissing appeal — Trial judge did not err in ruling that threshold reliability of witness's hearsay statements had been established — Conviction upheld.

### **R. v. Wakefield ..... 400**

Criminal law — Second degree murder — Elements of offence — Accused and co-accused found guilty of second degree murder in stabbing death of victim who owed drug debt — Trial judge not explicitly finding that accused stabbed victim or that he had requisite subjective intent for murder — Court of Appeal upholding conviction — Court of Appeal erred in making finding of fact not articulated by trial judge and in accepting trial judge's statement of intent as sufficient to support murder conviction — Conviction for manslaughter substituted to conviction for second degree murder — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 229(a)(ii).

## SOMMAIRE (Suite)

que l'accusé n'a pas comparu à la date initialement fixée pour la tenue de son procès — Directives données aux jurés par le juge du procès quant à l'utilisation que ces derniers pouvaient faire de cet élément de preuve — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Conclusion des juges majoritaires portant que le juge du procès avait commis des erreurs, d'une part par son omission de procéder à la deuxième étape de l'examen de l'admissibilité, d'autre part dans la formulation de ses directives aux jurés concernant le comportement postérieur à l'infraction — Conclusion du juge dissident portant que la décision du juge du procès d'admettre l'élément de preuve commandait la déférence et que son exposé au jury était adéquat — Le défaut de comparaître au procès n'est pas présumé constituer un comportement postérieur à l'infraction et son admissibilité doit être évaluée au cas par cas — Déclarations de culpabilité rétablies.

### **R. c. Larue ..... 398**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Oui-dire — Refus d'un témoin clé de témoigner au procès de l'accusé pour meurtre au premier degré — Déclarations relatives du témoin admises en preuve par le juge du procès suivant l'approche raisonnée en matière de oui-dire — Accusé déclaré coupable — Appel rejeté par la Cour d'appel — Absence d'erreur entachant la décision du juge du procès portant que le seuil de fiabilité des déclarations relatives du témoin avait été établi — Déclaration de culpabilité confirmée.

### **R. c. Wakefield ..... 400**

Droit criminel — Meurtre au deuxième degré — Éléments de l'infraction — Accusé et coaccusé déclarés coupables de meurtre au deuxième degré pour avoir tué à coups de couteau la victime, qui avait une dette de drogue — Absence de conclusion explicite du juge du procès énonçant que l'accusé avait poignardé la victime ou avait eu l'intention subjective requise à l'égard de l'infraction de meurtre — Déclaration de culpabilité confirmée par la Cour d'appel — Erreur commise par la Cour d'appel en tirant une conclusion de fait que n'avait pas exposée le juge du procès et en considérant les affirmations de ce dernier au sujet de l'intention comme suffisantes pour appuyer une déclaration de culpabilité pour meurtre — Déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable substituée à la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 229a)(ii).

**CONTENTS** (Continued)

**R. v. W.L.S. .... 403**

Criminal law — Sexual assault — Consent — Accused's child testifying that accused repeatedly sexually assaulted sleepy and drugged complainant — Trial judge accepting child's evidence as truthful and reliable but acquitting accused of sexual assault as she was not satisfied beyond reasonable doubt that there was absence of subjective consent — Court of Appeal entering conviction — Court of Appeal finding trial judge erred in law by not providing alternative supportable theory after concluding absence of subjective consent was not only inference that could be drawn from evidence — Trial judge misapplied law of circumstantial evidence to evidence of witness and misapplied law of consent — Conviction upheld.

**Modern Cleaning Concept Inc. v. Comité  
paritaire de l'entretien d'édifices publics  
de la région de Québec ..... 406**

Labour relations — Collective agreements — Juridical extension by government decree — Franchises — Provincial legislation guaranteeing minimum conditions of employment by extending collective agreement to all employees and professional employers within scope determined by means of government decree — Parity committee responsible for administering and overseeing scheme created by decree — Franchisee entering into agreement with franchisor to perform cleaning services — Parity committee seeking unpaid wages and other benefits on behalf of franchisee pursuant to applicable decree — Whether decree applies to relationship between franchisor and franchisee — Whether franchisee was employee of franchisor — Act respecting collective agreement decrees, CQLR, c. D-2, s. 1(g) "professional employer", (j) "employee" — Decree respecting building service employees in the Québec region, CQLR, c. D-2, r. 16.

**Canada (Public Safety and Emergency  
Preparedness) v. Chhina ..... 467**

Courts — Jurisdiction — Habeas corpus — Exceptions to exercise of jurisdiction by provincial superior courts — Immigration detainee applying for habeas corpus — Superior court declining jurisdiction to hear application on basis that detention review scheme in Immigration and Refugee Protection Act is complete, comprehensive and expert statutory scheme providing for review at least as

*Continued on next page*

**SOMMAIRE** (Suite)

**R. c. W.L.S. .... 403**

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Témoignage de l'enfant de l'accusé portant que ce dernier a agressé sexuellement de façon répétée la plaignante alors qu'elle était endormie et droguée — Témoignage de l'enfant accepté comme étant véridique et fiable par la juge du procès, mais accusé acquitté par cette dernière de l'accusation d'agression sexuelle parce qu'elle n'était pas convaincue hors de tout doute raisonnable de l'absence de consentement subjectif — Verdict de culpabilité inscrit par la Cour d'appel — Conclusion de la Cour d'appel portant que la juge du procès a commis une erreur de droit en n'exposant pas une autre théorie défendable après avoir conclu que l'absence de consentement subjectif n'était pas la seule inférence qui pouvait être tirée de la preuve — Erreur commise par la juge du procès dans l'application du droit concernant la preuve circonstancielle à la déposition du témoin ainsi que dans l'application du droit relatif au consentement — Déclaration de culpabilité confirmée.

**Modern Concept d'entretien inc. c. Comité  
paritaire de l'entretien d'édifices publics  
de la région de Québec ..... 406**

Relations du travail — Conventions collectives — Extension juridique par décret du gouvernement — Franchises — Conditions d'emploi minimales garanties par une loi provinciale du fait de l'extension d'une convention collective à tous les salariés et à tous les employeurs professionnels visés par le champ d'application défini par un décret du gouvernement — Comité paritaire chargé d'administrer et de surveiller le régime créé par décret — Engagement du franchisé envers le franchiseur de fournir des services d'entretien ménager — Salaires impayés et autres avantages réclamés par le Comité paritaire au nom du franchisé en vertu du décret applicable — Le décret s'applique-t-il à la relation entre le franchiseur et le franchisé? — Le franchisé était-il un salarié du franchiseur? — Loi sur les décrets de convention collective, RLRQ, c. D-2, art. 1g « employeur professionnel », j) « salarié » — Décret sur le personnel d'entretien d'édifices publics de la région de Québec, RLRQ, c. D-2, r. 16.

**Canada (Sécurité publique et Protection civile)  
c. Chhina ..... 467**

Tribunaux — Compétence — Habeas corpus — Exceptions à l'exercice de la compétence des cours supérieures provinciales — Demande d'habeas corpus présentée par un détenu aux fins de l'immigration — Refus par la cour supérieure d'exercer sa compétence d'entendre la demande pour le motif que le régime de contrôle de la détention créé par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

broad as that available by way of habeas corpus and no less advantageous — Whether superior court erred in declining jurisdiction — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27.

### **Christine DeJong Medicine Professional Corp. v. DBDC Spadina Ltd. .... 530**

Torts — Knowing assistance in breach of fiduciary duty — Attribution of individual wrongdoing to corporation — Applicable criteria — Complex multi-million dollar fraud perpetrated by husband and wife — Couple convincing investors to invest with them in specific-project corporations to acquire and hold commercial real estate properties — Couple taking funds for personal use instead — Investors claiming damages against husband and wife personally for fraudulent misrepresentation, deceit and breach of fiduciary duty — Investors also claiming liability for knowing assistance against specific-project corporations on basis that wife who committed fraud was their directing mind — Application judge awarding damages against husband and wife personally, but dismissing knowing assistance claim on basis that wife's knowledge of fraud could not be imputed to specific-project corporations — Majority of Court of Appeal allowing knowing assistance claim — Dissenting judge finding that liability for knowing assistance could not be made out against specific-project corporations — Claim of knowing assistance must fail.

### **Bessette v. British Columbia (Attorney General) .... 535**

Provincial offences — Trial — Language of accused — Right to be tried by provincial court judge who speaks official language of Canada that is language of accused — Accused charged with provincial driving offence in British Columbia — Provincial court judge dismissing application by accused for trial in French — Whether right to be tried by provincial court judge who speaks official language that is language of accused under Criminal Code

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

est un régime législatif complet, exhaustif et spécialisé qui prévoit une procédure d'examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l'habeas corpus — La cour supérieure a-t-elle commis une erreur en déclinant sa compétence? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27.

### **Christine DeJong Medicine Professional Corp. c. DBDC Spadina Ltd. .... 530**

Responsabilité délictuelle — Aide apportée en connaissance de cause en violation d'une obligation fiduciaire — Imputation à des sociétés par actions d'actes fautifs commis par des personnes physiques — Critères applicables — Fraude complexe de plusieurs millions de dollars perpétrée par un homme et son épouse — Investisseurs convaincus par le couple d'investir des fonds avec lui dans des sociétés par actions visant des projets spécifiques en vue d'acquérir et de détenir des biens immobiliers commerciaux — Appropriation à des fins personnelles par le couple des fonds versés pour investissement — Action en dommages-intérêts intentée contre l'époux et l'épouse personnellement pour cause d'assertion inexacte et frauduleuse, de dol et de manquement à une obligation fiduciaire — Responsabilité des sociétés par actions visant des projets spécifiques également recherchée par les investisseurs au motif que l'épouse ayant commis la fraude était l'âme dirigeante des sociétés — Juge de l'action condamnant l'époux et l'épouse personnellement au paiement de dommages-intérêts, mais rejetant la demande fondée sur la notion d'aide apportée en connaissance de cause pour le motif que la connaissance par l'épouse de l'existence de la fraude ne pouvait être imputée aux sociétés par actions visant des projets spécifiques — Cour d'appel accueillant à la majorité la demande fondée sur la notion d'aide apportée en connaissance de cause — Juge dissident concluant que la responsabilité des sociétés par actions visant des projets spécifiques fondée sur la notion d'aide apportée en connaissance de cause ne pouvait pas être établie — Demande fondée sur la notion d'aide apportée en connaissance de cause rejetée.

### **Bessette c. Colombie-Britannique (Procureur général) .... 535**

Infractions provinciales — Procès — Langue de l'accusé — Droit de l'accusé d'être jugé par un juge de la cour provinciale qui parle la langue officielle du Canada qui est la sienne — Accusé inculpé d'une infraction provinciale liée à la conduite automobile en Colombie-Britannique — Rejet par le juge de la cour provinciale de la demande de procès en français présentée par l'accusé — Le droit de l'accusé d'être jugé par un juge de la cour provinciale qui parle la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

extends to persons accused of certain provincial offences in British Columbia — Offence Act, R.S.B.C. 1996, c. 338, s. 133 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 530.

Prerogative writs — Certiorari — Availability of remedy — Adequate alternative remedy — Superior court dismissing petition by accused for certiorari to quash order of provincial court judge dismissing application for trial in French — Whether determination of whether accused has right to trial in French amounts to jurisdictional issue giving rise to certiorari — Whether appeal following conviction by English-speaking court constitutes adequate alternative remedy to certiorari.

### **R. v. Omar ..... 576**

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Exclusion of evidence — Seriousness of Charter-infringing state conduct — Accused found in possession of loaded handgun, ammunition and cocaine when stopped by police while walking along a street late at night — Trial judge finding that several of accused's constitutional rights infringed by police but declining to exclude evidence and convicting accused of various firearms offences and possession of cocaine for the purpose of trafficking — Majority of Court of Appeal holding that trial judge committed reversible error in assessing seriousness of Charter-infringing police conduct — Majority excluding evidence and entering acquittals — Dissenting judge holding that there was no error in trial judge's assessment of seriousness of state conduct that would justify appellate intervention — Convictions restored — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

## SOMMAIRE (Fin)

langue officielle qui est la sienne, prévu dans le Code criminel, s'applique-t-il aux personnes accusées de certaines infractions provinciales en Colombie-Britannique? — Offence Act, R.S.B.C. 1996, c. 338, art. 133 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 530.

Brefs de prérogative — Certiorari — Possibilité d'exercer ce recours — Autre recours adéquat — Rejet par la cour supérieure de la requête en certiorari présentée par l'accusé en vue de l'annulation de l'ordonnance du juge de la cour provinciale rejetant la demande de procès en français — La décision de savoir si l'accusé a droit à un procès en français constitue-t-elle une question juridictionnelle donnant ouverture à un certiorari? — L'appel de la déclaration de culpabilité inscrite par un tribunal d'expression anglaise constitue-t-il un recours adéquat au lieu du certiorari?

### **R. c. Omar ..... 576**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exclusion de la preuve — Gravité de la conduite étatique attentatoire à la Charte — Accusé trouvé en possession d'une arme de poing chargée, de munitions et de cocaïne lors de son interception par la police alors qu'il marchait dans une rue tard le soir — Juge du procès concluant à la violation de plusieurs droits constitutionnels de l'accusé, mais refusant d'exclure les éléments de preuve et déclarant l'accusé coupable de diverses infractions liées aux armes à feu et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic — Conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que le juge du procès a commis une erreur infirmable dans le cadre de son appréciation de la gravité de la conduite policière attentatoire à la Charte — Décision des juges majoritaires excluant les éléments de preuve et inscrivant des acquittements — Conclusion du juge dissident portant que le juge du procès n'a commis dans son appréciation de la gravité de la conduite étatique aucune erreur qui justifierait une intervention en appel — Rétablissement des déclarations de culpabilité — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Sivaloganathan Thanabalasingham**  
*Respondent*

**INDEXED AS: R. v. THANABALASINGHAM**

**2019 SCC 21**

File No.: 37984.

2019: April 17.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Appeals — Mootness — Accused charged with second degree murder in death of wife — Trial judge granting stay of proceedings to accused for unreasonable delay in bringing case to trial — Crown appealing stay — Accused deported prior to appeal hearing to country with which Canada does not have extradition treaty — Court of Appeal declining to adjudicate appeal on merits on ground of mootness — Court of Appeal erred in dismissing appeal as being moot because underlying basis for criminal proceedings has not disappeared and live controversy remains — Matter remitted to Court of Appeal for decision on merits.*

#### Cases Cited

**Applied:** *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Morissette, Hilton, Gagnon and Vauclair J.J.A.), 2018 QCCA 197, 403 C.R.R. (2d) 349, [2018] AZ-51466552, [2018] Q.J. No. 784 (QL), 2018 CarswellQue 678 (WL Can.), dismissing on ground of mootness the appeal of Boucher J.'s decision to stay proceedings, 2017 QCCS 1271, [2017] AZ-51381182, [2017] Q.J. No. 3430

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Sivaloganathan Thanabalasingham** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. THANABALASINGHAM**

**2019 CSC 21**

N° du greffe : 37984.

2019 : 17 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Appels — Caractère théorique — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré à la suite de la mort de son épouse — Arrêt des procédures accordé à l'accusé par le juge du procès pour cause de délai déraisonnable dans le renvoi à procès — Appel formé par le ministère public contre l'arrêt des procédures — Accusé expulsé avant l'audition de l'appel vers un pays avec lequel le Canada n'a pas conclu de traité d'extradition — Refus de la Cour d'appel de juger l'appel sur le fond en raison de son caractère théorique — Décision erronée de la Cour d'appel de rejeter l'appel en raison de son caractère théorique étant donné que le fondement sous-jacent des poursuites criminelles n'a pas disparu et qu'il subsiste un litige actuel — Affaire renvoyée à la Cour d'appel pour décision sur le fond.*

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Morissette, Hilton, Gagnon et Vauclair), 2018 QCCA 197, 403 C.R.R. (2d) 349, [2018] AZ-51466552, [2018] Q.J. No. 784 (QL), 2018 CarswellQue 678 (WL Can.), qui a rejeté pour cause de caractère théorique l'appel de la décision du juge Boucher ordonnant l'arrêt des procédures, 2017 QCCS 1271, [2017]

(QL), 2017 CarswellQue 2605 (WL Can.). Appeal allowed.

*Christian Jarry*, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

*Louis Belleau*, as *amicus curiae*, and *Antoine Grondin-Couture*.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The test to be applied in this case is a two-part test as stated in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, and *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385.

[2] The test requires the court to first determine whether the case is moot. If the matter is moot, the court may nevertheless choose to exercise its discretion to hear the case on the merits based on the factors set out in *Borowski* and *Smith*.

[3] In this case, the majority of the Court of Appeal erred at the first stage of the test because the case is clearly not moot. The mere fact that an individual has been deported, even if he has been deported to a country with which Canada does not have an extradition treaty, does not render a case moot.

[4] The underlying basis for the criminal proceedings has not disappeared and there remains a live controversy even if the accused's return to Canada is unlikely.

[5] Justice Abella, concurring on the result, is of the view that the appeal is moot, but based on the factors set out in para. 50 of *Smith*, thinks that the Court of Appeal should have exercised its discretion to decide the merits having heard the full argument over two days.

AZ-51381182, [2017] Q.J. No. 3430 (QL), 2017 CarswellQue 2605 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Christian Jarry*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimé.

*Louis Belleau*, en qualité d'*amicus curiae*, et *Antoine Grondin-Couture*.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — L'analyse qu'il convient d'appliquer en l'espèce est l'analyse en deux volets établie dans les arrêts *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, et *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385.

[2] Cette analyse requiert que le tribunal décide d'abord s'il est en présence d'une affaire théorique. Si tel est le cas, le tribunal peut néanmoins choisir, sur la base des facteurs énoncés dans *Borowski* et *Smith*, d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de juger l'affaire au fond.

[3] Dans la présente espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur à la première étape de l'analyse, car l'affaire n'est de toute évidence pas théorique. Le simple fait que la personne concernée a été expulsée, et ce, même si elle l'a été vers un pays avec lequel le Canada n'a pas de traité d'extradition, ne confère pas un caractère théorique à l'affaire.

[4] Le fondement des procédures criminelles n'a pas disparu et il subsiste un litige actuel, même s'il est peu probable que l'accusé revienne au Canada.

[5] La juge Abella, qui souscrit au résultat, est d'avis que l'appel est théorique, mais au regard des facteurs énoncés au par. 50 de *Smith*, elle estime que la Cour d'appel aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et statuer sur le fond de l'affaire, puisqu'elle avait entendu l'argumentation complète des parties pendant deux jours.

[6] We would all therefore allow the appeal and remit the matter to the Quebec Court of Appeal for decision on the merits.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Montréal.*

[6] Nous sommes donc tous d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire devant la Cour d'appel du Québec pour qu'elle statue sur le fond de celle-ci.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Montréal.*

**Sean Patrick Mills** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,  
Attorney General of Ontario,  
Director of Criminal and Penal Prosecutions,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Samuelson-Glushko Canadian Internet  
Policy and Public Interest Clinic,  
Canadian Civil Liberties Association,  
Criminal Lawyers' Association and Canadian  
Association of Chiefs of Police** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. MILLS**

**2019 SCC 22**

File No.: 37518.

2018: May 25; 2019: April 18.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Gascon, Brown and Martin JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR**

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Child luring — Police sting operation — Interception with consent — Accused charged with child luring after communicating online with police officer posing as 14-year-old girl — Police using screen capture software to create record of online communications — Whether investigative technique amounted to search or seizure of accused's online communications — Whether police intercepted private communication without prior judicial authorization — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 184.2.*

A police officer posed online as a 14-year-old girl named Leann, with the intent of catching Internet child lurers. Using Facebook and Hotmail, M sent Leann sexually explicit messages and arranged a meeting in a park,

**Sean Patrick Mills** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Directrice des poursuites pénales,  
procureure générale de l'Ontario, directeur  
des poursuites criminelles et pénales,  
procureur général de la Colombie-Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Clinique d'intérêt public et de politique  
d'internet du Canada Samuelson-Glushko,  
Association canadienne des libertés civiles,  
Criminal Lawyers' Association et Association  
canadienne des chefs de police** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. MILLS**

**2019 CSC 22**

N° du greffe : 37518.

2018 : 25 mai; 2019 : 18 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown et Martin.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-  
NEUVE-ET-LABRADOR**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Leurre — Opération d'infiltration policière — Interception avec consentement — Accusé inculpé de leurre après avoir eu des communications en ligne avec un policier se faisant passer pour une adolescente de 14 ans — Utilisation par la police d'un logiciel de capture d'écran en vue de créer un relevé de ces communications — La technique d'enquête équivalait-elle à une fouille ou à une saisie des communications en ligne de l'accusé? — La police a-t-elle intercepté une communication privée sans autorisation judiciaire préalable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 184.2.*

Un policier s'est fait passer en ligne pour une adolescente de 14 ans appelée Leann, avec l'intention d'attraper des cyberprédateurs. Utilisant Facebook et Hotmail, M a envoyé à Leann des messages sexuellement explicites et

where he was arrested and charged with child luring. Without having obtained prior judicial authorization, the officer used screen capture software to create a record of his online communications with M as evidence for trial. M applied for the exclusion of the evidence. The trial judge found that the messages were “private communications” as defined in s. 183 of the *Criminal Code* and that prior judicial authorization to capture the messages under s. 184.2 of the *Criminal Code* was therefore required from the point at which the police had determined that M had a potentially inappropriate interest in a minor. He also held that the use of the screen capture software generated a seizure of the communications, and that M had an expectation of privacy in his communications. He therefore found that the police breached s. 8 of the *Charter*. However, he found that admitting the evidence would not bring the administration of justice into disrepute and he convicted M. The Court of Appeal held that the trial judge had erred in concluding that authorizations under s. 184.2 were required and found that M’s expectation of privacy was not objectively reasonable. It held that M’s s. 8 rights were not infringed and therefore upheld the conviction.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Abella, Gascon and Brown JJ.: Section 8 of the *Charter* was not engaged when the officer captured M’s electronic communications. To claim s. 8’s protection, an accused must show a subjectively held and objectively reasonable expectation of privacy in the subject matter of the putative search. M could not claim an expectation of privacy that was objectively reasonable because M was communicating with someone he believed to be a child, who was a stranger to him, and the investigatory technique meant that the undercover officer knew this when he created her. On the facts of this case, giving judicial sanction to the particular form of unauthorized surveillance in question would not see the amount of privacy and freedom remaining to citizens diminished to a compass inconsistent with the aims of a free and open society, if expectations of privacy are to express a normative, rather than descriptive, standard. Therefore, the sting did not require prior judicial authorization.

a organisé une rencontre dans un parc, où il a été arrêté et inculpé de leurre. Le policier en question a, sans avoir obtenu d’autorisation judiciaire préalable, utilisé un logiciel de capture d’écran pour créer un relevé de ses communications en ligne avec M, relevé qui constituerait une preuve pour le procès. M a demandé l’exclusion de la preuve. Le juge du procès a conclu que les messages étaient des « communications privées » au sens de l’art. 183 du *Code criminel*, de sorte qu’à partir du moment où les policiers déterminaient que M avait un intérêt potentiellement inapproprié à l’égard d’un mineur, une autorisation judiciaire préalable en application de l’art. 184.2 du *Code criminel* était nécessaire pour prendre des captures d’écran des messages. Il a aussi conclu que l’utilisation d’un logiciel de capture d’écran avait entraîné une saisie et que M avait une attente au respect de sa vie privée dans ses communications. Il a donc statué que la police avait violé l’art. 8 de la *Charte*. Il a toutefois estimé que l’utilisation de la preuve n’était pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice et a déclaré M coupable. La Cour d’appel a statué pour sa part que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que des autorisations obtenues conformément à l’art. 184.2 étaient requises, et elle a affirmé que l’attente de M au respect de sa vie privée n’était pas objectivement raisonnable. Elle a jugé qu’il n’avait pas été porté atteinte aux droits que lui garantit l’art. 8 et a donc confirmé la déclaration de culpabilité.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Abella, Gascon et Brown : L’article 8 de la *Charte* n’entraîne pas en jeu lorsque le policier a pris des captures d’écran des communications électroniques de M. Pour se réclamer de la protection de cette disposition, l’accusé doit démontrer qu’il pouvait subjectivement, et de façon objectivement raisonnable, s’attendre au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la prétendue fouille. M ne pouvait pas prétendre qu’il avait une attente au respect de sa vie privée qui était objectivement raisonnable parce que, d’une part, il s’entretenait avec une personne qu’il croyait être une enfant, et qui était une inconnue pour lui, et, d’autre part, l’agent d’infiltration savait — en raison de la technique d’enquête utilisée — qu’un tel entretien aurait lieu au moment où il a créé cette personne. Eu égard aux faits de l’espèce, et si l’attente en matière de vie privée doit refléter un critère normatif plutôt que descriptif, la sanction judiciaire de la forme particulière de surveillance non autorisée en cause n’empiéterait pas sur l’intimité dont disposent encore les particuliers dans une mesure incompatible avec les objectifs d’une société libre et ouverte. En conséquence, l’opération d’infiltration ne nécessitait pas d’autorisation judiciaire préalable.

Objective reasonableness is assessed in the totality of the circumstances, along four lines of inquiry. The first three inquiries are an examination of the subject matter of the alleged search, a determination as to whether the claimant had a direct interest in the subject matter and an inquiry into whether the claimant had a subjective expectation of privacy in the subject matter. These lines of inquiry support M's claim to an expectation of privacy. The subject matter is the electronic communications, and they have no legally significant distinction from text messages. M intended to have a one-on-one online conversation. As a participant and a co-author of the communications, M had a direct interest in the subject matter and he expected the communications to be private.

The fourth inquiry is whether M's subjective expectation of privacy was objectively reasonable having regard to the totality of the circumstances. Determining objective reasonableness is a normative question about when Canadians ought to expect privacy given the applicable considerations. On a normative standard, adults cannot reasonably expect privacy online with children they do not know. This appeal involves a particular set of circumstances, where the nature of the relationship and the nature of the investigative technique are decisive. Although s. 8 is not traditionally approached from the perspective of the particular relationship because its protection is content-neutral, the police knew the relationship in advance of any potential privacy breach. While society values many adult-child relationships as worthy of s. 8's protection, this relationship is not one of them. With respect to the investigative technique, the police knew from the outset that the relationship was fictitious and that Leann was truly a stranger to M. They could confidently and accurately conclude that no s. 8 concern would arise from reviewing these communications. Section 8 jurisprudence is predicated on police obtaining prior authorization before a potential privacy breach. No such potential existed in this case. Section 184.2 of the *Criminal Code* does not apply in the instant case because a communication made under circumstances in which there is no reasonable expectation of privacy cannot constitute a "private communication" for the purposes of s. 183.

Le caractère objectivement raisonnable est apprécié au regard de l'ensemble des circonstances et de quatre considérations. Les trois premières considérations applicables sont l'examen de l'objet de la prétendue fouille, la question de savoir si le demandeur possédait un droit direct à l'égard de l'objet et la question de savoir si le demandeur avait une attente subjective au respect de sa vie privée relativement à l'objet. Ces considérations militent en faveur de l'allégation de M selon laquelle il pouvait s'attendre au respect de sa vie privée. La prétendue fouille vise les communications électroniques, et il n'y a aucune distinction importante sur le plan juridique entre celles-ci et des messages textes. M voulait avoir une conversation seul à seul en ligne. En tant que personne ayant participé aux communications, et à titre de coauteur de celles-ci, M possédait un droit direct à l'égard de l'objet et il s'attendait à ce que les échanges en question soient privés.

La quatrième considération est la question de savoir si l'attente subjective de M au respect de sa vie privée était objectivement raisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances. La détermination du caractère objectivement raisonnable est une question normative du moment où les Canadiens devraient s'attendre au respect de leur vie privée eu égard aux considérations applicables. Suivant un critère normatif, les adultes ne peuvent pas raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée dans leurs communications en ligne avec des enfants qu'ils ne connaissent pas. Le présent pourvoi porte sur un ensemble particulier de circonstances, où la nature de la relation et la nature de la technique d'enquête sont décisives. Bien que l'art. 8 ne soit pas traditionnellement abordé sous l'angle de la relation particulière parce que la protection qu'il offre est neutre sur le plan du contenu, les policiers connaissaient la relation en cause avant qu'il puisse y avoir atteinte à la vie privée. La société considère de nombreuses relations adulte-enfant comme étant dignes de jouir de la protection conférée par l'art. 8, mais il ne s'agit pas d'une relation de ce type en l'espèce. Pour ce qui est de la technique d'enquête, les policiers savaient dès le départ que la relation était fictive et que Leann était véritablement une inconnue pour M. Ils pouvaient donc conclure en toute confiance et à juste titre qu'aucune préoccupation fondée sur l'art. 8 ne découlerait de l'examen des communications en question. La jurisprudence relative à l'art. 8 suppose l'obtention par la police d'une autorisation préalable avant qu'il puisse y avoir atteinte à la vie privée. Il n'y avait aucune possibilité de cette nature dans la présente affaire. L'article 184.2 du *Code criminel* ne s'applique pas en l'espèce parce qu'une communication faite dans des circonstances où il n'y a aucune attente raisonnable au respect de sa vie privée ne saurait constituer une « communication privée » pour l'application de l'art. 183.

*Per* Wagner C.J. and Karakatsanis J.: There is agreement that the appeal should be dismissed, but for different reasons. When undercover police officers communicate in writing with individuals, there is no search or seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. This is because an individual cannot reasonably expect their words to be kept private from the person with whom they are communicating. Here, the police did not interfere with a private conversation between other individuals; they directly participated in it. The police also did not violate s. 8 of the *Charter* when they communicated with M and retained screenshots of those conversations. Because the conversation occurred via email and Facebook, it necessarily took place in a written form. The screenshots from the screen capture software are simply a copy of the pre-existing written record and not a separate surreptitious permanent record created by the state.

Not every investigatory technique constitutes a search or seizure — s. 8 may be engaged only where the investigatory conduct intrudes upon a person's reasonable expectation of privacy. Section 8 does not prevent police from communicating with individuals in the course of an undercover investigation, because the investigatory technique of engaging in conversation, even where the officer is undercover, does not diminish an individual's reasonable expectation of privacy. Here, an undercover police officer conversed with M using Facebook and email. This is no different from someone speaking to an undercover officer in person. M clearly intended for the recipient (who happened to be a police officer) to receive his messages. Because he had no reasonable expectation that his messages would be kept private from the intended recipient, s. 8 is not engaged.

The police's use of the screen capture software is also not a search or seizure. There is no relevant difference in the state preserving the conversations by taking a screenshot of them rather than using a computer to print them or tendering a phone or laptop with the conversations open and visible. This use of technology is not intrusive or surreptitious state conduct. Furthermore, the permanent record of the conversation resulted from the medium through which M chose to communicate. He could not reasonably expect that the intended recipient of his communications would not have a written record of his words. Because the police techniques used in the instant case did not engage

*Le* juge en chef Wagner et la juge Karakatsanis : Il y a accord sur le fait que le pourvoi devrait être rejeté, mais pour des raisons différentes. Lorsque des agents d'infiltration de la police communiquent par écrit avec des individus, il n'y a aucune fouille ou saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Il en est ainsi parce qu'un individu ne peut raisonnablement s'attendre à ce que la personne avec laquelle il communique ne prenne pas connaissance de ses propos. En l'espèce, les policiers ne se sont pas ingérés dans la conversation privée d'autres personnes; ils y ont directement participé. Ils n'ont pas non plus contrevenu à l'art. 8 de la *Charte* lorsqu'ils ont communiqué avec M et conservé des captures d'écran de ces conversations. Comme les conversations ont eu lieu au moyen de courriels et de Facebook, elles ont nécessairement pris une forme écrite. Les captures d'écran tirées du logiciel de capture d'écran sont tout simplement une copie d'un relevé écrit déjà existant, et non un relevé permanent distinct créé clandestinement par l'État.

Toute technique d'enquête ne constitue pas une fouille, une perquisition ou une saisie : l'art. 8 n'entre en jeu que dans le cas où la conduite en matière d'enquête empiète sur l'attente raisonnable d'une personne au respect de sa vie privée. Cette disposition n'empêche pas les policiers de communiquer avec des individus au cours d'une opération d'infiltration; il en est ainsi parce que la technique d'enquête qui consiste pour un policier à participer à une conversation — même si celui-ci est un agent d'infiltration — ne diminue pas l'attente raisonnable d'une personne au respect de sa vie privée. En l'espèce, un agent d'infiltration s'est entretenu avec M par Facebook et par courriel. Cette situation n'est pas différente de celle où un individu parle à un agent d'infiltration en personne. M a clairement voulu que le destinataire (qui était en l'occurrence un policier) reçoive ses messages. Comme il ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le destinataire visé de ses messages n'en prenne pas connaissance, l'art. 8 n'entre pas en jeu.

L'utilisation du logiciel de capture d'écran par les policiers ne constitue pas non plus une fouille ou une saisie. Il n'y a aucune différence pertinente dans le fait pour l'État de conserver les conversations en prenant des captures d'écran de celles-ci plutôt qu'en utilisant un ordinateur pour les imprimer ou en déposant en preuve un téléphone ou un ordinateur portable où les conversations sont ouvertes et visibles. Cette utilisation de la technologie ne constitue pas une conduite intrusive ou clandestine de l'État. De plus, le relevé permanent de la conversation résulte du moyen choisi par M pour communiquer. Ce dernier ne peut raisonnablement s'attendre à ce que le destinataire visé de



the protections of s. 8, judicial pre-authorization was not required.

While the Internet empowers individuals to exchange much socially valuable information, it also creates more opportunities to commit crimes. Undercover police operations, using the anonymity of the Internet, allow police officers to proactively prevent sexual predators from preying on children.

*Per Moldaver J.:* The reasons provided by Karakatsanis J. and Brown J. are sound in law and each forms a proper basis for dismissing the appeal.

*Per Martin J.:* The state surveillance of M's private communications constituted a search that breached s. 8 of the *Charter*. It was objectively reasonable for M to expect that a permanent recording of the communications between himself and the police officer would not be surreptitiously acquired by an agent of the state absent prior judicial authorization. The police officer's use of the screen capture software constituted an "interception" within the meaning of Part VI of the *Criminal Code*. Because he did not obtain prior judicial authorization, the search was unreasonable. However, the application to exclude the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter* was properly dismissed. While the impact of the breach was significant, the seriousness of the breach was minimal. Exclusion of relevant and reliable evidence in a child-luring case, obtained using tactics that the police had good reason to believe were legal at the time of the investigation, would bring the administration of justice into disrepute.

The regulation of an ever-changing internet requires careful balancing of rights and interests. The sexual exploitation of a minor is an abhorrent act and children and youth are particularly vulnerable on the internet. State actors must be equipped with investigative powers that will allow them to root out sexual exploitation online. Such investigative powers, however, need to be counterbalanced with the state's obligation to respect the privacy rights of its citizens. Reasonable expectation of privacy is assessed on a normative, rather than descriptive, standard. The question to be asked is whether the privacy claim must be recognized as beyond state intrusion absent constitutional justification if Canadian society is to remain a free, democratic and open society. In a free and democratic

ses communications ne dispose pas d'un relevé écrit de ses propos. Comme les techniques policières utilisées en l'espèce ne faisaient pas intervenir les protections prévues à l'art. 8, une autorisation judiciaire préalable n'était pas requise.

Bien qu'Internet permette aux individus d'échanger entre eux des renseignements très précieux pour la société, il crée aussi davantage d'occasions de commettre des crimes. Les opérations policières d'infiltration réalisées à la faveur de l'anonymat d'Internet permettent aux policiers d'empêcher de façon proactive les prédateurs sexuels de s'en prendre à des enfants.

*Le juge Moldaver :* Les motifs qu'exposent les juges Karakatsanis et Brown sont bien fondés en droit, et chaque série de motifs sert de fondement valable pour rejeter le pourvoi.

*La juge Martin :* La surveillance par l'État des communications privées de M constituait une fouille qui violait l'art. 8 de la *Charte*. Il était objectivement raisonnable pour M de s'attendre à ce qu'un agent de l'État ne puisse prendre clandestinement connaissance d'un enregistrement électronique permanent des communications entre lui et le policier sans autorisation judiciaire préalable. L'utilisation par le policier du logiciel de capture d'écran constituait une « interception » au sens de la partie VI du *Code criminel*. Comme il n'a pas obtenu l'autorisation judiciaire préalable, la fouille était déraisonnable. Cependant, la demande d'exclusion de la preuve fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* a été rejetée à juste titre. Bien que l'atteinte au droit à la vie privée ait eu des répercussions importantes, la gravité de l'atteinte était minime. L'exclusion d'éléments de preuve pertinents et fiables dans une affaire de leurre d'enfants, lesquels ont été obtenus au moyen de tactiques que la police avait de bonnes raisons de croire légales au moment de l'enquête, aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

La réglementation de l'Internet, lequel est en constante évolution, exige un juste équilibre entre les droits et les intérêts. L'exploitation sexuelle d'un mineur est un acte odieux, et les enfants et les jeunes sont donc particulièrement vulnérables sur Internet. Les acteurs de l'État doivent disposer de pouvoirs d'enquête qui leur permettront d'enrayer l'exploitation sexuelle en ligne. Cependant, de tels pouvoirs d'enquête doivent être contrebalancés par l'obligation de l'État de respecter les droits au respect de la vie privée de ses citoyens. L'attente raisonnable au respect de la vie privée est de nature normative, et non descriptive. La question qu'il faut se poser consiste donc à savoir si le droit à la vie privée revendiqué doit être considéré comme à l'abri de toute intrusion par l'État — sauf justification



society, it is reasonable to expect that the state will only access electronic recordings of private communications if it has sought authorization to do so.

*R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, held that surreptitious participant electronic surveillance by the state requires regulation. Warrantless surveillance at the sole discretion of the police annihilates the right of individuals to choose the range of their auditors and imposes a risk of having to contend with a documented record of their words. This effectively strips freedom of thought and expression of any meaning. In response to *Duarte*, Parliament enacted s. 184.2 of the *Criminal Code* which requires prior judicial authorization for electronic state participant surveillance. In *Duarte*, documentation of private communications occurred via state recording technology. Now, individuals communicate using electronic media, such that their conversations are inherently recorded, and the way to obtain a real-time record of a conversation is simply to engage in that conversation. This shift in communication methods should not mean that the state should no longer be required to seek authorization to access electronic recordings of private communications. Otherwise, there would be no meaningful residuum to the right to live free from surveillance.

The electronic communications in the case at bar are a hybrid of an oral conversation and the surreptitious electronic recording of that conversation that attracted a reasonable expectation of privacy in *Duarte*. This duality should support, not undermine the protection of privacy rights, because a recording exists and the state has unrestricted and unregulated access to it. Contemporary electronic communications are analogous to electronic recordings because they possess the characteristics of permanence, evidentiary reliability, and transmissibility that define electronic recordings and they are a documented record of the conversation. That conversants are aware that their communications are being recorded and knowingly create the record does not mean that electronic communications must be analogized to oral conversations nor does it destroy any reasonable expectation of privacy. Creating written, electronic records of one's private communications is a virtual prerequisite to participation in modern society, yet individuals still retain subjective and objective expectations of privacy in those communications. Unregulated state electronic surveillance will

constitutionnelle — pour que la société canadienne demeure libre, démocratique et ouverte. Dans une société libre et démocratique, il est raisonnable de s'attendre à ce que l'État n'ait accès aux enregistrements électroniques de leurs communications privées que s'il a obtenu l'autorisation de le faire.

Dans *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, il a été conclu que la surveillance électronique participative clandestine par l'État devait être réglementée. La surveillance sans mandat menée à la seule discrétion de la police annihile le droit des individus qu'est le droit de choisir leurs auditeurs et impose le risque de devoir se reporter à des notes écrites de leurs propos. Cela fait en sorte que la notion de liberté de pensée et d'expression se trouve en fait dénuée de sens. En réponse à l'arrêt *Duarte*, le législateur a adopté l'art. 184.2 du *Code criminel*, qui exige l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable pour la surveillance électronique participative menée par l'État. Dans *Duarte*, l'État avait pu obtenir accès à un relevé écrit de communications privées au moyen de matériel d'enregistrement. Or de nos jours, les gens communiquent par le truchement de médias électroniques, de sorte que leurs conversations sont nécessairement enregistrées; pour obtenir un relevé en temps réel d'une conversation, il suffit d'y participer. Une telle évolution des moyens de communication ne devrait pas avoir pour conséquence que l'État n'aurait plus besoin d'autorisation pour prendre connaissance des relevés électroniques de communications privées. S'il en était autrement, il ne nous resterait rien qui vaille du droit de vivre libre de toute surveillance.

Les communications électroniques en cause tiennent à la fois de la conversation de vive voix et de l'enregistrement électronique clandestin de cette conversation qui a suscité une attente raisonnable au respect de la vie privée dans *Duarte*. Cette dualité devrait étayer, et non miner, la protection des droits à la vie privée, puisqu'un enregistrement existe et que l'État dispose d'un accès non réglementé et sans restriction à celui-ci. Les communications électroniques modernes ressemblent aux enregistrements électroniques parce qu'elles ont pour caractéristiques la permanence, la fiabilité probatoire et la transmissibilité qui définissent les enregistrements électroniques et qu'elles constituent un relevé écrit de la conversation. Le fait que les interlocuteurs soient conscients que leurs communications sont enregistrées, et qu'ils créent eux-mêmes sciemment le relevé de celles-ci, ne signifie pas que les communications électroniques doivent être comparées aux conversations de vive voix ou qu'elles réduisent à néant toute attente raisonnable au respect de la vie privée. La création de relevés électroniques écrits de ses communications privées est pratiquement une condition à laquelle

lead to self-censoring online and will annihilate society's sense of privacy.

A general proposition that it is not reasonable for individuals to expect that their messages will be kept private from the intended recipient cannot apply when the state has secretly set itself up as the intended recipient. In the case of state participant surveillance, the notion of intended recipient is infused with the concept of the right to choose one's listeners. An individual retains the reasonable expectation that the state will only permanently record a private communication with judicial authorization. Further, there are quantitative and qualitative distinctions between in-person and electronic state surveillance that make the analogy between the "conversations" in *Duarte* and today's electronic communications untenable. Quantitatively, in-person conversations with undercover police officers are not capable of subjecting the public to surreptitious electronic surveillance on a mass scale due to the practical resource constraints of undercover police work whereas electronic surveillance technologies make possible mass surveillance as never before. Qualitatively, the ability to fabricate alternative identities has never been more possible and online anonymity allows for a different order of state surveillance using believable, false identities. Finally, state action that intrudes on a reasonable expectation of privacy is intended to be addressed via s. 8 of the *Charter*. Placing communications outside s. 8 because the state recipient can obtain a record simply by engaging in the conversation undermines the purpose of privacy rights and upsets the careful balance between the ability of the state to investigate crime and the rights of individuals to private areas of expression.

Determining whether there is a reasonable expectation of privacy based on a category of relationship is risk analysis reasoning, not content neutral, and puts courts in the business of evaluating personal relationships with a view to deciding which deserve *Charter* protection under s. 8, and which do not. Judicial disapprobation of an accused's lifestyle has no place in the s. 8 privacy analysis. Finally, a finding of reasonable expectation of privacy does not mean that the state is forbidden from conducting a search — it

il faut consentir pour participer à la société moderne, et pourtant, les gens ont encore des attentes, subjectives et objectives, au respect de leur vie privée à l'égard de ces communications. La surveillance électronique non réglementée, par l'État, donnera lieu à ce que les gens exercent l'autocensure sur leur expression en ligne et anéantit le sens de la vie privée de la société.

La proposition générale selon laquelle il n'est pas raisonnable que les gens s'attendent à ce que le destinataire visé des messages d'une personne n'en prenne pas connaissance ne peut s'appliquer lorsque l'État a secrètement fait en sorte d'être le destinataire visé. Dans le cas d'une surveillance participative de l'État, la notion de destinataire visé est intimement liée au droit de choisir ses auditeurs. La personne peut raisonnablement s'attendre à ce que l'État n'enregistre une communication privée de façon permanente que s'il a obtenu une autorisation judiciaire. De plus, il existe des distinctions quantitatives et qualitatives entre la surveillance en personne et la surveillance électronique par l'État qui rendent intenable l'analogie entre les « conversations » dont il était question dans *Duarte* et les communications électroniques d'aujourd'hui. Sur le plan quantitatif, les conversations de vive voix avec des agents d'infiltration ne sont pas susceptibles d'exposer le public à une surveillance électronique clandestine à grande échelle en raison de contraintes pratiques liées aux ressources dans le cas des activités d'infiltration policière, tandis que les technologies de surveillance électronique rendent la surveillance de masse possible comme jamais auparavant. Sur le plan qualitatif, se créer d'autres identités n'a jamais été aussi facile que maintenant, et cet anonymat en ligne permet une surveillance par l'État d'un tout autre ordre à l'aide de fausses identités crédibles. Enfin, les actions de l'État qui vont à l'encontre d'une attente raisonnable au respect de la vie privée doivent être examinées au regard de l'art. 8 de la *Charte*. Exclure les communications de la portée de l'art. 8 parce que l'État destinataire peut obtenir un relevé de la conversation simplement en y prenant part nuit à l'objet des droits à la vie privée, et perturbe le juste équilibre entre la capacité de l'État d'enquêter sur des crimes et les droits des personnes de disposer d'espaces privés pour s'exprimer.

Le fait de décider s'il existe une attente raisonnable au respect de la vie privée en fonction d'une catégorie de relation est un raisonnement relatif à l'analyse de risques qui n'est pas neutre sur le plan du contenu, et qui impose aux tribunaux la tâche d'évaluer les relations personnelles des individus afin de décider lesquelles sont dignes de jouir de la protection conférée par l'art. 8 de la *Charte*, et lesquelles ne le sont pas. La désapprobation par les tribunaux du mode de vie d'un accusé n'a pas sa place dans le

means that the police action must be supported by a power that respects s. 8 of the *Charter*. The scenario presented of a sting context in which the state pretends to be a child and communicates with those seeking to sexualize children is the type of circumstance in which the state could and should obtain judicial authorization to surveil private, electronic communications. The risk that one's co-conversant may disclose a private communication does not affect the reasonableness of the expectation that the state, in the absence of such disclosure, will not intrude upon that private communication. Under s. 8, the analysis turns on the privacy of the area or the thing being searched and the impact of the search on its target, not the legal or illegal nature of the items sought. It is not reasonable to assume that communications between adults and children who do not know each other will be criminal in nature. Content neutrality was developed to ensure that unjustified state intrusions into privacy would not occur. The s. 8 inquiry has never assumed that some relationships are *a priori* criminal and therefore do not legitimately attract an expectation of privacy. It is not the role of the courts to evaluate personal relationships with a view to denying s. 8 *Charter* protection to certain classes of people.

The use of screen capture software fits within the definitions of "intercept" and "private communication" under s. 183 of the *Criminal Code*. The word "intercept" denotes an interference between the sender and recipient in the course of the communication process. The police officer recorded the informational content of the private communications when he saved them for the sake of reproduction for the courts in real-time. Applying Part VI in this case strikes the right balance between law enforcement's need to investigate crime and the right to be left alone. Even in the absence of screen capture software, it may be that the state investigative technique employed here constituted an "interception". In communicating with M over a medium that inherently produces an electronic recording, the police officer "acquired" a record of the communication. If electronic police surveillance of private communications is only regulated by Part VI to the extent that extraneous recording software is employed, it is no longer sufficiently comprehensive. To be constitutionally compliant, state

cadre d'une analyse du droit à la vie privée au regard de l'art. 8. Enfin, la conclusion qu'il y a attente raisonnable au respect de la vie privée ne signifie pas qu'il est interdit à l'État d'effectuer une fouille; cela signifie simplement que les actions des policiers doivent être validées par un pouvoir qui respecte l'art. 8 de la *Charte*. Le scénario présenté, soit celui où l'État prétend, dans un contexte d'infiltration, être un enfant et communique avec des gens qui cherchent à sexualiser des enfants, est le type de situation dans laquelle l'État pourrait et devrait obtenir une autorisation judiciaire pour surveiller des communications électroniques privées. Le risque qu'un interlocuteur divulgue une communication privée n'a pas d'incidence sur le caractère raisonnable de l'attente selon laquelle l'État, s'il n'y a pas eu de telle divulgation, ne s'immiscera pas dans cette communication privée. Pour l'application de l'art. 8, l'analyse porte sur le caractère privé du lieu ou de l'objet visé par la fouille ou la perquisition ainsi que sur les conséquences de cette dernière pour la personne qui en fait l'objet, et non sur la nature légale ou illégale de la chose recherchée. Il n'est pas raisonnable de supposer que les communications entre des adultes et des enfants qui ne se connaissent pas sont de nature criminelle. Le principe de la neutralité du contenu a été élaboré pour faire en sorte que de telles atteintes injustifiées de l'État à la vie privée ne se produisent pas. L'analyse relative à l'art. 8 n'a jamais supposé que certaines relations sont à première vue criminelles et ne suscitent donc pas légitimement d'attente au respect de la vie privée. Ce n'est pas le rôle des tribunaux d'évaluer les relations personnelles en vue de priver certaines catégories de personnes de la protection que confère l'art. 8 de la *Charte*.

L'utilisation du logiciel de capture d'écran répond aux définitions d'« interception » et de « communication privée » prévues à l'art. 183 du *Code criminel*. Le verbe « intercepter » évoque une interposition entre l'expéditeur et le destinataire dans le cours du processus de communication. Le policier a enregistré le contenu informationnel des communications privées lorsqu'il les a sauvegardées en temps réel aux fins de reproduction à l'intention des tribunaux. L'application de la partie VI en l'espèce établit un juste équilibre entre la nécessité pour les forces de l'ordre d'enquêter sur les crimes et le droit des individus de ne pas être importunés. Il se peut que, même sans le logiciel de capture d'écran, la technique d'enquête employée par l'État en l'espèce ait constitué une « interception ». En communiquant avec M sur un support qui produit par lui-même un enregistrement électronique, le policier « a pris connaissance » d'un relevé de la communication. Si la surveillance électronique par la police de communications privées n'est régie que par la partie VI

acquisition in real-time of private electronic communications requires regulation.

### Cases Cited

By Brown J.

**Distinguished:** *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Jones*, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696; *R. v. Graff*, 2015 ABQB 415, 337 C.R.R. (2d) 77; *R. v. Ghotra*, [2015] O.J. No. 7253; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *R. v. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3.

By Karakatsanis J.

**Considered:** *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649, 40 C.R. (7th) 379; *R. v. Fliss*, 2002 SCC 16, [2002] 1 S.C.R. 535; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; *R. v. Jones*, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. v. Legare*, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551; *R. v. Chiang*, 2012 BCCA 85, 286 C.C.C. (3d) 564; *R. v. Bayat*, 2011 ONCA 778, 108 O.R. (3d) 420; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309.

By Martin J.

**Considered:** *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; **referred to:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v.*

dans la mesure où un logiciel externe d'enregistrement est employé, alors le régime n'est plus assez complet. Pour être constitutionnelle, la prise de connaissance en temps réel, par l'État, de communications électroniques privées doit être réglementée.

### Jurisprudence

Citée par le juge Brown

**Distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; **arrêts mentionnés :** *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Jones*, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696; *R. c. Graff*, 2015 ABQB 415, 337 C.R.R. (2d) 77; *R. c. Ghotra*, [2015] O.J. No. 7253; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *R. c. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge Karakatsanis

**Arrêt examiné :** *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; **arrêts mentionnés :** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649, 40 C.R. (7th) 379; *R. c. Fliss*, 2002 CSC 16, [2002] 1 R.C.S. 535; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; *R. c. Jones*, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551; *R. c. Chiang*, 2012 BCCA 85, 286 C.C.C. (3d) 564; *R. c. Bayat*, 2011 ONCA 778, 108 O.R. (3d) 420; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309.

Citée par le juge Martin

**Arrêts examinés :** *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; **arrêts mentionnés :** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145;

*Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56; *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971); *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Jones*, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696; *R. v. Fliss*, 2002 SCC 16, [2002] 1 S.C.R. 535; *Holmes v. Burr*, 486 F.2d 55 (1973); *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *R. v. Craig*, 2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Kwok*, [2008] O.J. No. 2414; *R. v. Blais*, 2017 QCCA 1774, *R. v. Beirsto*, 2018 ABCA 118, 359 C.C.C. (3d) 376; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281.

### 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, ss. 172.1, 183 “intercept”, “private communication”, 184.2.

### Authors Cited

Fitch, Gregory J. “Child Luring”, in *Substantive Criminal Law, Advocacy and the Administration of Justice*, vol. 1, presented to the National Criminal Law Program. Edmonton: Federation of Law Societies of Canada, 2007.

Haggerty, Kevin D. “Methodology as a Knife Fight: The Process, Politics and Paradox of Evaluating Surveillance” (2009), 17 *Critical Crim.* 277.

Hutchison, Scott C., et al. *Search and Seizure Law in Canada*. Toronto: Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2018, release 7).

Lyon, David. *Surveillance After Snowden*. Cambridge: Polity Press, 2015.

MacFarlane, Bruce A., Robert J. Frater and Croft Michaelson. *Drug Offences in Canada*, vol. 2, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2015 (loose-leaf updated April 2017, release 2).

Marthews Alex, and Catherine Tucker, “The Impact of Online Surveillance on Behavior” in David Gray and Stephen E. Henderson, eds., *The Cambridge Handbook*

*R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56; *R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *United States c. White*, 401 U.S. 745 (1971); *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Jones*, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696; *R. c. Fliss*, 2002 CSC 16, [2002] 1 R.C.S. 535; *Holmes c. Burr*, 486 F.2d 55 (1973); *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *R. c. Craig*, 2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Kwok*, [2008] O.J. No. 2414; *R. c. Blais*, 2017 QCCA 1774, *R. c. Beirsto*, 2018 ABCA 118, 359 C.C.C. (3d) 376; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, partie VI, art. 172.1, 183 “intercepteur”, “communication privée”, 184.2.

### Doctrine et autres documents cités

Fitch, Gregory J. « Child Luring », in *Substantive Criminal Law, Advocacy and the Administration of Justice*, vol. 1, presented to the National Criminal Law Program, Edmonton, Federation of Law Societies of Canada, 2007.

Haggerty, Kevin D. « Methodology as a Knife Fight : The Process, Politics and Paradox of Evaluating Surveillance » (2009), 17 *Critical Crim.* 277.

Hutchison, Scott C., et al. *Search and Seizure Law in Canada*, Toronto, Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2018, release 7).

Lyon, David. *Surveillance After Snowden*, Cambridge, Polity Press, 2015.

MacFarlane, Bruce A., Robert J. Frater and Croft Michaelson. *Drug Offences in Canada*, vol. 2, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2015 (loose-leaf updated April 2017, release 2).

Marthews Alex, and Catherine Tucker, « The Impact of Online Surveillance on Behavior » in David Gray and Stephen E. Henderson, eds., *The Cambridge Handbook*



*of Surveillance Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, 437.

- Penney, Jonathon W. “Internet surveillance, regulation, and chilling effects online: a comparative case study” (2017), 6:2 *Internet Policy Review* (online: <https://policyreview.info/node/692/pdf>; archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC22\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC22_1_eng.pdf)).
- Penney, Steven. “Consent Searches for Electronic Text Communications: Escaping the Zero-Sum Trap” (2018), 56 *Alta. L. Rev.* 1.
- Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Pomerance, Renee M. “Flirting with Frankenstein: The Battle Between Privacy and Our Technological Monsters” (2016), 20 *Can. Crim. L. Rev.* 149.
- Stewart, Hamish. “Normative Foundations for Reasonable Expectations of Privacy” (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 335.
- Westin, Alan. *Privacy and Freedom*. New York: Ig Publishing, 1967.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, Harrington and Hoegg J.J.A.), 2017 NLCA 12, [2017] N.J. No. 55 (QL), 2017 CarswellNfld 58 (WL Can.), affirming the conviction entered by Orr J., 364 Nfld. & P.E.I.R. 237, 1136 A.P.R. 237, 332 C.R.R. (2d) 50, [2015] N.J. No. 97 (QL), 2015 CarswellNfld 79 (WL Can.). Appeal dismissed.

*Rosellen Sullivan and Michael Crystal*, for the appellant.

*Lloyd M. Strickland and Sheldon B. Steeves*, for the respondent.

*Nicholas E. Devlin and Amber Pashuk*, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

*Susan Magotiaux and Katie Doherty*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Nicolas Abran and Ann Ellefsen-Tremblay*, for the intervener Director of Criminal and Penal Prosecutions.

*Daniel M. Scanlan*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*of Surveillance Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 437.

- Penney, Jonathon W. « Internet surveillance, regulation, and chilling effects online : a comparative case study » (2017), 6:2 *Internet Policy Review* (en ligne : <https://policyreview.info/node/692/pdf>; version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC22\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC22_1_eng.pdf)).
- Penney, Steven. « Consent Searches for Electronic Text Communications : Escaping the Zero-Sum Trap » (2018), 56 *Alta. L. Rev.* 1.
- Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Pomerance, Renee M. « Flirting with Frankenstein : The Battle Between Privacy and Our Technological Monsters » (2016), 20 *Rev. can. D.P.* 149.
- Stewart, Hamish. « Normative Foundations for Reasonable Expectations of Privacy » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 335.
- Westin, Alan. *Privacy and Freedom*, New York, Ig Publishing, 1967.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, Harrington et Hoegg), 2017 NLCA 12, [2017] N.J. No. 55 (QL), 2017 CarswellNfld 58 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Orr, 364 Nfld. & P.E.I.R. 237, 1136 A.P.R. 237, 332 C.R.R. (2d) 50, [2015] N.J. No. 97 (QL), 2015 CarswellNfld 79 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Rosellen Sullivan et Michael Crystal*, pour l’appelant.

*Lloyd M. Strickland et Sheldon B. Steeves*, pour l’intimée.

*Nicholas E. Devlin et Amber Pashuk*, pour l’intervenante la directrice des poursuites pénales.

*Susan Magotiaux et Katie Doherty*, pour l’intervenante la procureure générale de l’Ontario.

*Nicolas Abran et Ann Ellefsen-Tremblay*, pour l’intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales.

*Daniel M. Scanlan*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Christine Rideout*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Jill R. Presser* and *Kate Robertson*, for the intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

*Frank Addario* and *James Foy*, for the intervener Canadian Civil Liberties Association.

*Gerald Chan* and *Annamaria Enenajor*, for the intervener Criminal Lawyers' Association.

*Rachel Huntsman, Q.C.*, for the intervener Canadian Association of Chiefs of Police.

The judgment of Abella, Gascon and Brown JJ. was delivered by

BROWN J. —

## I. Introduction

[1] This appeal presents two issues: (1) whether the investigative technique employed by an undercover police officer amounted to a search or seizure of the appellant Sean Patrick Mills' online communications under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and, (2) whether police intercepted a private communication pursuant to s. 184.2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, absent prior judicial authorization.

[2] These issues arise from a sting conducted by a police officer, who posed online as a 14-year-old girl, with the intent of catching Internet child lurers. Over two months, Mills sent several messages, using Facebook and Hotmail. Eventually, he was arrested in a public park where he had arranged a meeting with the "child", and was charged under s. 172.1 of the *Criminal Code* with luring a child via the Internet. The entire operation occurred without prior judicial authorization.

[3] Using a screen capture software, the police introduced a record of the emails and messages as evidence at trial. Mills, arguing that his s. 8 *Charter*

*Christine Rideout*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Jill R. Presser* et *Kate Robertson*, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

*Frank Addario* et *James Foy*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Gerald Chan* et *Annamaria Enenajor*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

*Rachel Huntsman, c.r.*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Version française du jugement des juges Abella, Gascon et Brown rendu par

LE JUGE BROWN —

## I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève deux questions : (1) la technique d'enquête utilisée par un agent d'infiltration équivalait-elle à une fouille ou à une saisie des communications en ligne de l'appellant Sean Patrick Mills au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et (2) la police a-t-elle intercepté une communication privée conformément à l'art. 184.2 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, en l'absence d'une autorisation judiciaire préalable?

[2] Ces questions découlent d'une opération d'infiltration menée par un policier qui s'est fait passer en ligne pour une adolescente de 14 ans, avec l'intention d'attraper des cyberprédateurs. Pendant deux mois, M. Mills a envoyé plusieurs messages par Facebook et Hotmail. Il a finalement été arrêté dans un parc public où il avait organisé une rencontre avec l'« enfant » en question, et il a été accusé de leurre par Internet en vertu de l'art. 172.1 du *Code criminel*. L'ensemble de l'opération s'est déroulée sans autorisation judiciaire préalable.

[3] Utilisant un logiciel de capture d'écran, la police a produit en preuve au procès un relevé contenant les courriels et les messages envoyés. Soutenant qu'il

right to be free from unreasonable search and seizure was infringed, applied for the exclusion of the evidence. The trial judge, while finding that judicial authorization was required from the point at which the police had determined that Mills had a “potentially inappropriate interest” in a minor, nonetheless admitted the evidence and convicted Mills on one of the counts. The Newfoundland and Labrador Court of Appeal upheld his conviction, but found that Mills’ expectation of privacy was not objectively reasonable.

[4] While I agree with the Court of Appeal that Mills had no reasonable expectation of privacy, I adopt slightly different reasons. Specifically, he could not claim an expectation of privacy that was objectively reasonable in these circumstances. He was communicating with someone he believed to be a child, who was a stranger to him, and the undercover officer knew this when he created her. Therefore, since s. 8 of the *Charter* is not engaged, it follows that the sting did not require prior judicial authorization. I would therefore dismiss the appeal.

## II. Overview of Facts and Proceedings

### A. *Background*

[5] In February 2012, Constable Greg Hobbs of the Royal Newfoundland Constabulary created a Hotmail email account in order to pose as a 14-year-old girl, “Leann Power”. Shortly thereafter, he created a Facebook profile under the same name, listing Leann’s hometown as St. John’s and identifying her high school. One month later, Mills (then 32 years old) contacted “Leann” through Facebook, pretending to be 23 years old. Over the next two months, he sent her several messages and emails, including a photo of his penis.

avait été porté atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l’art. 8 de la *Charte*, M. Mills a demandé l’exclusion de la preuve. Bien qu’il ait conclu qu’une autorisation judiciaire était requise à partir du moment où les policiers déterminaient que M. Mills avait un [TRADUCTION] « intérêt potentiellement inapproprié » à l’égard d’un mineur, le juge du procès a néanmoins admis la preuve et a déclaré M. Mills coupable d’un des chefs d’accusation. La Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador a confirmé sa déclaration de culpabilité, mais a conclu que l’attente de M. Mills au respect de sa vie privée n’était pas objectivement raisonnable.

[4] Bien que je sois d’accord avec la Cour d’appel pour dire que M. Mills ne pouvait raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée, ma conclusion s’appuie sur des raisons légèrement différentes. Plus précisément, il ne pouvait pas prétendre qu’il avait une attente au respect de sa vie privée qui était objectivement raisonnable dans les circonstances de l’espèce. Il s’entretenait avec une personne qu’il croyait être une enfant, et qui était une inconnue pour lui, et l’agent d’infiltration savait qu’un tel entretien aurait lieu au moment où il a créé cette personne. En conséquence, comme l’art. 8 de la *Charte* n’est pas en cause, il s’ensuit que l’opération d’infiltration ne nécessitait pas d’autorisation judiciaire préalable. Je rejeterais donc le pourvoi.

## II. Aperçu des faits et des procédures

### A. *Contexte*

[5] En février 2012, l’agent Greg Hobbs du Royal Newfoundland Constabulary a créé un compte de courriel Hotmail afin de se faire passer pour une adolescente de 14 ans du nom de « Leann Power ». Peu après, il a créé un profil Facebook sous le même nom, indiquant que Leann vivait à St. John’s et nommant l’école secondaire qu’elle fréquentait. Un mois plus tard, M. Mills (alors âgé de 32 ans) a communiqué avec « Leann » au moyen de Facebook, prétendant être âgé de 23 ans. Dans les deux mois qui ont suivi, il lui a envoyé plusieurs messages et courriels, dont une photo de son pénis.



[6] The police maintained a record of the online communications and emails, through a screen capture software called “Snagit”.

[7] On May 22, 2012, Mills was arrested in a park where he had arranged a meeting with Leann. He was charged with child luring under s. 172.1 of the *Criminal Code*. At trial, he argued that the police, which operated the sting entirely without judicial authorization, ought to have obtained authorization under s. 184.2 of the *Criminal Code*, and that the search and seizure (by Snagit) of the communications obtained via the fake online profile breached his s. 8 *Charter* right. He therefore applied to exclude the evidence.

#### B. *Judicial History*

- (1) Newfoundland and Labrador Provincial Court — Orr Prov. Ct. J. ((2013), 7 C.R. (7th) 268)

[8] The trial judge found that the messages were “private communications”, as defined in s. 183 of the *Criminal Code*. Because the police were party to those communications, their interception was subject to the requirements of s. 184.2 (“Interception with consent”). While Facebook and Hotmail automatically generated a record of the communications, the use of Snagit generated an additional seizure. And, because Mills was using a username and a password, he had an expectation of privacy in his communications — which, while perhaps *limited* by the recipient’s use of an alias or false identity, was not *eliminated*.

[9] The judge therefore found that s. 8 of the *Charter* was breached. Judicial authorization was required from the point that Cst. Hobbs became aware of Mills’ “potentially inappropriate interest” in Leann.

[10] In separate reasons on the admissibility under s. 24(2) of the *Charter* of the communications, the

[6] Les policiers ont conservé un relevé des communications en ligne et des courriels en question au moyen d’un logiciel de capture d’écran appelé « Snagit ».

[7] Le 22 mai 2012, M. Mills a été arrêté dans un parc où il avait organisé une rencontre avec Leann. Il a été accusé de leurre, infraction prévue à l’art. 172.1 du *Code criminel*. Au procès, il a fait valoir que la police — qui avait mené toute l’opération d’infiltration sans autorisation judiciaire — aurait dû obtenir une telle autorisation en application de l’art. 184.2 du *Code criminel*, et que la fouille et la saisie (par Snagit) des communications au moyen du faux profil en ligne portaient atteinte aux droits que lui garantissait l’art. 8 de la *Charte*. Il a donc demandé l’exclusion de la preuve.

#### B. *Historique judiciaire*

- (1) Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador — le juge Orr ((2013), 7 C.R. (7th) 268)

[8] Le juge du procès a conclu que les messages étaient des « communications privées » au sens de l’art. 183 du *Code criminel*. Comme la police participait à celles-ci, leur interception était assujettie aux exigences de l’art. 184.2 (« Interception avec consentement »). Bien que Facebook et Hotmail aient généré automatiquement un relevé des communications, l’utilisation de Snagit a entraîné une saisie additionnelle. De plus, comme M. Mills se servait d’un nom d’utilisateur et d’un mot de passe, il avait une attente au respect de sa vie privée dans ses communications — attente qui, bien que peut-être *limitée* du fait que la destinataire utilisait un pseudonyme ou une fausse identité, n’a pas été *éliminée*.

[9] Le juge a donc conclu qu’il y avait eu violation de l’art. 8 de la *Charte*. Selon lui, une autorisation judiciaire était requise à partir du moment où l’agent Hobbs s’est rendu compte que M. Mills avait un [TRADUCTION] « intérêt potentiellement inapproprié » à l’égard de Leann.

[10] Dans des motifs distincts sur la possibilité d’utiliser les communications au regard du par. 24(2)

trial judge found that admitting the evidence would not bring the administration of justice into disrepute (*R. v. Mills* (2014), 346 Nfld. & P.E.I.R. 102), and convicted Mills.

- (2) Newfoundland and Labrador Court of Appeal — Welsh, Harrington and Hoegg JJ.A. (2017 NLCA 12)

[11] While the Court of Appeal upheld Mills' conviction, it reasoned that there was no "interception" and that the trial judge had therefore erred in concluding that authorizations under s. 184.2 were required. Relying on the factors set out in *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212 (at para. 18) by which to assess the reasonable expectation of privacy of an individual, the court found (at para. 23) that Mills must have known that "he lost control over any expectation of confidentiality [and] took a risk when he voluntarily communicated with someone he did not know". In the result, his expectation of privacy was not objectively reasonable and his s. 8 rights were not infringed.

### III. Analysis

#### A. *Section 8 Charter Analysis: Mills Has No Reasonable Expectation of Privacy*

[12] In *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, this Court reiterated that, to claim s. 8's protection, an accused must show a subjectively held, and objectively reasonable, expectation of privacy in the subject matter of the putative search: para. 10; see also *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 34; *Spencer*, at para. 16; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 18; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60. I say "putative search", since there is no "search and seizure" within the meaning of s. 8 if the claimant

de la *Charte*, le juge du procès a conclu que l'utilisation de cette preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (*R. c. Mills* (2014), 346 Nfld. & P.E.I.R. 102) et a déclaré M. Mills coupable.

- (2) Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador — les juges Welsh, Harrington et Hoegg (2017 NLCA 12)

[11] Bien qu'elle ait confirmé la déclaration de culpabilité de M. Mills, la Cour d'appel a estimé qu'il n'y avait eu aucune « interception » et que le juge de première instance avait donc commis une erreur en concluant que des autorisations obtenues conformément à l'art. 184.2 étaient requises. Se fondant sur les facteurs énoncés dans *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212 (par. 18) — facteurs au regard desquels l'attente raisonnable en matière de vie privée d'une personne est appréciée, elle a conclu (au par. 23) que M. Mills devait savoir qu'[TRADUCTION] « il a[vait] perdu le contrôle à l'égard de toute attente en matière de confidentialité [et] [qu']il a[vait] pris un risque en communiquant volontairement avec une personne qu'il ne connaissait pas ». En conséquence, l'attente de M. Mills au respect de sa vie privée n'était pas objectivement raisonnable et il n'a pas été porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8.

### III. Analyse

#### A. *Analyse fondée sur l'art. 8 de la Charte : M. Mills ne pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée*

[12] Dans l'arrêt *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, notre Cour a réaffirmé que, pour se réclamer de la protection de l'art. 8, l'accusé doit démontrer qu'il pouvait subjectivement, et de façon objectivement raisonnable, s'attendre au respect de sa vie privée à l'égard de l'objet de la prétendue fouille : par. 10; voir aussi *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 34; *Spencer*, par. 16; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 18; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160. Je dis « prétendue fouille », car il n'y a pas

cannot demonstrate a reasonable expectation of privacy: *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 426; see also S. Penney, V. Rondinelli and J. Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (2nd ed. 2018), at pp. 151-52; H. Stewart, “Normative Foundations for Reasonable Expectations of Privacy” (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 335, at p. 335.

[13] Objective reasonableness is assessed in the “totality of the circumstances”: *Edwards*, at paras. 31 and 45; *Marakah*, para. 10; *Spencer*, at paras. 16-18; *Cole*, at para. 39; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 26; *Tessling*, at para. 19. And, this Court has also consistently maintained that examining the totality of the circumstances entails an evaluation of all aspects of privacy: *Edwards*, at para. 45; *Patrick*, at para. 26. Four lines of inquiry guide the application of the test: (1) an examination of the subject matter of the alleged search; (2) a determination as to whether the claimant had a direct interest in the subject matter; (3) an inquiry into whether the claimant had a subjective expectation of privacy in the subject matter; and (4) an assessment as to whether this subjective expectation of privacy was objectively reasonable, having regard to the totality of the circumstances: *Cole*, at para. 40; *Marakah*, at para. 11; *Spencer*, at para. 18; *Patrick*, at para. 27; *Tessling*, at para. 32.

(1) What Was the Subject Matter of the Alleged Search?

[14] The subject matter of the alleged search is the electronic communications that took place on Facebook “chat” and over email. I see no legally significant distinction between these media of communication and the text message exchanges on cell-phones which this Court considered in *Marakah*. Each can be accessed via many electronic devices connected to the Internet. And, in *Marakah*, this Court refused to distinguish among different messaging applications, since they are functionally equivalent as an “interconnected system . . . [which] . . . functions to permit rapid communication of short messages between individuals” — which exchanges,

de « fouille » et « saisie » au sens de l’art. 8 si le demandeur ne peut démontrer l’existence d’une attente raisonnable au respect de sa vie privée : *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 426; voir aussi S. Penney, V. Rondinelli et J. Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 2018), p. 151-152; H. Stewart, « Normative Foundations for Reasonable Expectations of Privacy » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 335, p. 335.

[13] Le caractère objectivement raisonnable est apprécié au regard de l’« ensemble des circonstances » : *Edwards*, par. 31 et 45; *Marakah*, par. 10; *Spencer*, par. 16-18; *Cole*, par. 39; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 26; *Tessling*, par. 19. De plus, la Cour a également toujours maintenu que l’examen de l’ensemble des circonstances suppose l’évaluation de tous les aspects de la vie privée : *Edwards*, par. 45; *Patrick*, par. 26. Quatre considérations guident l’application du critère : (1) l’examen de l’objet de la prétendue fouille; (2) la question de savoir si le demandeur possédait un droit direct à l’égard de l’objet; (3) la question de savoir si le demandeur avait une attente subjective au respect de sa vie privée relativement à l’objet; (4) la question de savoir si cette attente subjective au respect de sa vie privée était objectivement raisonnable, eu égard à l’ensemble des circonstances : *Cole*, par. 40; *Marakah*, par. 11; *Spencer*, par. 18; *Patrick*, par. 27; *Tessling*, par. 32.

(1) Quel était l’objet de la prétendue fouille?

[14] La prétendue fouille visait les communications électroniques ayant eu lieu lors de séances de « clavardage » sur Facebook, ainsi que par courriel. Je ne vois aucune distinction importante sur le plan juridique entre ces moyens de communication et celui qui consiste à échanger des messages textes sur téléphones cellulaires sur lequel la Cour s’est penchée dans *Marakah*. De nombreux appareils électroniques connectés à Internet donnent accès à chacun d’eux. De plus, dans *Marakah*, la Cour a refusé de faire une distinction entre les différentes applications de messagerie, puisqu’elles sont fonctionnellement équivalentes à un « réseau interconnecté [. . .] [qui]

the Court added, is the very thing that law enforcement seeks to access: *Marakah*, at paras. 18-19.

[15] While in this case police were the direct recipients of Mills' messages, it remains that he intended to have a one-on-one online conversation. This tends to support recognizing an expectation of privacy in those communications.

(2) Did Mills Have a Direct Interest in the Subject Matter?

[16] I accept that, as a participant to (and indeed a co-author of) the communications, Mills had a direct interest in the subject matter of the alleged search: see *Marakah*, at para. 21; *Spencer*, at para. 50; *Patrick*, at para. 31.

(3) Did Mills Have a Subjective Expectation of Privacy in the Subject Matter?

[17] In cases of alleged online child luring, it is not difficult for an accused to demonstrate a subjective expectation of privacy in online communications, since avoiding detection will be a priority. Users expect that their text messages or (as here) their functional equivalent will remain private: *R. v. Jones*, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696, at para. 34. And so it is unsurprising that, here, the Crown does not dispute that Mills expected the communications to be private.

[18] The evidence amply demonstrates this, since Mills instructed Leann to delete their messages regularly and to empty her deleted messages folder. When Leann commented on a publication he had posted on Facebook, he deleted it immediately then privately messaged her to explain that his mother was also a Facebook user and that he would "just rather not hear what she has to say about our age difference": A.R., vol. 2, at p. 86. Replying to an email in which Cst. Hobbs had sent Mills pictures supposedly portraying Leann, Mills promised to keep their relationship

[. . .] permet la transmission rapide de courts messages entre des personnes » — lesquels échanges, a ajouté la Cour, sont précisément ce que les policiers recherchent : *Marakah*, par. 18-19.

[15] Bien qu'en l'espèce, les policiers aient été les destinataires directs des messages de M. Mills, il n'en demeure pas moins que ce dernier voulait avoir une conversation seul à seul en ligne. Cela tend à étayer la reconnaissance d'une attente au respect de la vie privée à l'égard de ces communications.

(2) M. Mills possédait-il un droit direct à l'égard de l'objet?

[16] Je conviens qu'en tant que personne ayant participé aux communications (et, bien entendu, en tant que coauteur de celles-ci), M. Mills possédait un droit direct à l'égard de l'objet de la prétendue fouille : voir *Marakah*, par. 21; *Spencer*, par. 50; *Patrick*, par. 31.

(3) M. Mills avait-il une attente subjective au respect de sa vie privée relativement à l'objet?

[17] Dans les cas d'allégations de leurre en ligne, il n'est pas difficile pour l'accusé de démontrer une attente subjective au respect de sa vie privée à l'égard des communications en ligne, car éviter d'être repéré constituera dans un tel cas une priorité. Les utilisateurs s'attendent à ce que leurs messages textes ou (comme en l'espèce) leur équivalent fonctionnel demeurent privés : *R. c. Jones*, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696, par. 34. Il n'est donc pas étonnant qu'en l'espèce, la Couronne ne conteste pas le fait que M. Mills s'attendait à ce que les communications en cause soient privées.

[18] La preuve le démontre amplement, car M. Mills a demandé à Leann de supprimer leurs messages régulièrement et de vider son dossier d'éléments supprimés. Quand Leann a fait un commentaire sur une publication qu'il avait affiché sur Facebook, il a supprimé celui-ci immédiatement et lui a envoyé un message privé pour lui expliquer que sa mère utilisait également Facebook et qu'il [TRADUCTION] « préférerait ne pas entendre ce qu'elle a à dire à propos de notre différence d'âge » : d.a., vol. 2, p. 86. Répondant à un courriel dans lequel l'agent Hobbs avait envoyé à M. Mills des

secret. He added that he expected the same from her: A.R., vol. 2, at p. 122. Similarly, when Mills sent a picture of his erect penis to Leann, he instructed her to delete all of their conversations. He wrote: “can’t be too careful and I’d say you would get in trouble with pics like this”. The title of the email, “delete this after you look at it!!”, also shows his wish that their relationship remain hidden: A.R., vol. 2, at p. 135.

[19] This consideration therefore also weighs in favour of Mills’ claim to a reasonable expectation of privacy. It remains to consider, however, whether his subjective expectation of privacy was objectively reasonable: B. A. MacFarlane, R. J. Frater and C. Michaelson, *Drug Offences in Canada* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 2, at p. 24-15.

(4) Is Mills’ Subjective Expectation of Privacy Objectively Reasonable?

[20] In order to challenge an alleged search under s. 8, Mills must demonstrate the objective reasonableness of his claim to privacy — the assessment of which must have regard to the totality of the circumstances. This is not purely a descriptive question, but rather a normative question about when Canadians *ought* to expect privacy, given the applicable considerations. This appeal involves a particular set of circumstances — the police created one of the communicants and controlled her every move — and two considerations become decisive: the nature of the investigative technique used by police, and the nature of the relationship between the communicants. Specifically, here, the investigative technique did not significantly reduce the sphere of privacy enjoyed by Canadians because the technique permitted the state to know from the outset that the adult accused would be communicating with a child he did not know. As I will explain, in these circumstances, any subjective expectation of privacy the adult accused might have held would not be objectively reasonable.

photos prétendument de Leann, M. Mills a promis de garder leur relation secrète. Il a ajouté qu’il s’attendait à la même chose d’elle : d.a., vol. 2, p. 122. De même, lorsqu’il a envoyé à Leann une photo de son pénis en érection, il l’a invitée à effacer toutes leurs conversations. Il lui a écrit ce qui suit : « on n’est jamais trop prudent et tu pourrais, à mon avis, t’attirer des ennuis avec des photos comme celle-ci ». Le titre du courriel, « regarde puis supprime ça!! », montre également qu’il souhaitait que leur relation demeure secrète : d.a., vol. 2, p. 135.

[19] Cette considération milite donc également en faveur de l’allégation de M. Mills selon laquelle il pouvait raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée. Il reste toutefois à se demander si cette attente subjective était objectivement raisonnable : B. A. MacFarlane, R. J. Frater et C. Michaelson, *Drug Offences in Canada* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 24-15.

(4) L’attente subjective de M. Mills au respect de sa vie privée était-elle objectivement raisonnable?

[20] Pour pouvoir contester une prétendue fouille en vertu de l’art. 8, M. Mills doit démontrer le caractère objectivement raisonnable de son allégation relative au respect de sa vie privée — l’appréciation à cet égard doit tenir compte de l’ensemble des circonstances. Il s’agit non pas d’une question purement descriptive, mais plutôt d’une question normative du moment où les Canadiens *devraient* s’attendre au respect de leur vie privée, eu égard aux considérations applicables. Le présent pourvoi porte sur un ensemble particulier de circonstances — les policiers ont créé l’un des interlocuteurs et ont contrôlé chacun de ses gestes — et deux considérations deviennent décisives : la nature de la technique d’enquête utilisée par la police et la nature de la relation entre les interlocuteurs. De façon plus particulière, en l’espèce, la technique d’enquête utilisée n’a pas réduit de façon importante la sphère d’intimité dont jouissent les Canadiens, parce qu’elle a permis à l’État de savoir dès le départ que l’accusé adulte communiquerait avec une enfant qu’il ne connaissait pas. Comme je vais l’expliquer, en pareilles circonstances, toute attente subjective au respect de la vie privée qu’a pu avoir l’accusé adulte ne serait pas objectivement raisonnable.



[21] Before turning to the normative question, as a preliminary matter, the nature of the privacy interest must be determined. Here, Mills asserts an informational privacy interest. As this Court held in *Spencer*, informational privacy includes at least three conceptually distinct although overlapping understandings of privacy: as *secrecy*, as *control*, and as *anonymity*: para. 38. Mills is asserting a “privacy as control” interest in the content of his communications, which represents the “assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit”: *Spencer*, at para. 40. While this privacy interest protects what information we share with others, it in turn relies on the control that a person exercises by choosing, *selectively*, those particular persons who will receive this information. In effect, Mills argues that he chose his recipient (here, someone he believed to be a child who was a stranger to him), and the police’s creation of a fake online profile prevented him being able to converse in secret with the person he chose.

[22] But crucial here is that Mills was communicating with someone he believed to be a *child*, who was a *stranger* to him. Mills’ claim is, therefore, that even when conversing with a child who was a stranger to him, he retained the ability to choose, *selectively*, with whom he would share certain communications. This presupposes that there is nothing inherently different between a relationship involving an adult and a child unknown to them, and other relationships, for the purposes of the s. 8 privacy analysis. I disagree and, on this point, find the statements of Nielsen J. in *R. v. Graff*, 2015 ABQB 415, 337 C.R.R. (2d) 77, at paras. 63 and 65, where the accused was charged with internet luring of a recipient who identified as being 14 years old, to be apposite:

In sum, the Applicant sent highly personal information over the internet to a complete stranger, in the absence of any invitation to send such information, and without taking any reasonable steps to ascertain the identity of

[21] Avant de se pencher sur la question normative, il faut, à titre préliminaire, déterminer la nature du droit à la vie privée en cause. En l’espèce, M. Mills fait valoir un droit à la vie privée d’ordre informationnel. Comme l’a conclu la Cour dans l’arrêt *Spencer*, un tel droit englobe au moins trois facettes qui se chevauchent, mais qui se distinguent sur le plan conceptuel : la *confidentialité*, le *contrôle* et l’*anonymat* : par. 38. M. Mills allègue un droit à la vie privée portant sur le « contrôle » dans le contenu de ses communications, droit représentant le « postulat selon lequel l’information de caractère personnel est propre à l’intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l’entend » : *Spencer*, par. 40. Bien qu’il protège les renseignements que nous communiquons à d’autres personnes, ce droit à la vie privée repose sur le contrôle qu’une personne exerce en choisissant, *de façon sélective*, quelles personnes recevront ces renseignements. En fait, M. Mills soutient qu’il a choisi sa destinataire (en l’espèce une personne qu’il croyait être une enfant et qui était une inconnue pour lui) et que la création par les policiers d’un faux profil en ligne l’a empêché de pouvoir s’entretenir en secret avec celle-ci.

[22] Cependant, élément crucial en l’espèce, M. Mills communiquait avec une personne qu’il croyait être une *enfant* et qui était une *inconnue* pour lui. Celui-ci fait donc valoir que, même lorsqu’il s’entretenait avec une enfant qui était une inconnue pour lui, il avait conservé la possibilité de choisir, *de façon sélective*, à qui il communiquerait certains échanges. Pour les besoins de l’analyse du droit à la vie privée au regard de l’art. 8, cela présuppose qu’il n’y a rien de différent en soi entre une relation mettant en cause un adulte et un enfant qu’il ne connaît pas, et d’autres relations. Je ne suis pas d’accord et, sur ce point, les déclarations faites par le juge Nielsen dans *R. c. Graff*, 2015 ABQB 415, 337 C.R.R. (2d) 77, par. 63 et 65, où l’accusé a été inculpé de leurre sur Internet à l’égard d’un destinataire qui s’est présenté comme étant une personne âgée de 14 ans, sont, à mon avis, pertinentes :

[TRADUCTION] En bref, le demandeur a envoyé à une personne qu’il ne connaissait pas du tout des renseignements de nature très personnelle sur Internet, et ce, sans avoir été invité à le faire et sans prendre des mesures

the recipient, to ensure his own anonymity, or to ensure any confidentiality with respect to the information he sent.

...

I conclude in all of the circumstances that while the Applicant gambled or hoped that the chat and other material and information he sent would remain private, he had no basis upon which to form a[n] . . . objectively reasonable expectation of privacy in the circumstances.

See also *R. v. Ghotra*, [2015] O.J. No. 7253 (QL) (S.C.J.), at para. 128.

[23] This Court has recognized that children are especially vulnerable to sexual crimes (*R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021, at para. 2); that the Internet allows for greater opportunities to sexually exploit children (*R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3, at para. 2); and that enhancing protection to children from becoming victims of sexual offences is vital in a free and democratic society (*R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 66, citing Laskin J.A. in *R. v. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481 (C.A.)). This leads me to conclude that, on the normative standard of expectations of privacy described by this Court (*Tessling*, at para. 42), adults cannot reasonably expect privacy online with children they do not know. That the communication occurs online does not add a layer of privacy, but rather a layer of unpredictability.

[24] The difficulty, of course, is that, in most situations, police are unlikely to know in advance of any potential privacy breach the nature of the relationship between the conversants — for example, whether the child truly is a stranger to the adult. We must also bear in mind that most relationships between adults and children are worthy of s. 8's protection, including, but in no way limited to, those with family, friends, professionals, or religious advisors.

raisonnables pour vérifier l'identité du destinataire, pour garantir son propre anonymat ou pour assurer une quelconque confidentialité en ce qui a trait aux renseignements qu'il transmettait.

...

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je conclus que, bien que le demandeur ait pris des risques ou ait espéré que les messages qu'il envoyait lors de séances de clavardage, ainsi que les autres éléments et renseignements qu'il transmettait en ligne, demeureraient privés, rien ne lui permettait de s'attendre de façon [. . .] objectivement raisonnable au respect de sa vie privée dans les circonstances.

Voir également *R. c. Ghotra*, [2015] O.J. No. 7253 (QL) (C.S.J.), par. 128.

[23] La Cour a reconnu que les enfants sont particulièrement vulnérables aux crimes sexuels (*R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 2), qu'Internet fournit plus d'occasions d'exploiter sexuellement des enfants (*R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3, par. 2) et que le fait d'offrir à ceux-ci une protection accrue afin qu'ils ne soient pas victimes d'infractions sexuelles est vital dans une société libre et démocratique (*R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 66, citant le juge Laskin dans *R. c. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481 (C.A.)). Cela m'amène à conclure qu'eu égard au critère normatif de l'attente en matière de vie privée énoncé par notre Cour (*Tessling*, par. 42), les adultes ne peuvent pas raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée dans leurs communications en ligne avec des enfants qu'ils ne connaissent pas. Le fait que celles-ci aient lieu en ligne ajoute non pas une couche de protection de la vie privée, mais plutôt un élément d'imprévisibilité.

[24] La difficulté, bien entendu, tient à ce que, dans la plupart des cas, il est peu probable que la police connaisse, avant qu'il puisse y avoir atteinte à la vie privée, la nature de la relation entre les interlocuteurs — et sache, par exemple, si l'enfant est véritablement un inconnu pour l'adulte. Il nous faut également garder à l'esprit que la plupart des relations entre adultes et enfants sont dignes de jouir de la protection conférée par l'art. 8, notamment celles avec

Significantly, *and most importantly for the disposition of this appeal*, this difficulty does not arise here. Here, the police were using an investigative technique allowing it to *know from the outset* that the adult was conversing with a child who was a stranger. Different normative considerations arise here, both as to the nature of the relationship and how that informs the s. 8 analysis, and as to the degree by which the investigative technique reduces the sphere of privacy enjoyed by Canadians.

[25] While this Court has not traditionally approached s. 8 from the perspective of the particular relationship between the parties subject to state surveillance, this is because of its view of s. 8's protection as content-neutral. In this case, the police technique permitted them to know that relationship in advance of any potential privacy breach. For example, in *Dyment*, the majority of the Court held that, while a person may consent to give a sample of blood requested by his or her physician, it does not follow that all privacy interests in the sample have been relinquished once the blood has left the person's body. The s. 8 interest was not viewed by the Court as being concerned solely with *the blood*, but principally with the relationship between the patient and the physician. The Court wrote, at p. 432: “the *Charter* extends to prevent a police officer . . . from taking . . . blood from a person who holds it subject to a duty to respect the dignity and privacy of that person” (emphasis added). While, therefore, the patient had relinquished *physical* control over the sample, he was able — by reason of the privacy interest imbued in the *relationship* — to retain *legal* control over it.

[26] In short, the sample was a proxy for s. 8's purpose in *Dyment*, being to protect a particular relationship — which society values as worthy of s. 8's protection — from state intrusion. Applied to this appeal, and while I have said that many adult-child

des membres de la famille, des amis, des professionnels ou des conseillers religieux. Fait important, *et le plus important pour trancher le présent pourvoi*, cette difficulté ne se pose pas en l'espèce. Dans la présente affaire, la police utilisait une technique d'enquête lui permettant de *savoir dès le départ* que l'adulte s'entretenait avec une enfant qu'il ne connaissait pas. Différentes considérations normatives entrent en jeu en l'espèce, tant en ce qui concerne la nature de la relation et la façon dont cela éclaire l'analyse fondée sur l'art. 8, qu'en ce qui concerne la mesure dans laquelle la technique d'enquête réduit la sphère d'intimité dont jouissent les Canadiens.

[25] Si la Cour n'a pas traditionnellement abordé l'art. 8 sous l'angle de la relation particulière entre les parties soumises à la surveillance de l'État, c'est parce qu'elle considère que la protection offerte par cette disposition est neutre sur le plan du contenu. En l'espèce, la technique utilisée a permis aux policiers de connaître cette relation avant qu'il puisse y avoir atteinte à la vie privée. À titre d'exemple, dans *Dyment*, les juges majoritaires de la Cour ont jugé que le fait qu'une personne puisse consentir à donner un échantillon de sang demandé par son médecin ne signifie pas nécessairement qu'il y a eu renonciation à tous les droits à la protection de la vie privée à l'égard de l'échantillon en question une fois que le sang a quitté le corps de cette personne. La Cour a considéré que le droit garanti par l'art. 8 portait non pas uniquement sur *le sang*, mais plutôt principalement sur la relation entre le patient et le médecin. Elle a écrit ce qui suit à la p. 432 : « la protection accordée par la *Charte* va jusqu'à interdire à un agent de police [. . .] de se faire remettre [. . .] le sang d'une personne par celui qui l[e] détient avec l'obligation de respecter la dignité et la vie privée de cette personne » (je souligne). En conséquence, bien qu'il ait renoncé au contrôle *matériel* de l'échantillon, le patient a pu — en raison du droit à la protection de la vie privée imprégnant la *relation* — conserver le contrôle *juridique* de celui-ci.

[26] En bref, dans l'arrêt *Dyment*, l'analyse relative à l'échantillon a tenu lieu d'analyse relative à l'objectif visé par l'art. 8, lequel consiste à protéger une relation donnée — que la société juge digne de jouir de la protection de l'art. 8 — contre l'intrusion



relationships are also worthy of s. 8's protection — the relationship between Mills and “Leann” is not one of them, if expectations of privacy are to reflect a normative (rather than a purely descriptive) standard. The conclusion may or may not apply to other types of relationships, depending on the nature of the relationship in question and the circumstances surrounding it at the time of the alleged search.

[27] As to the second consideration — the nature of the investigative technique used — what renders Mills' expectation of privacy objectively unreasonable is that, in creating the fictitious child, police knew from the outset that the relationship between Mills and his interlocutor was similarly fictitious, and that “Leann” was truly a stranger to him. The police could, therefore, confidently and accurately conclude that no s. 8 concern would arise from their reviewing these particular communications, because the necessary information about the nature of the relationship between the accused and the “child” was already known from the outset.

[28] Our s. 8 jurisprudence is predicated on police obtaining prior authorization before a *potential* privacy breach. But no such potential exists here. The police *created* the fictitious child and waited for adult strangers to message them. This is what distinguishes this case from *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, and *Marakah*, where the state was intruding upon an unknown (to them) relationship. At most, police had a mere *theory* about the relationship between the conversants: in *Wong*, for example, they were thought to be illegal gamblers. It would only be through an examination of the conversation that the true nature of the relationship could have been definitively known. In contrast, police knew from the outset the nature of the relationship between these conversants. This also distinguishes this case from the impersonation-through-informer technique employed in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30.

de l'État. En appliquant cet arrêt en l'espèce, et bien que j'aie affirmé que de nombreuses relations adulte-enfant sont également dignes de bénéficier de la protection conférée par l'art. 8, je conclus que, si l'attente en matière de vie privée doit refléter un critère normatif (et non purement descriptif), M. Mills et « Leann » n'avaient pas une relation de ce type. Cette conclusion peut s'appliquer ou non à d'autres types de relations, selon la nature de la relation en question et les circonstances entourant celle-ci au moment de la prétendue fouille.

[27] Pour ce qui est de la deuxième considération — la nature de la technique d'enquête utilisée —, ce qui rend objectivement déraisonnable l'attente de M. Mills au respect de sa vie privée est le fait qu'en créant l'enfant fictive, les policiers savaient dès le départ que la relation entre M. Mills et son interlocutrice était elle aussi fictive, et que « Leann » était véritablement une inconnue pour lui. Ils pouvaient donc conclure en toute confiance et à juste titre qu'aucune préoccupation fondée sur l'art. 8 ne découlerait de leur examen de ces communications, parce que les renseignements nécessaires quant à la nature de la relation entre l'accusé et l'« enfant » étaient connus depuis le départ.

[28] Notre jurisprudence relative à l'art. 8 suppose l'obtention par la police d'une autorisation préalable avant qu'il *puisse* y avoir atteinte à la vie privée. Il n'y a toutefois aucune possibilité de cette nature en l'espèce. Les policiers *ont créé* l'enfant fictive et ont attendu que des inconnus d'âge adulte leur envoient des messages. C'est ce qui distingue la présente espèce des affaires *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, et *Marakah*, où l'État s'immisçait dans une relation qui (lui) était inconnue. La police avait tout au plus une simple *théorie* quant à la relation entre les interlocuteurs : dans *Wong*, par exemple, ceux-ci étaient considérés comme des joueurs illégaux. La nature véritable de la relation ne pouvait être connue de façon certaine que par un examen de la conversation. Par contraste, en l'espèce, les policiers connaissaient dès le départ la nature de la relation entre les interlocuteurs. C'est ce qui distingue également le présent cas de l'affaire *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, où la technique employée était celle de l'usurpation d'identité par un indicateur de police.

[29] This investigative technique allowed the police to know from the outset the nature of the relationship between Mills and “Leann”. As my colleague Karakatsanis J. notes, this technique involved police simply responding to messages sent directly to them as “Leann”. No risk of potential privacy breach — for example, police sifting various communications before being able to ascertain the relationship — arose here.

[30] My colleague Martin J. says that these reasons “put courts in the business of evaluating the Canadian public’s personal relationships with a view to deciding which among them deserve *Charter* protection under s. 8, and which do not” (para. 110) and “effectively sanctio[n] the unjustified state intrusion into swaths of all individuals’ private lives in the hopes of capturing some illegal communications” (para. 131). With respect, the alias-based sting operation employed here is not some first step to a dystopian world of mass unregulated surveillance. Nothing in these reasons suggests or should be taken as suggesting that police can simply monitor communications in the hope of stumbling upon a conversation that reveals criminality. The proposition that I advance is a modest one: to repeat, it is that Mills cannot establish an objectively reasonable expectation of privacy in these particular circumstances, where he conversed with *a child* online who was *a stranger* to him and, *most importantly*, where the police knew this when they created her.

[31] With respect for those who view the matter differently, I simply cannot accept that, on the facts of this case, “giving [judicial] sanction to the particular form of unauthorized surveillance in question would see the amount of privacy and freedom remaining to citizens diminished to a compass inconsistent with the aims of a free and open society”: *Wong*, at p. 46. I agree with the Court of Appeal’s conclusion

[29] La technique d’enquête utilisée en l’espèce a permis aux policiers de connaître dès le départ la nature de la relation entre M. Mills et « Leann ». Comme le souligne ma collègue la juge Karakatsanis, cette technique consistait pour les policiers à simplement répondre aux messages qui leur étaient directement envoyés sous le pseudonyme de « Leann ». Il n’y avait aucun risque d’atteinte à la vie privée en l’espèce — ce qui arrive, par exemple, lorsque les policiers passent en revue diverses communications avant d’être en mesure d’établir la relation.

[30] Ma collègue la juge Martin affirme que les présents motifs « impose[nt] aux tribunaux la tâche d’évaluer les relations personnelles des Canadiens afin de décider lesquelles sont dignes de jouir de la protection conférée par l’art. 8 de la *Charte*, et lesquelles ne le sont pas » (par. 110), et « sanctionn[ent] dans les faits l’intrusion injustifiée de l’État dans de grands pans de la vie privée de toute personne en vue d’obtenir quelques communications illégales » (par. 131). Soit dit en tout respect, l’opération d’infiltration fondée sur un pseudonyme utilisée en l’espèce ne constitue pas une première étape vers la mise en place d’une société dystopique caractérisée par une surveillance de masse non réglementée. Rien dans les présents motifs ne suggère ou ne devrait être considéré comme suggérant que les policiers peuvent simplement surveiller des communications dans l’espoir de tomber sur une conversation qui révèle une activité criminelle. La proposition que j’avance est modeste : je le répète, M. Mills ne peut pas établir une attente objectivement raisonnable au respect de sa vie privée dans les circonstances de l’espèce, où il s’est entretenu en ligne avec *une enfant* qui était *une inconnue* pour lui et où, *élément le plus important*, les policiers savaient qu’un tel entretien aurait lieu au moment où ils ont créé l’enfant en question.

[31] Soit dit en tout respect pour les tenants de l’avis contraire, je ne puis tout simplement pas accepter qu’eu égard aux faits de l’espèce, la « sanction [judiciaire] de la forme particulière de surveillance non autorisée en cause empiéterait sur l’intimité dont disposent encore les particuliers dans une mesure incompatible avec les objectifs d’une société libre et ouverte » : *Wong*, p. 46. Je souscris à la conclusion

that Mills did not have a reasonable expectation of privacy in these circumstances.

#### B. *Additional Consideration*

[32] My conclusion on the unreasonableness of Mills' expectation of privacy is determinative. That said, I offer this further observation on whether Part VI of the *Criminal Code* captured these communications because they consisted of "private communication".

[33] In my view, s. 184.2 of the *Criminal Code* was not applicable here because there was no "private communication". Section 184.2(1) states that "[a] person may intercept, . . . a private communication where either the originator of the private communication or the person intended by the originator to receive it has consented to the interception and an authorization has been obtained pursuant to subsection (3)". Section 183 defines "private communication" and "intercept" for the purpose of Part VI:

**183** In this Part,

...

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

...

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

...

de la Cour d'appel selon laquelle M. Mills ne pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans les circonstances de l'espèce.

#### B. *Considération additionnelle*

[32] Ma conclusion quant au caractère déraisonnable de l'attente de M. Mills au respect de sa vie privée est déterminante. Cela dit, je ferai l'observation suivante sur la question de savoir si la partie VI du *Code criminel* visait les communications en question du fait qu'il s'agissait de « communications privées ».

[33] À mon avis, l'art. 184.2 du *Code criminel* ne s'appliquait pas en l'espèce parce qu'il n'y a eu aucune « communication privée ». Le paragraphe 184.2(1) prévoit que « [t]oute personne peut [. . .] intercepter une communication privée si l'auteur de la communication ou la personne à laquelle il la destine a consenti à l'interception et si une autorisation a été obtenue conformément au paragraphe (3). » L'article 183 définit « communication privée » et « intercepter » pour l'application de la partie VI :

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

...

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

...

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

...

[34] Reading this definition together with this Court’s elaboration of s. 8 of the *Charter*, a communication made under circumstances in which there is no reasonable expectation of privacy cannot constitute a “private communication” for the purposes of s. 183: *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3, at para. 32; S. Penney, “Consent Searches for Electronic Text Communications: Escaping the Zero-Sum Trap”, (2018) 56 *Alta. L. Rev.* 1, at p. 18.

#### IV. Conclusion

[35] In the result, Mills has failed to establish that he had a reasonable expectation of privacy in his conversations with “Leann”. I would, therefore, dismiss the appeal.

The reasons of Wagner C.J. and Karakatsanis J. were delivered by

[36] KARAKATSANIS J. — I agree with my colleague Brown J. on the outcome of this appeal. However, I reach this conclusion for different reasons. In my view, when undercover police officers communicate in writing with individuals, there is no “search or seizure” within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This is because it is not reasonable to expect that your messages will be kept private from the intended recipient (even if the intended recipient is an undercover officer). Further, the police conduct does not amount to a search or seizure — the police did not take anything from the accused or intrude on a private conversation; the undercover officers simply received messages sent directly to them.

[37] Here, the police did not interfere with a private conversation between other individuals; they directly participated in it. Because the conversation occurred via email and Facebook messenger, it necessarily took place in a written form. The screenshots from the computer program “Snagit” are simply a copy of the pre-existing written record and not a separate surreptitious permanent record created by the state.

[34] Si l’on interprète cette définition conjointement avec les précisions apportées par la Cour à l’égard de l’art. 8 de la *Charte*, une communication faite dans des circonstances où il n’y a aucune attente raisonnable au respect de sa vie privée ne saurait constituer une « communication privée » pour l’application de l’art. 183 : *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3, par. 32; S. Penney, « Consent Searches for Electronic Text Communications : Escaping the Zero-Sum Trap » (2018), 56 *Alta. L. Rev.* 1, p. 18.

#### IV. Conclusion

[35] Par conséquent, M. Mills n’a pas réussi à établir qu’il pouvait raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée dans ses conversations avec « Leann ». Je rejeterais donc le pourvoi.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et de la juge Karakatsanis rendus par

[36] LA JUGE KARAKATSANIS — Je partage l’avis de mon collègue le juge Brown sur l’issue du présent pourvoi. J’arrive toutefois à cette conclusion pour des raisons différentes. À mon avis, lorsque des agents d’infiltration de la police communiquent par écrit avec des individus, il n’y a aucune « fouill[e] » ou « saisi[e] » au sens de l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et ce, parce qu’il n’est pas raisonnable de s’attendre à ce que le destinataire visé d’un message n’en prenne pas connaissance (même si le destinataire en question est un agent d’infiltration). De plus, la conduite des policiers n’équivaut pas à une fouille ou à une saisie : les policiers n’ont rien pris à l’accusé ni ne se sont immiscés dans une conversation privée; les agents d’infiltration ont simplement reçu les messages qui leur avaient été directement envoyés.

[37] En l’espèce, les policiers ne se sont pas ingérés dans la conversation privée d’autres personnes; ils y ont directement participé. Comme cette conversation a eu lieu au moyen de courriels et de Facebook messenger, elle a nécessairement pris une forme écrite. Les captures d’écran tirées du programme informatique « Snagit » sont tout simplement une copie d’un relevé écrit déjà existant, et non un relevé

Thus, the police did not violate s. 8 when they communicated with Mr. Mills and retained screenshots of those conversations. I would dismiss the appeal.

### I. Analysis

[38] Section 8 protects the right to be secure against unreasonable searches and seizures. In interpreting s. 8, courts seek to strike an acceptable balance, in a free and democratic society, between sometimes conflicting interests in the privacy necessary for personal dignity and autonomy and the need for a secure and safe society: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60.

[39] The right to be secure against unreasonable searches and seizures must keep pace with technological developments to ensure that citizens remain protected against unauthorized intrusions upon their privacy by the state: *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at para. 102; see also *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 44. However, as technology evolves, the ways in which crimes are committed — and investigated — also evolve. This case implicates both of these consequences. It requires us to consider what, if any, judicial pre-authorization is necessary when a common police investigative technique — an undercover operation — is conducted electronically to “identify and apprehend predatory adults who, generally for illicit sexual purposes, troll the Internet to attract and entice vulnerable children and adolescents”: *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3, at para. 24.

#### A. *Electronic Conversations in Undercover Police Investigations*

[40] In my opinion, no “search or seizure” occurred when Constable Hobbs, posing as a young girl, conversed with Mr. Mills through Facebook messenger and email.

permanent distinct créé clandestinement par l’État. En conséquence, les policiers n’ont pas contrevenu à l’art. 8 lorsqu’ils ont communiqué avec M. Mills et conservé des captures d’écran de ces conversations. Je rejeterais le pourvoi.

### I. Analyse

[38] L’article 8 garantit le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Lorsqu’ils interprètent cette disposition, les tribunaux tentent d’établir un équilibre acceptable dans une société libre et démocratique entre les intérêts parfois contradictoires que constituent, d’une part, les intérêts en matière de respect de la vie privée nécessaires à la dignité et à l’autonomie de la personne, et, d’autre part, le besoin de vivre dans une société sûre et sécuritaire : voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160.

[39] Le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives doit évoluer au même rythme que la technologie afin que les citoyens demeurent à l’abri des atteintes non autorisées de l’État à leur vie privée : *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 102; voir aussi *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 44. Cependant, au fur et à mesure qu’évolue la technologie, les moyens de commettre des crimes — et d’enquêter sur ceux-ci — évoluent également. La présente affaire met en jeu ces deux conséquences. Elle nous oblige à déterminer quelle autorisation judiciaire, s’il en faut une, doit être obtenue au préalable lorsqu’une technique d’enquête policière courante — une opération d’infiltration — se déroule électroniquement en vue « de démasquer et d’arrêter les prédateurs adultes qui rôdent dans l’Internet pour appâter des enfants et des adolescents vulnérables, généralement à des fins sexuelles illicites » : *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3, par. 24.

#### A. *Conversations électroniques lors d’opérations policières d’infiltration*

[40] À mon avis, il n’y a eu aucune « fouill[e] » ou « saisi[e] » quand l’agent Hobbs, se faisant passer pour une jeune fille, s’est entretenu avec M. Mills par Facebook messenger et par courriel.



[41] Not every investigatory technique used by the police constitutes a search or seizure for constitutional purposes — s. 8 may be engaged only where the investigatory conduct intrudes upon a person's reasonable expectation of privacy: *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 11; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 18; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 34. As Doherty J.A. recognized, “[w]hen deciding whether state conduct amounts to a search or seizure, the focus is not so much on the nature of the state conduct as it is on the impact of the state conduct on the privacy interests of the s. 8 claimant”: *R. v. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649, 40 C.R. (7th) 379, at para. 39.

[42] This Court has long recognized that s. 8 does not prevent police from communicating with individuals in the course of an undercover investigation. This is because an individual cannot reasonably expect their words to be kept private from the person with whom they are communicating. Section 8 does not apply because the investigatory technique of engaging in conversation, even where the officer is undercover, does not diminish an individual's reasonable expectation of privacy. Both *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Fliss*, 2002 SCC 16, [2002] 1 S.C.R. 535, involved conversations between undercover police officers and the accused. In neither case did the conversation itself engage s. 8. As La Forest J. wrote in *Duarte*, at p. 57, “[a] conversation with an informer does not amount to a search and seizure within the meaning of the *Charter*. Surreptitious electronic interception and recording of a private communication does” (emphasis added). In her concurring reasons in *Fliss*, at para. 12, Arbour J. echoed this point, holding that “a conversation with an informer, or a police officer, is not a search and seizure. Only the recording of such conversation is.”

[41] Toute technique d'enquête utilisée par les policiers ne constitue pas une fouille, une perquisition ou une saisie sur le plan constitutionnel : l'art. 8 n'entre en jeu que dans le cas où la conduite en matière d'enquête empiète sur l'attente raisonnable d'une personne au respect de sa vie privée : *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 11; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 18; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 34. Comme l'a reconnu le juge Doherty, [TRADUCTION] « [I]orsqu'il s'agit de décider si la conduite de l'État équivaut à une fouille, à une perquisition ou à une saisie, l'attention ne doit pas tant porter sur la nature de la conduite étatique que sur l'incidence de cette conduite sur les intérêts en matière de vie privée du demandeur qui invoque l'art. 8 » : *R. c. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649, 40 C.R. (7th) 379, par. 39.

[42] Notre Cour reconnaît depuis longtemps que l'art. 8 n'empêche pas les policiers de communiquer avec des individus au cours d'une opération d'infiltration. Il en est ainsi parce qu'un individu ne peut raisonnablement s'attendre à ce que la personne avec laquelle il communique ne prenne pas connaissance de ses propos. L'article 8 ne s'applique pas parce que la technique d'enquête qui consiste pour un policier à participer à une conversation — même si celui-ci est un agent d'infiltration — ne diminue pas l'attente raisonnable d'une personne au respect de sa vie privée. Les affaires *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Fliss*, 2002 CSC 16, [2002] 1 R.C.S. 535, portaient toutes deux sur des conversations entre des agents d'infiltration et l'accusé. Dans les deux cas, la conversation en soi n'a pas fait intervenir l'art. 8. Comme l'a écrit le juge La Forest dans *Duarte*, à la p. 57, « [u]ne conversation avec un indicateur n'est pas une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de la *Charte*. Toutefois l'interception et l'enregistrement électroniques clandestins d'une communication privée en sont » (je souligne). Dans les motifs concordants qu'elle a rédigés dans *Fliss*, la juge Arbour a repris ce point de vue au par. 12, statuant qu'« une conversation avec un indicateur, ou un policier, n'est pas une fouille, une perquisition ou une saisie. Seul l'enregistrement de cette conversation l'est. »

[43] Similarly, undercover police investigations have long been recognized as legitimate and important law enforcement tools. Police do not need to obtain judicial pre-authorization before beginning an undercover investigation. This Court has acknowledged that police may employ creativity and subterfuge in their work of preventing and investigating crime, although the police conduct must not threaten the integrity of the criminal justice system: see *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at paras. 65-67, citing *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 697 (per Lamer J. (as he then was), concurring); *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at pp. 916-17; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, at para. 83.

[44] Here, an undercover police officer conversed with Mr. Mills using Facebook messenger and email. Obviously, Mills did not realize he was talking to someone who was an undercover officer. However, this is no different from someone who unwittingly speaks to an undercover officer in person. *Fliss* makes clear that individuals conversing orally with an undercover officer are not thereby subject to a search or seizure within the meaning of the *Charter*, even if they have no reason to believe they are speaking to the police. In this case, Mr. Mills clearly intended for the recipient (who happened to be a police officer) to receive his messages. It would not be reasonable for him to expect otherwise. Because he had no reasonable expectation that his messages would be kept private from the intended recipient, s. 8 is not engaged.

[45] The fact that the conversation took place in a written form, rather than orally as in *Duarte* and *Fliss*, does not transform it into a search or seizure. For example, if Mills had sent a letter or passed a note to an undercover officer, s. 8 would not require the officer to get a warrant prior to reading it.

[46] The appellant submits that the combined effect of *Duarte* and *Wong* requires the police to always obtain prior judicial authorization before engaging

[43] De même, les opérations policières d'infiltration sont reconnues depuis longtemps comme des outils d'application de la loi légitimes et importants. Les policiers n'ont pas besoin d'obtenir une autorisation judiciaire avant d'entreprendre une opération d'infiltration. La Cour a reconnu que ceux-ci peuvent faire appel à la créativité et au subterfuge dans leur travail de prévention du crime et d'enquête en matière criminelle, mais que leur conduite ne doit pas menacer l'intégrité du système de justice pénale : voir *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 65-67, citant *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 697 (opinion concordante du juge Lamer (plus tard Juge en chef)); *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, p. 916-917; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 83.

[44] En l'espèce, un agent d'infiltration s'est entretenu avec M. Mills par Facebook messenger et par courriel. De toute évidence, M. Mills ne s'est pas rendu compte que la personne à laquelle il parlait était un agent d'infiltration. Cependant, cette situation n'est pas différente de celle où un individu parle, sans le savoir, à un agent d'infiltration en personne. L'arrêt *Fliss* établit clairement que les individus qui s'entretiennent de vive voix avec un agent d'infiltration ne font pas par le fait même l'objet d'une fouille ou d'une saisie au sens de la *Charte*, et ce, même si ils n'ont aucune raison de croire qu'ils parlent à la police. Dans la présente affaire, M. Mills a clairement voulu que le destinataire (qui était en l'occurrence un policier) reçoive ses messages. Il ne serait pas raisonnable pour lui de s'attendre à autre chose. Comme il ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le destinataire visé de ses messages n'en prenne pas connaissance, l'art. 8 n'entre pas en jeu.

[45] Le fait que la conversation ait pris une forme écrite, plutôt qu'orale comme dans les affaires *Duarte* et *Fliss*, ne transforme pas celle-ci en une fouille ou une saisie. À titre d'exemple, si M. Mills avait envoyé une lettre ou remis une note à un agent d'infiltration, l'art. 8 n'exigerait pas que ce dernier obtienne un mandat avant d'en prendre connaissance.

[46] L'appelant soutient que les arrêts *Duarte* et *Wong* ont pour effet combiné d'exiger des policiers qu'ils obtiennent toujours une autorisation judiciaire

in individual undercover conversations online. In his view, the police conduct in this case is “indistinguishable” from the surreptitious recording in *Duarte*.

[47] However, the common thread between *Duarte* and *Wong* was not the use of undercover officers, but the state’s unilateral decision to make surreptitious audio and video recordings of oral conversations. This prospect was troubling because the police transformed an ephemeral oral conversation into a permanent record without the knowledge of the person who was speaking. The issue was whether the state’s newfound technological ability to “listen in” on conversations should require judicial pre-authorization. And with respect to the prospect of surreptitious audio and video recordings of our everyday lives, the Court concluded that the threat to individual freedom and autonomy outweighed the state’s valid law enforcement objectives.

[48] But in this case, Mr. Mills chose to use a written medium to communicate with Constable Hobbs. Email and Facebook messenger users are not only aware that a permanent written record of their communication exists, they actually create the record themselves. The analogy with *Duarte* is to the oral conversation, not the surreptitious recording of that conversation. *Duarte* did not deal with a written record created by an individual communicating with an undercover officer. As such, it does not require the police to obtain a warrant before using modern communication methods such as text messages or emails during undercover investigations.

[49] My colleague Martin J. raises the spectre of “surreptitious electronic surveillance on a mass scale”: para. 103. However, the investigatory technique in this case involved a one-on-one conversation between an undercover officer and the accused. This Court has held that generally, police attempts to obtain written, electronic conversations are subject to s. 8. Police are required to obtain a warrant before accessing text message conversations stored

avant de participer à des entretiens particuliers en ligne dans le cadre d’une opération d’infiltration. À son avis, la conduite des policiers en l’espèce [TRADUCTION] « est impossible à distinguer de » l’enregistrement clandestin dans *Duarte*.

[47] Cependant, le trait commun des affaires *Duarte* et *Wong* était non pas le recours à des agents d’infiltration, mais plutôt la décision unilatérale de l’État d’effectuer clandestinement des enregistrements audio et vidéo de conversations de vive voix, ce qui était troublant, car les policiers avaient transformé une conversation éphémère de vive voix en un relevé permanent à l’insu de la personne qui parlait. La question était de savoir si la capacité technologique nouvelle de « faire l’écoute » de conversations devrait exiger une autorisation judiciaire préalable. Et, en ce qui a trait à la perspective d’enregistrements audio et vidéo de la vie quotidienne, la Cour a conclu que la menace pour la liberté et l’autonomie de la personne l’emportait sur les objectifs valables de l’État en matière d’application de la loi.

[48] Cependant, dans la présente affaire, M. Mills a choisi l’écrit comme moyen de communication avec l’agent Hobbs. Non seulement les utilisateurs du courriel et de Facebook messenger sont au fait de l’existence d’un relevé écrit permanent de leurs communications, mais ils créent en fait eux-mêmes ce relevé. L’analogie avec l’arrêt *Duarte* a trait à la conversation de vive voix, et non à l’enregistrement clandestin de cette conversation. Cet arrêt ne portait pas sur un relevé écrit créé par une personne communiquant avec un agent d’infiltration. Il n’exige donc pas que les policiers obtiennent un mandat avant d’utiliser des moyens de communication modernes, tels les messages textes ou les courriels, au cours d’opérations d’infiltration.

[49] Ma collègue la juge Martin évoque le risque d’une « surveillance électronique clandestine à grande échelle » : par. 103. Cependant, la technique d’enquête utilisée en l’espèce consistait en une conversation seul à seul entre un agent d’infiltration et l’accusé. La Cour a conclu qu’en règle générale, les tentatives des policiers d’obtenir des conversations électroniques écrites sont assujetties à l’art. 8. Ceux-ci sont tenus d’obtenir un mandat avant de



by telecommunications providers: *R. v. Jones*, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696, at paras. 77-81; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3, at paras. 12-13 and 48-49. Similarly, viewing a text message conversation between two other parties, without their consent, also engages s. 8 of the *Charter*: *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, at paras. 54-57.

[50] This approach does not re-introduce the “risk analysis” rejected in *Duarte*. Section 8 protects “the expectation that our words will only be heard by the person or persons to whom we direct our remarks”: *Duarte*, at p. 47. In this case, that is precisely what occurred — Mills’ communications were received by their intended recipient, who happened to be a police officer. By communicating online with a person he had never met before, Mills opened himself up to the possibility that the other person was a police officer. The *Charter* cannot be invoked “to protect us against a poor choice of friends”: *Duarte*, at p. 57.

[51] Thus, s. 8 of the *Charter* is not engaged merely because an undercover officer converses electronically with an individual. This is because (1) it is not reasonable for the sender to expect that the messages will be kept private from the intended recipient (even if the recipient is an undercover officer); and (2) the police conduct of communicating with an individual does not amount to a search or seizure. Either way, the outcome is the same — s. 8 is not violated when police simply communicate with an individual.

[52] The alternative conclusion would significantly and negatively impact police undercover operations, including those conducted electronically: see S. C. Hutchison et al., *Search and Seizure Law in Canada* (loose-leaf), at s. 4(c)(v)(B) (discussing whether a communication obtained by impersonation or mistake has been intercepted). I agree with the intervener Canadian Association of Chiefs of Police that requiring police officers to obtain judicial

pouvoir avoir accès à des conversations par message texte conservées par les fournisseurs de services de télécommunications : *R. c. Jones*, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696, par. 77-81; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3, par. 12-13 et 48-49. De même, le fait d’examiner une conversation par message texte entre deux autres parties, sans leur consentement, fait également intervenir l’art. 8 de la *Charte* : *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, par. 54-57.

[50] Cette approche ne réintroduit pas l’« analyse fondée sur le risque » rejetée dans l’arrêt *Duarte*. L’article 8 protège les cas où « nous nous attendons à ce que nos propos ne soient entendus que par la personne ou les personnes auxquelles nous les destinons » : *Duarte*, p. 47. C’est précisément ce qui s’est passé en l’espèce — les communications de M. Mills ont été reçues par le destinataire visé, qui était en l’occurrence un policier. En communiquant en ligne avec une personne qu’il n’avait jamais rencontrée auparavant, M. Mills s’est exposé au risque que cet interlocuteur soit un policier. La *Charte* ne peut être invoquée pour « nous protéger si nous choisissons mal nos amis » : *Duarte*, p. 57.

[51] En conséquence, l’art. 8 de la *Charte* n’entre pas en jeu du simple fait qu’un agent d’infiltration discute par voie électronique avec un individu, et ce, pour les motifs suivants : (1) il n’est pas raisonnable de la part de l’expéditeur de s’attendre à ce que le destinataire visé de ses messages n’en prenne pas connaissance (même s’il s’agit d’un agent d’infiltration), et (2) le fait que les policiers communiquent avec un individu n’équivaut pas à une fouille ou à une saisie. D’une manière ou d’une autre, le résultat est le même : il n’y a aucune violation de l’art. 8 quand les policiers ne font que communiquer avec un individu.

[52] L’autre conclusion aurait une incidence importante et négative sur les opérations policières d’infiltration, y compris celles menées électroniquement : voir S. C. Hutchison et autres, *Search and Seizure Law in Canada* (feuilles mobiles), section 4(c)(v)(B) (portant sur la question de savoir si une communication obtenue par usurpation d’identité ou par erreur a été interceptée). Je conviens avec l’intervenante l’Association canadienne des chefs de police que

authorization, especially Part VI authorization, prior to engaging in this type of undercover operation would “effectively hamstring the ability of the police to proactively enforce [child luring offences]”: I. F., at para. 5. Particularly in a case like this, where there is no suspect before the investigation commences, police would not have grounds to obtain a warrant or Part VI authorization. As courts have recognized, undercover police operations are an important tool in enforcing the child luring offences and protecting vulnerable children: *Levigne*, at para. 25; *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, at para. 38. Requiring police to obtain judicial pre-authorization before even launching an electronic undercover investigation simply does not strike an appropriate balance between individual privacy and the safety and security of our children.

B. *Using “Snagit” to Take Screenshots of an Electronic Conversation*

[53] Mills submits that by using “Snagit” to take screenshots of the electronic messages he exchanged with the undercover officer, the police further violated his s. 8 *Charter* rights.

[54] The question remains then as to whether the use of “Snagit” otherwise amounts to a search or seizure, requiring some form of judicial authorization. Of course, even if the Crown were not permitted to tender the printed screenshots as evidence, the Crown could still call the officer to testify about what the accused said and the written record could be used to refresh the officer’s memory: *Duarte*, at pp. 58 and 60; *Fliss*, at paras. 7, 12 and 43-45. However, permanently preserving the accused’s own words, in a complete and accurate format, gives the state compelling evidence against the accused. Does the state’s use of screenshot technology intrude upon the accused’s reasonable expectation of privacy such that it constitutes a search or seizure?

le fait d’exiger des policiers qu’ils obtiennent une autorisation judiciaire, surtout une autorisation visée à la partie VI, avant de se livrer à une opération d’infiltration de ce genre [TRADUCTION] « empêchera[it] dans les faits les policiers de [réprimer] de façon proactive [les infractions de leurre] » : m.i., par. 5. Plus particulièrement dans une affaire comme celle qui nous occupe, où il n’y pas de suspect avant l’ouverture de l’enquête, les policiers n’auraient pas de motifs d’obtenir un mandat ou une autorisation visée à la partie VI. Comme l’ont reconnu les tribunaux, les opérations policières d’infiltration sont un moyen important de réprimer les infractions de leurre et de protéger les enfants vulnérables : *Levigne*, par. 25; *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, par. 38. Exiger que la police obtienne une autorisation judiciaire avant même qu’une opération d’infiltration par voie électronique ne soit lancée ne permet tout simplement pas d’établir un équilibre approprié entre la vie privée des individus et la sécurité de nos enfants.

B. *Utilisation de « Snagit » pour faire des captures d’écran d’une conversation électronique*

[53] M. Mills soutient qu’en utilisant « Snagit » pour prendre des captures d’écran des messages électroniques qu’il échangeait avec l’agent d’infiltration, les policiers ont violé de nouveau les droits que lui garantit l’art. 8 de la *Charte*.

[54] Il reste alors à décider si l’utilisation de « Snagit » équivaut par ailleurs à une fouille ou à une saisie qui requiert une certaine forme d’autorisation judiciaire. Bien entendu, même si elle n’était pas autorisée à produire en preuve les captures d’écran imprimées, la Couronne pourrait toujours faire témoigner l’agent au sujet de ce qu’a dit l’accusé et le relevé écrit pourrait servir à rafraîchir la mémoire de ce témoin : *Duarte*, p. 58 et 60; *Fliss*, par. 7, 12 et 43-45. Cependant, la conservation permanente des propos complets et exacts de l’accusé fournit à l’État une preuve convaincante contre l’accusé. L’utilisation par l’État de la technologie de capture d’écran empiète-t-elle sur l’attente raisonnable de l’accusé au respect de sa vie privée de sorte qu’elle constitue une fouille ou une saisie?

[55] In my opinion, it does not. As discussed above, the permanent record of the conversation resulted from the medium through which Mr. Mills chose to communicate. He cannot reasonably expect that the recipient would not have a written record of his words.

[56] For this reason, the police officer's use of "Snagit" is also not a search or seizure. I cannot see any relevant difference in the state preserving the conversations by using "Snagit" to take screenshots of them, by using a computer to print them, or by tendering into evidence a phone or laptop with the conversations open and visible. Ultimately, the "Snagit" screenshots are just a copy of the written messages. This use of technology is not intrusive or surreptitious state conduct.

[57] My conclusion that s. 8 is not engaged in this case does not mean that undercover online police operations will *never* intrude on a reasonable expectation of privacy. As technology and the ways we communicate change, courts play an important role in ensuring that undercover police techniques do not unacceptably intrude on the privacy of Canadians. Particularly in the context of the digital world, it is important for courts to consider both the nature and the scale of an investigative technique in determining whether s. 8 is engaged. With respect to the concern about the prospect of broader surveillance made possible by technological advances, as Binnie J. observed in *Tessling*, "[w]hatever evolution occurs in future will have to be dealt with by the courts step by step. Concerns should be addressed as they truly arise": para. 55.

[58] Because the police techniques used here did not engage the protections of s. 8, judicial pre-authorization was not required. Therefore, it is unnecessary to consider whether any of the police

[55] À mon avis, la réponse est non. Comme nous l'avons vu, le relevé permanent de la conversation résulte du moyen choisi par M. Mills pour communiquer. Ce dernier ne peut raisonnablement s'attendre à ce que le destinataire ne dispose pas d'un relevé écrit de ses propos.

[56] C'est pour cette raison que l'utilisation de « Snagit » par les policiers ne constitue pas non plus une fouille ou une saisie. Pour ce qui est de la conservation des conversations par l'État, je ne vois aucune différence pertinente entre le fait d'utiliser « Snagit » pour faire des captures d'écran de celles-ci, l'utilisation d'un ordinateur pour les imprimer, et le dépôt en preuve d'un téléphone ou d'un ordinateur portable où les conversations en question sont ouvertes et visibles. En fin de compte, les captures d'écran obtenues au moyen de « Snagit » ne sont qu'une copie des messages écrits. Cette utilisation de la technologie ne constitue pas une conduite intrusive ou clandestine de l'État.

[57] Ma conclusion selon laquelle l'art. 8 n'entre pas en jeu en l'espèce ne signifie pas que les opérations policières d'infiltration menées en ligne n'empièteront *jamais* sur une attente raisonnable au respect de la vie privée. Les changements que connaissent la technologie et nos façons de communiquer amènent les tribunaux à jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de garantir que les techniques d'infiltration policière n'empiètent pas de façon inacceptable sur la vie privée des Canadiens. En particulier dans le contexte de l'ère numérique, il est important que les tribunaux se penchent tant sur la nature que sur l'étendue de la technique d'enquête utilisée lorsqu'il s'agit de décider si l'art. 8 entre en jeu. Quant à la crainte que les avancées technologiques rendent possible une surveillance plus large, le juge Binnie a fait remarquer dans l'arrêt *Tessling* que « [t]out développement qui pourra survenir devra être examiné par les tribunaux. Les problèmes devraient être analysés au moment où ils se posent véritablement » : par. 55.

[58] Comme les techniques policières utilisées en l'espèce ne faisaient pas intervenir les protections prévues à l'art. 8, une autorisation judiciaire préalable n'était pas requise. Il n'est donc pas nécessaire

techniques constituted an “intercept” as defined in Part VI of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

## II. Conclusion

[59] The ultimate normative issue under s. 8 is “whether, in light of the impact of an investigative technique on privacy interests, it is right that the state should be able to use that technique without any legal authorization or judicial supervision”: H. Stewart, “Normative Foundations for Reasonable Expectations of Privacy” (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 335, at p. 342. I acknowledge that the Court in *Duarte* did not anticipate the widespread use of electronic communication. I also recognize that many individuals engage in extensive, private online conversations with people they have not previously met in person. But, while the Internet empowers individuals to exchange much socially valuable information, it also creates more opportunities to commit crimes. The anonymity of the online world enables some predatory adults to gain the trust of vulnerable children and entice them into sexual activity: *R. v. Legare*, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551, at para. 2; *Levigne*, at para. 25.

[60] Undercover police operations, using the anonymity of the Internet, allow police officers to proactively prevent sexual predators from preying on children. For decades, police officers have used undercover operations to investigate and prevent crimes. The fact that conversations with undercover officers now occur in written form on the Internet does not, in itself, violate s. 8 of the *Charter*. However, this conclusion in no way gives the police a broad license to engage in general online surveillance of private conversations. Both s. 8 of the *Charter*, as outlined in *TELUS*, *Marakah* and *Jones*, as well as the common law doctrines of abuse of process and entrapment place limits on the ways police can use electronic communications in the course of an investigation.

de se demander si l’une ou l’autre de ces techniques constituait une « interception » au sens de la partie VI du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

## II. Conclusion

[59] La question normative qu’il faut finalement se poser au regard de l’art. 8 est de savoir [TRADUCTION] « si, compte tenu de l’incidence d’une technique d’enquête donnée sur des intérêts en matière de vie privée, il est souhaitable que l’État puisse utiliser cette technique sans aucune autorisation légale ou surveillance judiciaire » : H. Stewart, « Normative Foundations for Reasonable Expectations of Privacy » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 335, p. 342. Je reconnais que, dans l’arrêt *Duarte*, la Cour n’avait pas prévu l’utilisation généralisée de la communication électronique. Je concède également que beaucoup de gens se livrent à de longues conversations privées en ligne avec des individus qu’ils n’ont jamais rencontrés en personne. Or, bien qu’Internet permette aux individus d’échanger entre eux des renseignements très précieux pour la société, il crée aussi davantage d’occasions de commettre des crimes. L’anonymat de l’univers virtuel permet à certains prédateurs adultes de gagner la confiance d’enfants vulnérables et de les amener par la ruse à se livrer à des activités sexuelles : *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551, par. 2; *Levigne*, par. 25.

[60] Les opérations policières d’infiltration réalisées à la faveur de l’anonymat d’Internet permettent à la police d’empêcher de façon proactive les prédateurs sexuels de s’en prendre à des enfants. Les policiers recourent aux opérations d’infiltration depuis des décennies pour enquêter sur des crimes et les prévenir. Le fait que les conversations avec des agents d’infiltration se fassent aujourd’hui sous forme écrite sur Internet ne contrevient pas, en soi, à l’art. 8 de la *Charte*. Toutefois, cette conclusion ne confère aucunement à la police une grande latitude lui permettant de se livrer à une surveillance générale en ligne des conversations privées. Tant l’art. 8 de la *Charte* — tel que décrit dans les arrêts *TELUS*, *Marakah* et *Jones* — que les doctrines de common law de l’abus de procédure et de la provocation policière limitent les façons dont les policiers peuvent utiliser les communications électroniques au cours d’une enquête.

[61] Intervenors in this case raised the concern about the extent to which the police are permitted to impersonate other individuals to further their undercover objectives. The intervenor Criminal Lawyers' Association submits that not applying s. 8 in the present case opens the door to the police posing as internet therapy providers or even creating their own dating service in an effort to monitor the addictions or sexual preferences of Canadians: I. F., at paras. 4-5.

[62] These scenarios are far removed from the facts of this particular case, where the officer created a single Facebook profile and did not initiate contact with anyone. More importantly, I am not persuaded that either s. 8 of the *Charter* or Part VI of the *Criminal Code* would be the proper vehicles to address these concerns. The threat of rogue police undercover investigations is better characterized as a broader threat to the integrity of the justice system. As Lamer J. recognized in *Rothman*, certain undercover techniques, such as posing as a prison chaplain or a legal aid lawyer to elicit incriminating evidence, go too far and must be condemned by courts *because they threaten the integrity of the justice system itself*: pp. 696-97.

[63] If such cases arise, where police impersonation tactics offend society's notions of decency and fair play, courts should invoke existing common law mechanisms to regulate undercover police investigations, including those conducted online. The abuse of process doctrine guards against coercive police conduct, such as preying on an accused's vulnerabilities, which threatens trial fairness and the integrity of the justice system: *Hart*, at paras. 111-18. In addition, if police go beyond providing an opportunity to commit an offence and actually induce its commission, the entrapment doctrine applies: *Mack*, at pp. 964-66. Indeed, courts have used the entrapment doctrine to scrutinize sting operations similar to the one used here: see *R. v. Chiang*, 2012 BCCA 85, 286 C.C.C. (3d) 564, at paras. 14-21;

[61] Les intervenants en l'espèce ont soulevé la préoccupation relative à la mesure dans laquelle les policiers sont autorisés à usurper l'identité d'autres personnes pour favoriser l'atteinte de leurs objectifs d'infiltration. La Criminal Lawyers' Association intervenante soutient que le fait de ne pas appliquer l'art. 8 en l'espèce ouvre la porte à la possibilité que les policiers se fassent passer pour des fournisseurs de thérapie sur Internet, ou encore créent leur propre service de rencontre, en vue de surveiller les dépendances ou les préférences sexuelles des Canadiens : m.i., par. 4-5.

[62] Ces scénarios ont très peu à voir avec les faits de la présente affaire, où l'agent a créé un seul profil Facebook et n'a pris contact avec personne. Plus important encore, je ne suis pas convaincue que l'art. 8 de la *Charte* ou la partie VI du *Code criminel* constituent les moyens appropriés pour répondre à ces préoccupations. La menace d'opérations d'infiltration menées par des policiers sans scrupules s'apparente davantage à une menace plus large à l'intégrité du système de justice. Comme l'a reconnu le juge Lamer dans *Rothman*, certaines techniques d'infiltration, comme le fait de se faire passer pour un aumônier de prison ou un avocat de l'aide juridique pour soutirer des éléments de preuve incriminants, vont trop loin et doivent être condamnées par les tribunaux *parce qu'elles menacent l'intégrité du système de justice lui-même* : p. 696-697.

[63] En pareilles situations, soit dans le cas où les tactiques policières d'usurpation d'identité vont à l'encontre de la conception de la décence et du franc-jeu au sein de notre société, les tribunaux devraient invoquer les mécanismes de common law existants pour régir les opérations policières d'infiltration, y compris celles menées en ligne. Ainsi, la doctrine de l'abus de procédure offre une protection contre la conduite coercitive de la police, par exemple dans un cas où l'on miserait sur les points vulnérables de l'accusé, ce qui aurait pour effet de compromettre l'équité du procès et l'intégrité du système de justice : *Hart*, par. 111-118. En outre, si la police fait plus que fournir une occasion de commettre une infraction et qu'elle incite véritablement à sa perpétration, la doctrine de la provocation policière



*R. v. Bayat*, 2011 ONCA 778, 108 O.R. (3d) 420, at paras. 15-23. In such circumstances, trial judges have “wide discretion to issue a remedy — including the exclusion of evidence or a stay of proceedings”: *Hart*, at para. 113; see also *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at paras. 30-47 and 53-57.

[64] My conclusion that the *Charter* does not require judicial authorization before police participate in undercover online conversations of this kind also does not prevent Parliament from enacting legislation to regulate these operations. Indeed, given the prevalence of electronic communication and the prospect of increased police surveillance online, a legislative scheme could provide helpful guidance about the appropriate use and reporting of undercover police techniques to prevent and investigate online crime.

[65] In conclusion, there was no violation of s. 8 when the police communicated with Mills and used “Snagit” to preserve the written record of those conversations. The screenshots of the conversations were therefore admissible evidence. I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[66] MOLDAVER J. — Although my colleagues Karakatsanis J. and Brown J. provide separate reasons for dismissing the appeal, in my view, each set of reasons is sound in law and each forms a proper basis for upholding the order of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal dismissing Mr. Mills’ appeal.

[67] Accordingly, I concur in the result and would likewise dismiss the appeal.

s’applique : *Mack*, p. 964-966. En effet, les tribunaux ont eu recours à cette doctrine pour examiner en profondeur des opérations d’infiltration semblables à celle utilisée en l’espèce : voir *R. c. Chiang*, 2012 BCCA 85, 286 C.C.C. (3d) 564, par. 14-21; *R. c. Bayat*, 2011 ONCA 778, 108 O.R. (3d) 420, par. 15-23. Dans de tels cas, les juges du procès jouissent d’« un grand pouvoir discrétionnaire pour accorder réparation, y compris l’exclusion de la preuve et l’arrêt des procédures » : *Hart*, par. 113; voir également *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 30-47 et 53-57.

[64] Par ailleurs, ma conclusion suivant laquelle la *Charte* ne commande pas d’autorisation judiciaire préalable à la participation d’agents d’infiltration à des conversations en ligne de ce type n’empêche pas le Parlement d’adopter des dispositions législatives pour régir ces opérations. De fait, compte tenu de l’omniprésence des communications électroniques et de la perspective d’une surveillance policière accrue en ligne, un régime législatif pourrait fournir des indications utiles sur la façon appropriée d’utiliser — et de faire rapport sur — les techniques policières d’infiltration visant à prévenir les cybercrimes et à enquêter sur ceux-ci.

[65] En conclusion, il n’y a eu aucune violation de l’art. 8 lorsque les policiers ont communiqué avec M. Mills et ont utilisé « Snagit » pour conserver le relevé écrit des conversations. Les captures d’écran de celles-ci constituaient donc des éléments de preuve admissibles. Je rejeterais le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[66] LE JUGE MOLDAVER — Bien que mes collègues les juges Karakatsanis et Brown exposent des motifs distincts pour rejeter le pourvoi, chaque série de motifs est, à mon avis, bien fondée en droit et sert de fondement valable pour confirmer l’ordonnance de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador ayant rejeté l’appel de M. Mills.

[67] En conséquence, je souscris au résultat auquel ils arrivent et je rejeterais également le pourvoi.



The following are the reasons delivered by

MARTIN J. —

### I. Introduction

[68] The regulation of an ever-changing internet presents many challenges for lawmakers and courts and requires the careful balancing of rights and interests.

[69] The sexual exploitation of a minor is an abhorrent act that Canadian society, including this Court, strongly denounces. In an online context, adults who prey on children and youth for a sexual purpose can gain the trust of these young people through anonymous or falsified identities, and can reach into their homes more easily than ever before, from anywhere in the world. Children and youth are therefore particularly vulnerable on the internet and require protection.

[70] Parliament has addressed the unique risks posed by online sexual predation through, *inter alia*, s. 172.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Code*”). As tools of crime grow more sophisticated, so must law enforcement techniques. State actors must be equipped with investigative powers that will allow them to effectively and proactively root out the sexual exploitation of children online.

[71] Such investigative powers, however, need to be counter-balanced with the state’s obligation to respect the privacy rights of its citizens. Parliament has taken steps in this regard by legislating when the state must seek judicial authorization for accessing certain types of private communications: see Part VI of the *Code*, “Invasion of Privacy”. However, the relevant provisions in Part VI were enacted before the widespread use of modern means of electronic communications, which have the capacity to generate a written record of conversations.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE MARTIN —

### I. Introduction

[68] La réglementation de l’Internet, lequel est en constante évolution, présente de nombreux défis pour les législateurs et les tribunaux, et exige un juste équilibre entre les droits et les intérêts.

[69] L’exploitation sexuelle d’un mineur est un acte odieux que dénonce fortement la société canadienne, y compris notre Cour. Dans un contexte numérique, les adultes qui exploitent des enfants et des jeunes dans un but sexuel peuvent gagner leur confiance grâce à des identités anonymes ou fausses et peuvent s’immiscer dans leur domicile plus facilement que jamais, à partir de n’importe où dans le monde. Les enfants et les jeunes sont donc particulièrement vulnérables sur Internet et ont besoin de protection.

[70] Le législateur a pris des mesures pour contrer les risques particuliers que pose la prédation sexuelle en ligne, notamment au moyen de l’art. 172.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Les outils de la criminalité deviennent de plus en plus perfectionnés, et il doit en être de même pour les techniques des forces de l’ordre. Les acteurs de l’État doivent disposer de pouvoirs d’enquête qui leur permettront d’enrayer efficacement et en amont l’exploitation sexuelle en ligne des enfants.

[71] Cependant, de tels pouvoirs d’enquête doivent être contrebalancés par l’obligation de l’État de respecter les droits au respect de la vie privée de ses citoyens. Le Parlement a pris des mesures à cet égard en adoptant une loi qui prévoit les situations où l’État doit obtenir une autorisation judiciaire pour avoir accès à certains types de communications privées (voir la partie VI du *Code criminel*, « Atteintes à la vie privée »). Cependant, les dispositions pertinentes de la partie VI ont été adoptées avant l’utilisation massive des moyens modernes de communication électronique, qui peuvent produire un relevé écrit des conversations.

[72] This appeal asks whether the state should be permitted to conduct warrantless surveillance of private, electronic communications, or whether that state surveillance should be regulated. In my respectful view, protecting children from online sexual exploitation, while essential, does not require the *unregulated* state surveillance of the public's private electronic communications. For the reasons that follow, I conclude that members of society have a reasonable expectation that their private, electronic communications will not be acquired by the state at its sole discretion. If the police wish to acquire a record of those communications, for the legitimate and vitally important purpose of preventing sexual crimes against young people, such investigative activities must be regulated. The precise nature of such regulation is best left to Parliament.

[73] Thus, while the state should be empowered to prevent sexual predators from targeting children and youth online, members of society must not, and need not, be subjected to the unregulated state surveillance of their private electronic communications in order for the state to achieve these aims.

## II. Relevant Facts

[74] In 2012, members of the Royal Newfoundland Constabulary's Child Exploitation Unit, one of whom was Constable Hobbs, conducted a sting operation with the intent of catching internet child lurers. On February 28 and March 12, 2012, Cst. Hobbs created an email and a Facebook account for a fictitious 14-year-old individual whom he called "Leann Power". Cst. Hobbs testified that he knew of no policy manuals to guide this type of investigation, and that his investigatory tactics were left to his discretion. On "Leann's" Facebook profile, Cst. Hobbs pretended that "Leann" resided in St. John's and was a student at a local high school. He obtained a photograph from the internet to use as "Leann's" profile picture. While Cst. Hobbs did not make any "friend" requests, he received and accepted "friend" requests that resulted from "Leann's" affiliation with the local

[72] Il s'agit en l'espèce de décider si l'État devrait pouvoir exercer, sans mandat, une surveillance des communications électroniques privées, ou si une telle surveillance par l'État devrait être réglementée. À mon humble avis, la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle en ligne, bien qu'elle soit essentielle, n'exige pas que l'État assure une surveillance *non réglementée* des communications électroniques privées des membres du public. Pour les motifs qui suivent, je conclus que les membres de la société s'attendent raisonnablement à ce que l'État ne prenne pas connaissance, à son entière discrétion, de leurs communications électroniques privées. Si la police veut prendre connaissance d'un relevé de ces communications, dans le but légitime et d'une importance capitale d'empêcher la commission de crimes sexuels contre les jeunes, de telles activités d'enquête doivent être réglementées. C'est au législateur de décider de la nature précise d'une telle réglementation.

[73] Par conséquent, même si l'État devrait avoir pleins pouvoirs pour empêcher les prédateurs sexuels de s'en prendre à des enfants et à des jeunes en ligne, les communications électroniques privées des membres de la société ne doivent pas faire l'objet d'une surveillance non réglementée, par l'État, afin que celui-ci puisse parvenir à ces fins.

## II. Faits pertinents

[74] En 2012, des membres du groupe de lutte contre l'exploitation des enfants de la Royal Newfoundland Constabulary, dont faisait partie l'agent Hobbs, ont mené une opération d'infiltration avec l'intention de mettre la main sur des cyberprédateurs. Le 28 février 2012 et le 12 mars 2012, l'agent Hobbs a créé un compte courriel et un profil Facebook afin de se faire passer pour une adolescente de 14 ans à qui il a donné le nom de « Leann Power ». L'agent Hobbs a déclaré qu'il ne connaissait aucun manuel de politique concernant ce type d'enquête et que le choix de ses tactiques d'enquête était laissé à sa discrétion. Dans le profil Facebook qu'il a créé au nom de « Leann », l'agent Hobbs a indiqué que « Leann » habitait à St. John's et qu'elle fréquentait une école secondaire locale. Il y a ajouté une photo obtenue sur Internet comme photo de profil de « Leann ». Bien

high school: see (2013), 343 Nfld. & P.E.I.R. 128, at paras. 3-4 and 40 (“Decision Re s. 8”).

[75] On March 20, 2012, Cst. Hobbs received a Facebook message from Mr. Mills. Over the next two months, Mr. Mills exchanged several Facebook messages and emails with “Leann”. Ultimately, Mr. Mills was arrested in a public park where he had arranged to meet “Leann”. He was charged with four counts of luring a child under s. 172.1 of the *Code*: Decision Re s. 8, at paras. 1 and 5-10.

### III. Admissibility of the Electronic Communications Between Mr. Mills and “Leann”

[76] Mr. Mills challenged the admissibility of the electronic communications exchanged between himself and “Leann” on two grounds: first, that the police failed to comply with s. 184.2 of the *Code* by not obtaining authorization prior to intercepting private communications; and second, that the state action constituted an unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the *Charter*.

[77] My colleagues have found that Mr. Mills had no reasonable expectation of privacy in his communications with “Leann”. Without a reasonable expectation of privacy, there was no search. Further, Brown J. concludes that s. 184.2 of the *Code* does not apply to the case at bar, while Karakatsanis J. finds it unnecessary to consider the question.

[78] Respectfully, I depart from these conclusions. Mr. Mills had a reasonable expectation of privacy in the impugned communications, and the state’s surveillance of those private communications therefore constituted a search. Further, the police use of “Snagit” screenshot software was regulated by s. 184.2 of the *Code*: Cst. Hobbs intercepted private communications when he used “Snagit” to record his communications with Mr. Mills in real-time.

que l’agent Hobbs n’ait envoyé aucune « demande d’amitié », il a reçu et accepté de telles demandes, qui lui ont été faites en raison du lien que « Leann » avait avec l’école secondaire locale (voir (2013), 343 Nfld. & P.E.I.R. 128, par. 3-4 et 40 (« décision relative à l’art. 8 »)).

[75] Le 20 mars 2012, l’agent Hobbs a reçu un message Facebook de M. Mills. Au cours des deux mois suivants, M. Mills a échangé plusieurs messages Facebook et courriels avec « Leann ». Finalement, M. Mills a été arrêté dans un parc public où il avait organisé une rencontre avec « Leann ». Il a été accusé de quatre chefs d’accusation de leurre en vertu de l’art. 172.1 du *Code criminel* (décision relative à l’art. 8, par. 1 et 5-10).

### III. Admissibilité des communications électroniques entre M. Mills et « Leann »

[76] M. Mills a contesté l’admissibilité des communications électroniques échangées entre lui et « Leann » pour deux motifs : d’une part, il a soutenu que la police n’avait pas respecté l’art. 184.2 du *Code criminel* car elle n’avait pas obtenu l’autorisation pour intercepter des communications privées, et d’autre part, que l’action de l’État constituait une fouille et une saisie abusives en contravention de l’art. 8 de la *Charte*.

[77] Mes collègues ont conclu que M. Mills n’avait aucune attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de ses communications avec « Leann ». Sans une telle attente, il n’y avait pas de fouille. De plus, le juge Brown conclut que l’art. 184.2 du *Code criminel* ne s’applique pas à l’affaire qui nous occupe, alors que le juge Karakatsanis estime qu’il est inutile d’examiner la question.

[78] Soit dit en tout respect, je ne souscris pas à ces conclusions. M. Mills avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard des communications en cause, et la surveillance de ces communications privées par l’État constituait donc une fouille. Qui plus est, l’utilisation du logiciel de capture d’écran « Snagit » par la police était régie par l’art. 184.2 du *Code criminel* : l’agent Hobbs a intercepté des communications privées lorsqu’il

As such, he was required to obtain an authorization pursuant to s. 184.2. Because Cst. Hobbs did not do so, he breached Mr. Mills' s. 8 *Charter*-protected privacy right. Further, even if Cst. Hobbs had chosen not to employ extraneous screen recording software, his investigative technique may still have constituted an "interception" for the purposes of s. 184.2.

[79] However, the admission into evidence of the impugned communications would not bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*. I would therefore dismiss the appeal.

#### IV. Reasonable Expectation of Privacy in Private Electronic Communications

[80] Reasonable expectation of privacy is assessed on a normative, rather than descriptive, standard: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 42; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 14; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 18; *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56, at para. 28. This means that the question to be asked is whether the privacy claim must "be recognized as beyond state intrusion absent constitutional justification if Canadian society is to remain a free, democratic and open society": *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, at para. 87.

[81] When responding to this question in the context of this appeal, the starting point is this Court's decision in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30.

##### A. *The Case of Duarte Is the Starting Point*

[82] As early as 30 years ago, this Court held that surreptitious participant electronic surveillance by the state requires regulation: *Duarte*, and its companion case, *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36. In *Duarte*, a group conversation about a cocaine transaction was

a utilisé « Snagit » pour enregistrer ses échanges avec M. Mills en temps réel. Il devait donc obtenir l'autorisation prévue à l'art. 184.2. Comme il ne l'a pas fait, l'agent Hobbs a porté atteinte au droit à la vie privée que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M. Mills. De plus, même si l'agent Hobbs avait décidé de ne pas utiliser un logiciel de saisie d'écran externe, sa technique d'enquête aurait quand même pu constituer une « interception » pour l'application de l'art. 184.2.

[79] Cependant, l'admission en preuve des communications en cause n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux termes du par. 24(2) de la *Charte*. Je serais donc d'avis de rejeter le pourvoi.

#### IV. Attente raisonnable au respect de la vie privée à l'égard des communications électroniques privées

[80] L'attente raisonnable au respect de la vie privée est de nature normative, et non descriptive (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 42; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 14; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 18; *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, par. 28). La question qu'il faut se poser consiste donc à savoir si le droit à la vie privée revendiqué doit [TRADUCTION] « être considéré comme à l'abri de toute intrusion par l'État — sauf justification constitutionnelle — pour que la société canadienne demeure libre, démocratique et ouverte » (*R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, par. 87).

[81] Pour répondre à cette question dans le contexte du présent pourvoi, il faut commencer par examiner la décision de notre Cour dans *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.

##### A. *L'affaire Duarte constitue le point de départ*

[82] Il y a de cela tout juste 30 ans, notre Cour a conclu que la surveillance électronique participative clandestine par l'État devait être réglementée (*Duarte* et l'arrêt connexe, *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36). Dans *Duarte*, une conversation de groupe

surreptitiously recorded with the consent of two of the parties to the conversation — an informer and an undercover police officer. When a participant in a conversation either surreptitiously records that conversation or consents to the conversation being surreptitiously recorded, it is called “participant surveillance”. At the time, s. 178.11(2)(a) of the *Code* permitted parties to a conversation to conduct electronic participant surveillance without a warrant. On the strength of a normative privacy analysis, La Forest J. held that the risk of warrantless surveillance at the sole discretion of the police cannot be imposed on all members of society. He further held that this principle applies equally in the case of participant surveillance. As such, warrantless electronic participant surveillance by the state infringes s. 8 of the *Charter*.

[83] At its core, surreptitious electronic recording of private communications by the state attracted a privacy interest in *Duarte* because recording a communication transforms the originator’s ephemeral words into documentary evidence. The act of recording, therefore, “annihilates the very important right . . . to choose the range of our auditors” (p. 51). This concern was expressed by Harlan J., dissenting in *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971), at pp. 787-89 and referenced in *Duarte*, at p. 54, as “having to contend with a documented record”. The risk of documentation and permanence is evoked in two of *Duarte*’s foremost statements of principle:

. . . the regulation of electronic surveillance protects us from a risk of a different order, i.e., not the risk that someone will repeat our words but the much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit our words.

...

. . . the law recognizes that we inherently have to bear the risk of the “tattletale” but draws the line at concluding

au sujet d’une affaire de cocaïne avait été enregistrée clandestinement avec le consentement de deux des parties à la conversation — un indicateur et un agent d’infiltration. Lorsqu’un participant à une conversation enregistre clandestinement cette conversation ou consent à ce que la conversation soit enregistrée clandestinement, il s’agit de « surveillance participative ». À l’époque, l’al. 178.11(2)a) du *Code criminel* permettait aux parties à une conversation d’exercer une surveillance électronique participative sans mandat. Se fondant sur une analyse normative du droit à la vie privée, le juge La Forest a conclu que tous les membres de la société ne peuvent pas être exposés au risque que la police exerce une surveillance sans mandat, à sa seule discrétion. Il a en outre conclu que ce principe s’applique tout autant dans le cas de la surveillance participative. Par conséquent, la surveillance électronique participative sans mandat par l’État contrevient à l’art. 8 de la *Charte*.

[83] Essentiellement, l’enregistrement électronique clandestin, par l’État, de communications privées a suscité un droit à la vie privée dans l’affaire *Duarte* parce que l’enregistrement d’une communication transforme les propos éphémères de son auteur en preuve documentaire. Par conséquent, l’enregistrement en tant que tel « annihile le droit extrêmement important [. . .] de choisir nos auditeurs » (p. 51). Le juge Harlan, dissident dans *United States c. White*, 401 U.S. 745 (1971), p. 787-789, et cité dans l’arrêt *Duarte*, p. 54, a exprimé cette inquiétude lorsqu’il a parlé du risque de devoir « se reporter à des notes écrites » de nos pensées privées. Le risque que ces propos éphémères soient consignés par écrit et de façon permanente est évoqué dans deux des plus importants énoncés de principe de l’arrêt *Duarte* :

. . . la réglementation de la surveillance électronique nous protège plutôt contre un risque différent : non plus le risque que quelqu’un répète nos propos, mais le danger bien plus insidieux qu’il y a à permettre que l’État, à son entière discrétion, enregistre et transmette nos propos.

...

. . . le droit reconnaît que nous devons par la force des choses assumer le risque posé par le « rapporteur », mais

that we must also bear, as the price of choosing to speak to another human being, the risk of having a permanent electronic recording made of our words. [Emphasis added; pp. 44 and 48.]

[84] *Duarte's* concern with the recording of private communications was rooted in the conviction that if members of the public believed that every time they spoke they were at risk of producing a documented record of their communications for the state to use at its sole discretion, privacy from state intrusion would no longer exist, and freedom of thought and expression would be effectively stripped of meaning: p. 44. Since 1990, it has therefore been accepted that to leave electronic state surveillance unchecked would be to relinquish our freedom: the “freedom not to be compelled to share our confidences with others is the very hallmark of a free society”: p. 53.

[85] In response to *Duarte*, Parliament regulated participant electronic state surveillance: *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343, at para. 8. What is now s. 184.2 of the *Code* provides that where the state seeks to “intercept” a “private communication”, the state must obtain prior judicial authorization, even when one party to that communication has consented to its interception.

#### B. *Duarte* for the Digital Age

[86] This appeal “is *Duarte* for the digital age”: A.F., at para. 69. In *Duarte*, state access to documentation of our private communications occurred via state recording technology. Now, however, individuals often communicate using electronic media, such that their conversations are inherently recorded. Where the intrusive technology used to be in the hands of the state, it is now in our back pockets.

[87] As La Forest J. clarified in *Wong*, the principles in *Duarte* must not be restricted to the particular

refuse d’aller jusqu’à conclure que nous devons en outre supporter, comme prix de l’exercice du choix d’adresser la parole à un autre être humain, le risque que soit fait un enregistrement électronique permanent de nos propos. [Je souligne; p. 44 et 48.]

[84] Le problème relatif à l’enregistrement des communications privées soulevé dans *Duarte* tirait son origine de la conviction que, si les membres du public croyaient qu’ils s’exposaient, chaque fois qu’ils ouvrent la bouche, au risque qu’un relevé écrit de leurs communications soit produit afin d’être utilisé par l’État à son entière discrétion, la protection de la vie privée contre l’intrusion de l’État n’existerait plus et la notion de liberté de pensée et d’expression se trouverait en fait dénuée de sens (p. 44). Depuis 1990, il est donc accepté que le fait de laisser l’État libre de procéder à une telle surveillance électronique sans qu’elle soit réglementée reviendrait à renoncer à notre liberté : « la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d’une société libre » (p. 53).

[85] En réponse à l’arrêt *Duarte*, le législateur a réglementé la surveillance électronique participative menée par l’État (*R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343, par. 8). Selon l’article 184.2 actuel du *Code criminel*, si l’État cherche à « intercepter une communication privée », il doit au préalable obtenir une autorisation judiciaire, même si l’une des parties à la communication a consenti à son interception.

#### B. *Duarte* à l’ère du numérique

[86] Le présent pourvoi, [TRADUCTION] « c’est l’affaire *Duarte* à l’ère du numérique » (m.a., par. 69). Dans *Duarte*, l’État avait pu obtenir accès à un relevé écrit de communications privées au moyen de matériel d’enregistrement. Or de nos jours, les gens communiquent souvent par le truchement de médias électroniques, de sorte que leurs conversations sont nécessairement enregistrées. Si les technologies intrusives se trouvaient autrefois entre les mains de l’État, elles se trouvent maintenant dans notre poche arrière.

[87] Comme l’a précisé le juge La Forest dans *Wong*, les principes établis dans *Duarte* ne doivent



technology at issue in that decision. Rather, *Duarte* was concerned with “all existing means by which the agencies of the state can electronically intrude on the privacy of the individual, and any means which technology places at the disposal of law enforcement authorities in the future”: *Wong*, at pp. 43-44. The electronic intrusion that lay at the heart of *Duarte* was the breach of the right to choose the range of our listeners, and the concomitant reality of having to contend with a documented record of our private thoughts in the hands of the state. *Duarte* framed this danger as the state recording and transmitting our words, but this privacy breach can present itself in many forms.

[88] In this case, we have the opportunity to pull the normative principles of *Duarte* and *Wong* through this Court’s more recent *Charter* s. 8 and *Code* Part VI jurisprudence — in particular, *Patrick; R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *Spencer; R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Jones*, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696; *Reeves*. The goal is to arrive at a judicial position that, while firmly grounded in the case law, “keep[s] pace with technological development, and, accordingly, . . . ensure[s] that we are ever protected against unauthorized intrusions upon our privacy by the agents of the state, whatever technical form the means of invasion may take”: *Wong*, at p. 44.

[89] The risk contemplated in *Duarte* was that the state could acquire a compelled record of citizens’ private thoughts with no judicial supervision. At the end of the Cold War era, the way to obtain a real-time record of a conversation was to record it. Today, the way to obtain a real-time record of a conversation is simply to engage in that conversation. This Court must assess how and whether the primary concern of documentation in *Duarte* still applies to cases in which (a) a communication method self-generates documentation of the communication, and (b) the originator of the communication knows that this occurs. Should this shift in communication technology

pas viser seulement le moyen technologique en cause dans cette décision. Au contraire, *Duarte* portait sur « tous les moyens actuels permettant à des agents de l’État de s’introduire électroniquement dans la vie privée des personnes, et tous les moyens que la technologie pourra à l’avenir mettre à la disposition des autorités chargées de l’application de la loi » (*Wong*, p. 43-44). L’atteinte commise à l’aide d’un moyen électronique qui était au cœur de l’arrêt *Duarte* résidait dans la violation du droit de choisir ses auditeurs et, parallèlement, dans le fait que l’État ait entre ses mains des notes écrites de nos pensées privées. L’arrêt *Duarte* a défini ce danger comme étant celui que l’État enregistre et transmette nos propos, mais cette violation de la vie privée peut se présenter sous plusieurs formes.

[88] En l’espèce, nous avons l’occasion d’appliquer les principes normatifs de *Duarte* et de *Wong* au regard de la jurisprudence récente de notre Cour portant sur l’art. 8 de la *Charte* et sur la partie VI du *Code criminel* — plus particulièrement, *Patrick; R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *Spencer; R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Jones*, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696; et *Reeves*. L’objectif est de parvenir à une position qui, tout en étant solidement ancrée dans la jurisprudence, « évolu[e] au rythme du progrès technologique et, par conséquent, nous assur[e] une protection constante contre les atteintes non autorisées à la vie privée par les agents de l’État, peu importe la forme technique que peuvent revêtir les divers moyens employés » (*Wong*, p. 44).

[89] Le risque dont il était question dans *Duarte* était que l’État puisse prendre connaissance, sans surveillance judiciaire, des relevés reproduisant les pensées privées de citoyens, que ceux-ci n’ont pas choisi de divulguer. À la fin de la guerre froide, pour obtenir un relevé en temps réel d’une conversation, il fallait enregistrer cette conversation. Aujourd’hui, pour ce faire, il suffit de participer à cette conversation. Notre Cour doit décider si le principal sujet de préoccupation dans l’arrêt *Duarte* — la consignation des conversations — est toujours pertinent, et le cas échéant, de quelle façon il l’est, dans les affaires où a) le mode de communication génère lui-même

now allow the state to access people’s private on-line conversations at its sole discretion and thereby threaten our most cherished privacy principles?

[90] In my view, the answer is no. This Court must identify the privacy interest that *Duarte* and subsequent cases sought to protect and ensure that it remains protected as the communication environment evolves. This privacy interest is the right to be secure against surreptitious state access to records of our private thoughts with no judicial supervision. In order to safeguard this privacy interest, *Duarte* concluded that state access to electronic recordings of private communications requires regulation. A shift in communication methods should not mean that the state should no longer be required to seek authorization prior to surreptitiously acquiring written records of our private communications. If it were otherwise, “there would be no meaningful residuum to our right to live our lives free from surveillance”: *Duarte*, at p. 44.

C. *It Is Objectively Reasonable to Expect That the State Will Not Acquire Records of Private Conversations at Its Sole Discretion*

[91] Unregulated state access to electronic private communications engages s. 8 of the *Charter* because contemporary electronic communications are analogous to the surreptitious electronic recordings that attracted a reasonable expectation of privacy in *Duarte*. While electronic communications possess the characteristics of informality and immediacy that define oral conversations, they also possess the characteristics of permanence, evidentiary reliability, and transmissibility that define electronic recordings. They are a form of the “documented record” (*Duarte*, at p. 54, referring to *White*, at pp. 787-89) to which the state seeks access. Thus for the “freedom not to be compelled to share our confidences” (*Duarte*, at p. 53) to retain any meaning, state access to electronic recordings of

un relevé de la communication, et b) l’auteur de la communication *sait* que cela se produit. Cette évolution des technologies de communication permet-elle maintenant à l’État d’avoir accès, à son entière discrétion, aux conversations en ligne privées des gens, ce qui menace nos principes les plus chers de protection de la vie privée?

[90] À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. Notre Cour doit définir le droit à la vie privée que l’arrêt *Duarte* et les décisions rendues dans sa foulée visaient à protéger et faire en sorte que ce droit demeure protégé au fil de l’évolution du monde de la communication. Ce droit à la vie privée est le droit d’être protégé contre un accès clandestin de l’État aux relevés de nos pensées privées, sans aucune supervision judiciaire. Pour que ce droit à la vie privée soit protégé, il a été conclu dans *Duarte* que l’accès de l’État aux enregistrements électroniques de communications privées doit être réglementé. Une évolution des moyens de communication ne devrait pas avoir pour conséquence que l’État n’ait plus besoin d’autorisation pour prendre clandestinement connaissance des relevés écrits de nos communications privées. S’il en était autrement, « il ne nous resterait rien qui vaille de notre droit de vivre libre de toute surveillance » (*Duarte*, p. 44).

C. *Il est objectivement raisonnable de s’attendre à ce que l’État ne prenne pas connaissance, à son entière discrétion, de relevés de conversations privées*

[91] L’accès non réglementé de l’État aux communications électroniques privées fait intervenir l’art. 8 de la *Charte* parce que les communications électroniques modernes ressemblent aux enregistrements électroniques clandestins qui ont suscité une attente raisonnable au respect de la vie privée dans *Duarte*. Bien que les communications électroniques présentent le même caractère informel et immédiat que les conversations de vive voix, elles ont également pour caractéristiques la permanence, la fiabilité probatoire et la transmissibilité qui définissent les enregistrements électroniques. Elles constituent une forme de « notes écrites » (*Duarte*, p. 54, citant *White*, p. 787-789) auxquelles l’État cherche à avoir accès. Ainsi, pour que la « liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec

our private communications requires regulation. It was, therefore, objectively reasonable for Mr. Mills to expect not to be subjected to warrantless state acquisition of permanent electronic recordings of his private communications. The state action in this case constituted a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

[92] In *Duarte*, La Forest J. distinguished between two different orders of state activity: “A conversation with an informer does not amount to a search and seizure within the meaning of the *Charter*. Surreptitious electronic interception and recording of a private communication does”: p. 57; see also *R. v. Fliss*, 2002 SCC 16, [2002] 1 S.C.R. 535, at para. 12. In her reasons, my colleague Karakatsanis J. analogizes Mr. Mills’ messages with “Leann” to *Duarte*’s “conversation with an informer”: at paras. 42 and 48. In Karakatsanis J.’s view, the messages exchanged between Mr. Mills and Cst. Hobbs were analogous to an oral conversation, and s. 8 of the *Charter* was not engaged.

[93] With respect, I am of the view that when one grounds the distinction between a “conversation” and a “recording” within a discussion of the privacy interest that *Duarte* sought to protect, it becomes apparent that the electronic communications in the case at bar constituted *both* the conversation *and* the surreptitious electronic recording of that conversation. This duality should support, not undermine the protection of privacy rights, because a recording exists and the state has unrestricted and unregulated access to it.

[94] This Court has already opined on the hybrid nature of text messaging. In *TELUS*, Abella J. stated that “text messaging bears several hallmarks of traditional voice communication: it is intended to be conversational, transmission is generally instantaneous, and there is an expectation of privacy in the communication”: para. 1. Later in her judgment, Abella J. noted a distinction between text messaging and oral communication: “unlike voice communications, text

autres » (*Duarte*, p. 53) conserve un sens, l’accès par l’État aux enregistrements électroniques de nos communications privées doit être réglementé. Par conséquent, il était objectivement raisonnable pour M. Mills de s’attendre à ce que l’État ne prenne pas connaissance sans mandat des enregistrements électroniques permanents de ses communications privées. L’action de l’État dont il est question en l’espèce constituait une fouille au sens de l’art. 8 de la *Charte*.

[92] Dans l’arrêt *Duarte*, le juge La Forest a établi une distinction entre deux différentes catégories d’activités de l’État : « Une conversation avec un indicateur n’est pas une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de la *Charte*. Toutefois, l’interception et l’enregistrement électroniques clandestins d’une communication privée en sont » (p. 57; voir aussi *R. c. Fliss*, 2002 CSC 16, [2002] 1 R.C.S. 535, par. 12). Dans ses motifs, ma collègue la juge Karakatsanis compare les messages échangés entre M. Mills et « Leann » aux « conversation[s] avec un indicateur » dont il était question dans *Duarte* (par. 42 et 48). À son avis, les messages échangés entre M. Mills et l’agent Hobbs sont comparables à une conversation de vive voix, et l’art. 8 de la *Charte* n’entre pas en jeu.

[93] Soit dit en tout respect, j’estime que lorsque l’on considère la distinction qui a été établie entre une « conversation » et un « enregistrement » à la lumière du droit à la vie privée que l’arrêt *Duarte* visait à protéger, il devient évident que, dans l’affaire qui nous occupe, les communications électroniques en cause étaient *à la fois* la conversation *et* l’enregistrement électronique clandestin de cette conversation. Cette dualité devrait étayer, et non miner, la protection des droits à la vie privée, puisqu’un enregistrement existe et que l’État dispose d’un accès non réglementé et sans restriction à celui-ci.

[94] Notre Cour s’est déjà prononcée sur le caractère hybride de la messagerie texte. Dans *TELUS*, la juge Abella a déclaré que la messagerie texte « présente plusieurs caractéristiques de la communication orale traditionnelle : elle se veut un moyen de conversation, la transmission du message est généralement instantanée et l’on s’attend à ce que la communication demeure privée » (par. 1). Plus loin dans ses motifs, la juge Abella a relevé une distinction entre

communications, by their nature, generate a record of the communication which may easily be copied and stored”: para. 34. Thus text messaging is “an electronic conversation”: para. 5. While electronic communications can possess the immediacy and spontaneity of a “simple conversation”, they also inherently generate a permanent<sup>1</sup> written record of the communication itself. In his concurring reasons in *Marakah*, Rowe J. reached a similar conclusion: digital communication both “creates a record that is beyond our control” and, at the same time, possesses a “conversational quality” that makes it “akin to a digital conversation”: paras. 86-87. If *Duarte*’s dichotomy was concerned with documentation, this means that electronic communications occupy both sides of the ledger. They are both the oral conversation and the electronic recording of that conversation.

(1) The Significance of Creating the Recording Ourselves

[95] There is no doubt that, as Karakatsanis J. states, “Email and Facebook messenger users are not only aware that a permanent written record of their communication exists, they actually create the record themselves”: para. 48. That conversants are aware that their communications are being recorded, and that they knowingly create the record themselves, does not mean that modern electronic communications must be analogized to the “oral conversation” in *Duarte* or destroy any reasonable expectation of privacy in those communications.

<sup>1</sup> While all electronic communications generate a written record of a conversation, not all electronic communications generate a *permanent* written record, e.g., “Snapchat”. Nonetheless, the general nature of electronic communication remains and must be addressed: “Technical differences inherent in new technology should not determine the scope of protection afforded to private communications”: *TELUS*, at para. 5.

la messagerie texte et les communications orales : « contrairement aux communications orales, les communications textuelles — qui sont, de par leur nature, des écrits — génèrent un document qui peut facilement être copié et conservé » (par. 34). La messagerie texte est donc une « conversation électronique » (par. 5). Bien qu’elles puissent posséder le caractère immédiat et la spontanéité d’une « simple conversation », les communications électroniques génèrent aussi de par leur nature un relevé écrit permanent<sup>1</sup> de la communication elle-même. Dans ses motifs concordants dans *Marakah*, le juge Rowe a tiré une conclusion similaire : les communications numériques « crée[nt] [. . .] un historique qui échappe à notre contrôle » et, parallèlement, possèdent une « qualité de conversation » qui font en sorte qu’elles « s’apparentent à une conversation numérique » (par. 86-87). Si la dichotomie établie dans l’arrêt *Duarte* reposait sur la consignation, il s’ensuit que les communications électroniques jouent sur les deux plans. Elles s’entendent à la fois de la conversation de vive voix et de l’enregistrement électronique de cette conversation.

(1) L’importance de créer l’enregistrement nous-mêmes

[95] Comme le dit la juge Karakatsanis, il ne fait aucun doute que, « [n]on seulement les utilisateurs du courriel et de Facebook messenger sont au fait de l’existence d’un relevé écrit permanent de leurs communications, mais ils créent en fait eux-mêmes ce relevé » (par. 48). Le fait que les interlocuteurs soient conscients que leurs communications sont enregistrées, et qu’ils créent eux-mêmes sciemment le relevé de celles-ci, ne signifie pas que les communications électroniques modernes doivent être comparées à la « conversation de vive voix » dont il était question dans *Duarte* ou qu’elles réduisent à néant toute attente raisonnable au respect de la vie privée à l’égard de ces communications.

<sup>1</sup> Si toutes les communications électroniques génèrent un relevé écrit de la conversation, ce ne sont pas toutes les communications électroniques qui génèrent un relevé écrit *permanent*, p. ex., « Snapchat ». Néanmoins, la nature générale des communications électroniques demeure et il faut en tenir compte : « Les différences techniques intrinsèques des nouvelles technologies ne devraient pas déterminer l’étendue de la protection accordée aux communications privées » (*TELUS*, par. 5).

[96] In drawing a distinction between oral communication and recording, La Forest J. cited *Holmes v. Burr*, 486 F.2d 55 (1973), at p. 72: “Few of us would ever speak freely if we knew that all our words were being captured by machines for later release before an unknown and potentially hostile audience. No one talks to a recorder as he talks to a person”: *Duarte*, at p. 50. Adapting *Duarte* to our digital age, it remains the case that no one speaks to a recorder as they would speak to a person. Yet people now “speak to recorders” each time they send an electronic message. Does this mean that it is no longer objectively reasonable to expect that our conversations will remain private, simply because they are now (much of the time) recorded? This Court has held in the negative. Creating written, electronic records of one’s private communications is a virtual prerequisite to participation in society, and yet “Canadians are not required to become digital recluses in order to maintain some semblance of privacy in their lives”: *Jones*, at para. 45. Despite the capacity of modern technology to record electronic communications, individuals still retain both subjective and objective expectations of privacy in those communications: *TELUS*, at para. 32; transcript, at p. 59.

[97] Further, awareness that one’s conversation is documented does not necessarily negate the objective reasonableness of the expectation that the state will not access that documentation. The standard is normative, not descriptive. As the Honourable Renee M. Pomerance wrote in “Flirting with Frankenstein: The Battle Between Privacy and Our Technological Monsters” (2016), 20 *Can. Crim. L. Rev.* 149, at p. 159:

Citizens may be willing to give up civil liberties if they believe that it will make them safer. They may be resigned [to a lack of] privacy for the sake of convenience. They may be resigned to a lack of privacy, having been conditioned to believe that we are already living in a surveillance society. No one of those attitudes should singlehandedly shape our

[96] Lorsqu’il a établi une distinction entre la communication orale et l’enregistrement, le juge La Forest a cité l’arrêt *Holmes c. Burr*, 486 F.2d 55 (1973), p. 72 : [TRADUCTION] « Peu d’entre nous parleraient franchement si nous savions que tous nos propos sont interceptés par des machines en vue de leur diffusion ultérieure devant un auditoire inconnu et peut-être hostile. Personne ne parle à un magnétophone comme il parle à un être humain » (*Duarte*, p. 50). Si j’adapte l’arrêt *Duarte* à l’ère numérique, il demeure que personne ne parle à un magnétophone comme il parle à un être humain. Pourtant, de nos jours, les gens « parlent à un magnétophone » chaque fois qu’ils envoient un message électronique. Cela signifie-t-il qu’il n’est plus objectivement raisonnable de s’attendre à ce que nos conversations demeurent privées simplement parce qu’elles sont maintenant (la plupart du temps) enregistrées? Notre Cour a conclu que la réponse est non. La création de relevés électroniques écrits de ses communications privées est pratiquement une condition à laquelle il faut consentir pour participer à la société, et pourtant, les « Canadiens n’ont pas à vivre en reclus du monde numérique afin de pouvoir conserver un semblant de vie privée » (*Jones*, par. 45). En dépit du fait que les technologies modernes peuvent enregistrer des communications électroniques, les gens ont encore des attentes, subjectives et objectives, au respect de leur vie privée à l’égard de ces communications (*TELUS*, par. 32; transcription, p. 59).

[97] De plus, le fait d’avoir conscience que la conversation est consignée n’invalide pas nécessairement le caractère objectivement raisonnable de l’attente selon laquelle l’État n’aura pas accès à ces relevés. Cette attente est de nature normative, non descriptive. Comme l’a écrit la juge Renee M. Pomerance dans son ouvrage « Flirting with Frankenstein : The Battle Between Privacy and Our Technological Monsters » (2016), 20 *Rev. can. D.P.* 149, p. 159 :

[TRADUCTION] Les citoyens peuvent être prêts à renoncer à leurs libertés civiles s’ils croient qu’ils seront ainsi plus en sécurité. Peut-être sont-ils résignés [à l’absence] de vie privée pour des raisons de commodité. Peut-être sont-ils résignés à l’absence de vie privée parce qu’ils sont conditionnés à croire que nous vivons déjà dans une



legal approach. Rights and freedoms should not be shaped by fear or fatalism.

[98] In *Duarte*, the danger inherent in the state’s ability to create electronic recordings of our words at any moment and with no justification at all was that it would lead to a society in which we expected this to be the case. In La Forest J.’s view, a society in which we risk unregulated electronic surveillance “every time we ope[n] our mouths” (*Duarte*, at p. 44) is one that no longer has any sense of freedom: *Duarte*; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 565, per La Forest J. The intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic discussed “the damage to free expression that would flow from imputing an assumption that one’s interlocutor may be an undercover state agent making records of the electronic conversation” (I.F., at p. 9) by referencing this passage by Alan Westin, who was writing about the early development of computers (*Privacy and Freedom* (1967), at p. 349):

The danger to privacy and to . . . liberties in this development was that individuals who knew that all this information was being collected and stored and lay readily available in machines would never be able to know when it would be used “against them” and for what purposes. This public awareness of potential use would lead to an “increase in behaviour ‘for the record’” and less freedom of action and expression. People will be concerned not only with the fact that they are going “on record,” but also with how that record will “look” to those in authority who examine it. The whole purpose of privacy . . . is to allow for unguarded, experimental “release” behavior of individuals, and this outlet is just what our dossier-computer system is threatening.

Harlan J. expressed this same sentiment as follows: “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”: *White*, at pp. 787-89, referenced in *Duarte*, at p. 54.

société de surveillance. Aucune de ces attitudes ne devrait à elle seule dicter notre démarche juridique. Les droits et libertés ne doivent pas être définis en fonction de la peur ou du fatalisme.

[98] Dans *Duarte*, le danger inhérent à la capacité de l’État de créer des enregistrements électroniques de nos propos, n’importe quand et sans aucune justification, était que la société finisse par s’attendre à ce que l’État agisse ainsi. Selon le juge La Forest, une société où nous sommes exposés au risque d’une surveillance électronique non réglementée « chaque fois que nous ouvrons la bouche » (*Duarte*, p. 44) est une société qui n’a plus aucun sens de la liberté (*Duarte*; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 565, le juge La Forest). L’intervenante, la Clinique d’intérêt public et de politique d’Internet du Canada Samuelson-Glushko, a abordé la question de [TRADUCTION] « l’atteinte qui serait portée à la liberté d’expression s’il fallait présumer que l’interlocuteur est un agent d’infiltration de l’État qui crée un relevé de la conversation électronique » (m.i., p. 9), citant le passage suivant de l’ouvrage d’Alan Westin, qui porte sur les débuts de l’ordinateur (*Privacy and Freedom* (1967), p. 349) :

[TRADUCTION] Le danger que cet essor présentait pour la vie privée et pour les libertés [. . .] était que ceux qui savaient que tous ces renseignements étaient recueillis, stockés dans des machines et faciles d’accès, ne pourraient jamais savoir quand ils seraient utilisés « contre eux » et à quelles fins. Cette conscience du public quant à l’utilisation potentielle des renseignements recueillis se traduirait par des « comportements davantage empreints de “retenue” » et par une moins grande liberté d’action et d’expression. Les gens se soucieraient non seulement du fait qu’ils sont « enregistrés », mais aussi de la façon dont cet enregistrement serait « perçu » par les autorités qui en prendraient connaissance. L’objectif même de la protection de la vie privée [. . .] est de permettre aux gens d’avoir des comportements libérateurs sans contrainte et en toute liberté, et c’est précisément cet exutoire que menace notre système de dossiers informatiques.

Le juge Harlan a exprimé la même idée comme suit : [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 » (*White*, p. 787-789, cité dans *Duarte*, p. 54).



[99] Fifty years on from *White*, authority is beginning to emerge, and it is corroborating Harlan J.'s views. A number of empirical studies have confirmed the “chilling effect” of government surveillance on online behaviour. These studies suggest that state electronic surveillance leads individuals to self-censor their online expression: J. W. Penney, “Internet surveillance, regulation, and chilling effects online: a comparative case study” (2017), 6:2 *Internet Policy Review* (online), at p. 22; A. Marthews and C. Tucker, “The Impact of Online Surveillance on Behavior” in D. Gray and S. E. Henderson, eds., *The Cambridge Handbook of Surveillance Law* (2017), 437.

[100] The consequences of knowing that, at any point and with reference to any of our statements, we will have to contend with a documented record of those statements in the possession of the state, would be no less than the total “annihilat[ion]” (*Duarte*, at p. 44) of our sense of privacy. For this reason, *Duarte* decided that if the state wished to acquire documentation of the private thoughts of its citizens, it would require prior judicial authorization.

(2) “Intended Recipient”

[101] Karakatsanis J. states that “it is not reasonable to expect that your messages will be kept private from the intended recipient”: at para. 36. That general proposition does not and cannot apply when the state has secretly set itself up as the intended recipient. It is clear from *Duarte* that in the case of state participant surveillance, the notion of “intended recipient” — as well as the characterization of “the person or persons to whom we direct our remarks” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 50, citing *Duarte*, p. 47) — is infused with the concept of the right to choose the range of one’s listeners. While in *Duarte* the “intended recipients” of the conversation were the undercover police officer and the informer, Mr. Duarte retained a reasonable expectation of privacy in the contents of that conversation because the police use of recording technology violated his right not to have to contend with a documented record in the hands of the state. Analogously, an individual

[99] Cinquante ans après l’arrêt *White*, de plus en plus d’auteurs publient des articles à ce sujet qui corroborent l’avis du juge Harlan. De nombreuses études empiriques ont confirmé l’« effet paralysant » de la surveillance gouvernementale sur les comportements en ligne. Ces études indiquent que la surveillance électronique par l’État incite les gens à exercer l’autocensure sur leur expression en ligne (J. W. Penney, « Internet surveillance, regulation, and chilling effects online : a comparative case study » (2017), 6:2 *Internet Policy Review* (en ligne), p. 22; A. Marthews et C. Tucker, « The Impact of Online Surveillance on Behavior » dans D. Gray et S. E. Henderson, dir., *The Cambridge Handbook of Surveillance Law* (2017), 437.

[100] De savoir qu’à tout moment et pour n’importe lequel de nos propos, il nous faudrait composer avec le fait que l’État ait en sa possession des notes écrites de ces propos n’aurait pour conséquence rien de moins que l’« anéantissement » (*Duarte*, p. 44) total de notre sens de la vie privée. C’est pourquoi la Cour a décidé, dans l’arrêt *Duarte*, que si l’État voulait prendre connaissance des relevés des pensées privées de ses citoyens, il aurait besoin d’une autorisation judiciaire préalable.

(2) « Destinataire visé »

[101] La juge Karakatsanis affirme qu’« il n’est pas raisonnable de s’attendre à ce que le destinataire visé d’un message n’en prenne pas connaissance » (par. 36). Cette proposition générale ne s’applique pas, et ne peut s’appliquer, lorsque l’État a secrètement fait en sorte d’être le destinataire visé. Il ressort clairement de l’arrêt *Duarte* que, dans le cas d’une surveillance participative de l’État, la notion de « destinataire visé » — ainsi que de la qualification de « la personne ou [d]es personnes auxquelles nous [. . .] destinons [nos propos] » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 50, citant *Duarte*, p. 47) — est intimement liée au droit de choisir ses auditeurs. Même si, dans *Duarte*, les « destinataires de la conversation » étaient l’agent d’infiltration et l’indicateur, M. Duarte avait toujours une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard du contenu de cette conversation, parce que le recours par la police à du matériel d’enregistrement violait son droit de

engaged in a private, electronic conversation retains the reasonable expectation that the state will only have access to a permanent electronic recording of that private communication if the state agent has sought judicial authorization. Normative expectations have not changed. The difference, of course, is that we now use technology that makes the recording itself.

[102] I note that this appeal concerns electronic communications and their conscriptive capacity to inherently generate a record of what will often be spontaneous, informal communication. It does not concern the privacy interests in a note, a letter, or other written forms of communication that will turn on their own qualities: Karakatsanis J.’s reasons, at para. 45; *Marakah*, at para. 86, per Rowe J.; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at para. 24.

(3) Quantitative and Qualitative Distinctions Between In-Person and Electronic State Surveillance

[103] Two additional comments on the nature of electronic surveillance are in order. First, the “conversations” contemplated by this Court in *Duarte* do not afford a direct comparison to electronic communications today because the in-person conversations with undercover police officers at issue in *Duarte* were not capable of subjecting the public to surreptitious electronic surveillance on a mass scale.

[104] In a free and democratic society, individuals do not expect a significant number of the people with whom they interact to be undercover police officers surveilling them at the officers’ “whim”: *Duarte*, at pp. 44 and 49. While such a scenario is inconceivable in in-person undercover operations due to the practical resource constraints of undercover police work, it is perfectly conceivable when it comes to electronic surveillance technologies: “surveillance

ne pas avoir à composer avec le risque que des notes écrites soient entre les mains de l’État. Par analogie, la personne qui participe à une conversation électronique privée peut raisonnablement s’attendre à ce que l’État n’ait accès à un enregistrement électronique permanent de cette communication privée que si l’agent de l’État a obtenu une autorisation judiciaire. Les attentes normatives n’ont pas changé. La différence, évidemment, c’est que nous utilisons maintenant des technologies qui font elles-mêmes l’enregistrement.

[102] Je souligne que le présent pourvoi porte sur les communications électroniques et sur la capacité auto-incriminante inhérente à celles-ci de créer un relevé de communications qui seront bien souvent spontanées, informelles. Il ne porte pas sur les intérêts en matière de vie privée à l’égard d’une note, d’une lettre ou d’autres formes de communication, qui ont leurs propres caractéristiques (motifs de la juge Karakatsanis, par. 45; *Marakah*, par. 86, le juge Rowe; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 24).

(3) Distinctions quantitatives et qualitatives entre la surveillance en personne et la surveillance électronique par l’État

[103] Je me dois de faire deux autres observations sur la nature de la surveillance électronique. D’abord, les « conversations » sur lesquelles notre Cour s’est penchée dans *Duarte* ne sauraient faire l’objet d’une comparaison directe avec les communications électroniques d’aujourd’hui, parce que les conversations de vive voix avec des agents d’infiltration dont il était question dans cette affaire n’étaient pas susceptibles d’exposer le public à une surveillance électronique clandestine à grande échelle.

[104] Dans une société libre et démocratique, les gens ne s’attendent pas à ce qu’un grand nombre de personnes avec lesquelles ils interagissent soient des agents d’infiltration de la police qui les surveillent « à leur guise » (*Duarte*, p. 44 et 49). Si un tel scénario paraît inconcevable dans un contexte d’opération d’infiltration en personne, en raison de contraintes pratiques liées aux ressources dans le cas des activités d’infiltration policière, il devient

has emerged as the dominant organizing practice of late modernity . . . , and is used in different technological guises to monitor and govern assorted categories of people (citizens, motorists, workers, students, consumers, international travelers, military adversaries, welfare recipients, and various other groupings)”: K. D. Haggerty, “Methodology as a Knife Fight: The Process, Politics and Paradox of Evaluating Surveillance” (2009), 17 *Critical Crim.* 277, at pp. 277-78; see also D. Lyon, *Surveillance After Snowden* (2015), at p. 47: “the cables and conduits of the internet . . . make possible mass surveillance as never before”.

[105] In part, this is a question of resources. While an in-person undercover operation will usually occur at a 1:1 ratio (one police officer gaining the confidence of one target), online surveillance may cover much more ground. A single police officer can conduct many electronic conversations at once. Thus the number of electronic conversations that undercover police officers could be conducting with members of the public at any given time is likely to be greater than the number of conversations that the same police officers could conduct in person.

[106] The analogy between an oral conversation and an electronic communication is not only untenable because of the quantitative increase in surveillance capacity when it moves online; there is also a qualitative distinction between electronic surreptitious surveillance and in-person surveillance. Cst. Hobbs could not have been conducting this police work in person. The ability to fabricate alternative identities has never been more possible than it is now. Of course, this aspect of electronic communication makes it all the more necessary to police online spaces for criminal activity that thrives on such anonymity. Yet this same anonymity allows for a different order of state surveillance in which police officers can more easily create a richly textured, and therefore more believable, false identity

parfaitement concevable dans le cas des technologies de surveillance électronique : [TRADUCTION] « la surveillance est devenue la principale activité directrice de la nouvelle modernité [. . .], et différents moyens technologiques sont utilisés pour surveiller et gouverner diverses catégories de gens (citoyens, automobilistes, travailleurs, étudiants, consommateurs, voyageurs internationaux, adversaires militaires, prestataires d’aide sociale et autres groupes) » (K. D. Haggerty, « Methodology as a Knife Fight : The Process, Politics and Paradox of Evaluating Surveillance » (2009), 17 *Critical Crim.* 277, p. 277-278; voir aussi D. Lyon, *Surveillance After Snowden* (2015), p. 47 : [TRADUCTION] « les câbles et les conduites de l’Internet [. . .] rendent la surveillance de masse possible comme jamais auparavant »).

[105] Il s’agit, en partie, d’une question de ressources. Alors qu’une opération d’infiltration en personne s’effectue normalement selon un rapport de 1 : 1 (un agent de police qui gagne la confiance d’une cible), la surveillance en ligne peut ratisser beaucoup plus large. Un seul agent de police peut mener plusieurs conversations électroniques à la fois. Par conséquent, le nombre de conversations électroniques que pourraient avoir les agents d’infiltration avec des membres du public, à un moment donné, est susceptible d’être plus élevé que le nombre de conversations que ces mêmes agents pourraient avoir en personne.

[106] L’analogie entre une conversation de vive voix et une communication électronique est intenable non seulement à cause de l’augmentation quantitative de la capacité de surveillance lorsqu’il est question de surveillance en ligne, mais aussi en raison de la distinction qualitative qu’il y a entre la surveillance électronique clandestine et la surveillance en personne. L’agent Hobbs n’aurait pas pu faire ce travail policier en personne. Se créer d’autres identités n’a jamais été aussi facile que maintenant. Il va de soi qu’à cause de cet aspect de la communication électronique, il est encore plus nécessaire de surveiller le cyberspace en vue de mettre au jour les activités criminelles qui se multiplient en raison de cet anonymat. Or, ce même anonymat permet une surveillance par l’État d’un tout autre ordre,

through which to conduct surveillance. Left to conduct electronic surveillance at their sole discretion — because “when undercover police officers communicate in writing with individuals, there is no ‘search or seizure’” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 36) — the police “could impersonate an internet therapy provider to learn of a person’s addictions or an online dating service to discover an individual’s sexual preferences — all for weeks or months on end”: I.F., Criminal Lawyers’ Association, at para. 4. Where, as here, the police can pose as a child and gain the trust of other children — or where, for instance, the police can impersonate an internet therapy provider or online dating service through intricately fabricated false identities — the nature of surveillance has changed. Our privacy protections must keep pace.

[107] In her reasons, Karakatsanis J. states that “rogue police undercover investigations” should be appropriately characterized as a threat to the integrity of the justice system itself: para. 62. She looks to mechanisms such as abuse of process and the entrapment doctrine to redress these types of police tactics: paras. 62-63. I agree that police action that “offends our basic values” (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, per Lamer J.) can and should be addressed in a number of ways; this is for the good. However, when that state action also intrudes on a reasonable expectation of privacy, it is intended to be addressed, *inter alia*, via s. 8 of the *Charter*. What is at issue in this appeal is not only the actions of one officer, but also the general rule that should govern how the state may gain access to private communications using current technologies. In my view, placing communications outside s. 8 because the state recipient can now obtain a record of the conversation simply by engaging in it, undermines the purpose of privacy rights and upsets the careful balance between the ability of the state

alors que les policiers peuvent créer plus facilement de fausses identités, très élaborées, donc plus crédibles, sous le couvert desquelles ils exercent leur surveillance. Les policiers ont toute discrétion pour exercer une surveillance électronique — vu que « lorsque des agents d’infiltration de la police communiquent par écrit avec des individus, il n’y a aucune “fouill[e]” ou “saisi[e]” » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 36) — de sorte qu’ils [TRADUCTION] « pourraient se faire passer pour un fournisseur de services thérapeutiques en ligne en vue de connaître les dépendances d’une personne, ou encore pour un fournisseur de services de rencontre en ligne en vue de découvrir les préférences sexuelles d’une personne — et ce, pendant des semaines ou des mois » (m.i., Criminal Lawyers’ Association, par. 4). Lorsque, comme en l’espèce, un policier peut se faire passer pour un enfant et gagner la confiance d’autres enfants — ou lorsque, par exemple, un policier peut prétendre être un fournisseur de services thérapeutiques ou de services de rencontre en ligne sous le couvert d’une fausse identité très élaborée — c’est que la nature de la surveillance a changé. Nos protections en matière de vie privée doivent évoluer au même rythme.

[107] Dans ses motifs, la juge Karakatsanis affirme que « [l]a menace d’opérations d’infiltration menées par des policiers sans scrupules » s’apparente à une menace à l’intégrité du système de justice en tant que tel (par. 62). Elle s’intéresse à des mécanismes comme l’abus de procédure et la doctrine de la provocation policière afin que les tactiques policières de ce type soient corrigées (par. 62-63). Je suis d’accord pour dire que les mesures policières qui « enfreign[ent] nos valeurs fondamentales » (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 689, le juge Lamer) peuvent et doivent être corrigées de diverses façons, pour le bien de tous. Cependant, lorsque de telles actions de l’État vont aussi à l’encontre d’une attente raisonnable au respect de la vie privée, elles doivent être examinées, notamment, au regard de l’art. 8 de la *Charte*. En l’espèce, ce ne sont pas seulement les actions d’un policier qui sont en litige, mais aussi la règle générale qui devrait régir la façon dont l’État peut avoir accès aux communications privées à l’aide des technologies actuelles. À mon avis, exclure les communications de la portée de l’art. 8 parce que

to investigate crime and the rights of individuals to private areas of expression.

[108] *Duarte* was concerned about the privacy implications of the *state* acquiring permanent, electronic recordings of private communications at its sole discretion. Electronic communications are conversations that occur on platforms that inherently have the capacity to generate permanent electronic recordings. If the state wishes to acquire the documentation of those communications, it requires authorization.

#### D. *The Question of Relationship*

[109] My colleague Brown J. decides this appeal on the basis that there is no reasonable expectation of privacy where the state conducts a sting operation and knows from the outset that an adult accused is communicating with a child that he or she does not know: paras. 22-3. While Brown J. ties his conclusion to the sting context, his reasoning would apply whenever its “crucial” factors are present: that the accused “was communicating with someone he believed to be a child, who was a stranger to him”: para. 22 (emphasis deleted).

[110] With respect, I do not accept that this new category of “relationship” is needed to limit when there is a reasonable expectation of privacy. Indeed, this concept of “relationship” is built upon two ideas that have already been rejected by this Court. First, the concept of “relationship” is really a proxy for “control” and is based in risk analysis reasoning that this Court has rejected. Second, “relationship” is also used to target illegal activity, and is not therefore content neutral. Over and above these conflicts with s. 8 jurisprudence, at the heart of this reasoning is the normative position that a relationship between an adult and a child who is a stranger is not a relationship worthy of s. 8’s protection: Brown J.’s reasons, at para. 26. This position seeks to put courts in the

l’État destinataire peut maintenant obtenir un relevé de la conversation simplement en y prenant part nuit à l’objet des droits à la vie privée, et perturbe le juste équilibre entre la capacité de l’État d’enquêter sur des crimes et les droits des personnes de disposer d’espaces privés pour s’exprimer.

[108] Dans l’arrêt *Duarte*, il était question des conséquences sur la vie privée du fait que l’État, à son entière discrétion, avait pris connaissance d’enregistrements électroniques permanents de communications privées. Les communications électroniques s’entendent des conversations qui ont lieu sur des plateformes pouvant, de par leur nature, créer des enregistrements électroniques permanents. Si l’État souhaite prendre connaissance du relevé de ces communications, il doit obtenir une autorisation.

#### D. *La question de la relation*

[109] Mon collègue le juge Brown fonde sa décision dans le présent pourvoi sur le fait qu’il n’y a pas d’attente raisonnable au respect de la vie privée lorsque l’État réalise une opération d’infiltration et qu’il sait dès le départ que l’adulte accusé communique avec un enfant qu’il ne connaît pas (par. 22-23). Alors que la conclusion du juge Brown se rattache au contexte d’infiltration, son raisonnement s’appliquerait chaque fois que les facteurs « crucia[ux] » qu’il a établis sont présents, c’est-à-dire que l’accusé « communiquait avec une personne qu’il croyait être une enfant et qui était une inconnue pour lui » (par. 22 (italique omis)).

[110] Soit dit en tout respect, je ne peux accepter que cette nouvelle catégorie de « relation » est nécessaire pour limiter les situations où il y a attente raisonnable au respect de la vie privée. De fait, ce concept de « relation » repose sur deux idées qui ont déjà été rejetées par notre Cour. D’abord, le concept de « relation » est en fait un indicateur de « contrôle » et est fondé sur le raisonnement relatif à l’analyse de risques que notre Cour a rejeté. Ensuite, la « relation » est aussi utilisée pour cibler les activités illégales, et n’est donc pas neutre sur le plan du contenu. Au-delà de ces conflits avec la jurisprudence portant sur l’art. 8, il y a, au cœur de ce raisonnement, la position normative selon laquelle une relation entre un adulte et un enfant qui lui est inconnu n’est pas



business of evaluating the Canadian public's personal relationships with a view to deciding which among them deserve *Charter* protection under s. 8, and which do not. The concern here is not only that this has never been done before — it is that, as a matter of principle in the s. 8 context, it should not be done at all. Judicial (dis)approbation of an accused's lifestyle has no place in the s. 8 privacy analysis.

[111] The Court should not create *Charter*-free zones in certain people's private, electronic communications on the basis that they might be criminals whose relationships are not socially valuable. The *Charter* expressly grants s. 8 protections to "everyone". Members of society have a reasonable expectation that their private, electronic communications will not be acquired by the state at its sole discretion.

[112] Finally, a finding of reasonable expectation of privacy in a particular thing or area does not mean that the state is forbidden from conducting a search — it simply means that the police action must be supported by a power or authorization that respects s. 8 of the *Charter*. In my view, the scenario presented of a sting context in which the state pretends to be a child and communicates with those seeking to sexualize children is precisely the type of circumstance in which the state could and should obtain judicial authorization to surveil private, electronic communications.

(1) Relationship as a Proxy for Control

[113] My colleague Brown J. states that it is not reasonable for an adult to expect privacy when communicating with a vulnerable child who is a stranger because hoping that a complete stranger will keep one's communications private is a "gamble" that cannot ground an objectively reasonable expectation of privacy: see Brown J.'s reasons, at paras. 22-23. In

digne de jouir de la protection conférée par l'art. 8 (voir le par. 26 des motifs du juge Brown). Cette position vise à imposer aux tribunaux la tâche d'évaluer les relations personnelles des Canadiens afin de décider lesquelles sont dignes de jouir de la protection conférée par l'art. 8 de la *Charte*, et lesquelles ne le sont pas. Le point qui est préoccupant ici est que non seulement cela ne s'est encore jamais fait, mais que par principe dans le contexte de l'art. 8, cela ne devrait pas se faire du tout. L'approbation (ou la désapprobation) par les tribunaux du mode de vie d'un accusé n'a pas sa place dans le cadre d'une analyse du droit à la vie privée au regard de l'art. 8.

[111] La Cour ne devrait pas créer de zones soustraites à l'application de la *Charte* à l'égard de certaines communications électroniques privées des gens au motif qu'ils sont peut-être des criminels dont les relations ne sont pas socialement valables. La *Charte* confère expressément à « chacun » les protections garanties à l'art. 8. Les membres de la société s'attendent raisonnablement à ce que l'État ne prenne pas connaissance, à son entière discrétion, de leurs communications électroniques privées.

[112] Enfin, la conclusion qu'il y a attente raisonnable au respect de la vie privée à l'égard d'une chose ou d'un lieu précis ne signifie pas qu'il est interdit à l'État d'effectuer une fouille; cela signifie simplement que les actions des policiers doivent être validées par un pouvoir ou une autorisation qui respecte l'art. 8 de la *Charte*. À mon avis, le scénario présenté, soit celui où l'État prétend, dans un contexte d'infiltration, être un enfant et communique avec des gens qui cherchent à sexualiser des enfants, est précisément le type de situation dans laquelle l'État pourrait et devrait obtenir une autorisation judiciaire pour surveiller des communications électroniques privées.

(1) La relation comme indicateur de contrôle

[113] Mon collègue le juge Brown affirme qu'il n'est pas raisonnable qu'un adulte s'attende au respect de sa vie privée lorsqu'il communique avec un enfant vulnérable qui lui est inconnu parce qu'espérer qu'une personne qu'on ne connaît pas du tout gardera les communications secrètes est un « risque » qui ne peut être à l'origine d'une attente raisonnable au



other words, Mr. Mills did not have a reasonable expectation of privacy from warrantless, surreptitious state electronic surveillance because he did not have sufficient *control* over what his co-conversant would do with his communications.

[114] With respect, this position reintroduces the “loss of control due to risk of disclosure” analysis that this Court recently rejected in *Marakah*. A reasonable expectation of privacy analysis concerns state intrusion. The risk that one’s co-conversant may disclose a private communication does not affect the reasonableness of the expectation that the state, in the absence of such disclosure, will not intrude upon that private communication. For this reason, the theory of loss of control due to risk of disclosure is a type of risk analysis that this Court has repeatedly said should not form part of the s. 8 analysis: *Duarte*, at p. 44; *Wong*, at pp. 45-46; *Wise*, at pp. 563-64, per La Forest J., dissenting but not on this point; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at para. 34, per Deschamps J., concurring; *Cole*, at para. 58; *Marakah*, at para. 45; *Reeves*, at para. 50; see also *Ward*, at para. 77; *R. v. Craig*, 2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28, at para. 108.

[115] This Court’s rejection of risk analysis has never hinged on the nature of the relationship between the parties. In *Marakah*, for instance, the majority did not analyze the relationship between Mr. Winchester and Mr. Marakah. This is because it was not relevant to the question of whether Mr. Marakah had a reasonable expectation that the *state* would not access his text messages from a recipient’s device without a warrant. Thus *Marakah*’s rejection of risk analysis, at para. 40, was a statement of general principle applicable to all reasonable expectation of privacy assessments of electronic communications, including the assessment to be undertaken in the case at bar:

The Crown argues that Mr. Marakah lost all control over the electronic conversation with Mr. Winchester

respect de la vie privée (voir les par. 22-23 des motifs du juge Brown). Autrement dit, M. Mills ne pouvait raisonnablement s’attendre à ce que sa vie privée échappe à la surveillance électronique clandestine et sans mandat par l’État parce qu’il n’exerçait pas un *contrôle* suffisant sur ce que son interlocuteur ferait avec ces communications.

[114] Soit dit en tout respect, cette position réintroduit l’analyse de la « perte de contrôle causée par un risque de divulgation » que notre Cour a récemment rejetée dans *Marakah*. L’analyse relative à une attente raisonnable au respect de la vie privée porte sur l’intrusion de l’État. Le risque qu’un interlocuteur divulgue une communication privée n’a pas d’incidence sur le caractère raisonnable de l’attente selon laquelle l’État, s’il n’y a pas eu de telle divulgation, ne s’immiscera pas dans cette communication privée. Pour cette raison, la théorie de la perte de contrôle causée par un risque de divulgation constitue le genre d’analyse du risque qui, comme l’a maintes fois répété notre Cour, ne devrait pas faire partie de l’analyse fondée sur l’art. 8 (*Duarte*, p. 44; *Wong*, p. 45-46; *Wise*, p. 563-564, le juge La Forest, dissident, mais pas sur ce point; *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211, par. 34, la juge Deschamps, dans ses motifs concordants; *Cole*, par. 58; *Marakah*, par. 45; *Reeves*, par. 50; voir aussi *Ward*, par. 77; *R. c. Craig*, 2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28, par. 108).

[115] Le rejet de l’analyse du risque par notre Cour n’a jamais été lié à la nature de la relation entre les parties. Dans *Marakah*, par exemple, les juges majoritaires n’ont pas analysé la relation entre MM. Winchester et Marakah, parce que cela n’était pas utile quant à la question de savoir si M. Marakah pouvait raisonnablement s’attendre à ce que l’État n’ait pas accès, sans mandat, à ses messages textes à partir de l’appareil d’un destinataire. Par conséquent, le rejet dans *Marakah* de l’analyse du risque, au par. 40, était un énoncé de principe général applicable à tous les examens concernant les attentes raisonnables au respect de la vie privée à l’égard de communications électroniques, y compris l’examen devant être entrepris dans l’affaire qui nous occupe :

La Couronne prétend que M. Marakah a perdu tout contrôle sur la conversation électronique avec M. Winchester

because Mr. Winchester *could* have disclosed it to third parties. However, the risk that recipients can disclose the text messages they receive does not change the analysis: *Duarte*, at pp. 44 and 51; *Cole*, at para. 58. To accept the risk that a co-conversationalist could disclose an electronic conversation is not to accept the risk of a different order that the state will intrude upon an electronic conversation absent such disclosure. “[T]he regulation of electronic surveillance protects us from a risk of a different order, i.e., not the risk that someone will repeat our words but the much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit our words”: *Duarte*, at p. 44. Therefore, the risk that a recipient could disclose an electronic conversation does not negate a reasonable expectation of privacy in an electronic conversation. [Underlining added.]

[116] The focus of a reasonable expectation of privacy analysis is not on whether the party to whom one has communicated is likely to go to the police — “[n]o set of laws could immunize us from that risk”: *Duarte*, at p. 44. Rather, the focus is on whether, absent such disclosure, it is reasonable to expect that the police will not intrude on those communications without a warrant or some other form of authorization.

(2) Relationship as a Means of Targeting Illegality

[117] My colleague Brown J. concludes that because this Court has pronounced on the vulnerability of children, the capacity of the internet to facilitate sexual crimes against children, and the need to protect children from sexual exploitation, it follows that “adults cannot reasonably expect privacy online with children they do not know”: para. 23. With the greatest of respect, I cannot read this conclusion as anything other than the targeting of illegal activity and the denial of privacy rights to individuals who, it may be believed, are most likely to engage in that type of illegal activity. The centrality of the sting context in my colleague’s analysis only highlights this further: a sting operation — by definition — targets illegal activity. As such, the conclusion that “adults cannot reasonably expect privacy online with children they do not know” is contrary to the core

parce que ce dernier aurait *pu* la divulguer à des tiers. Cependant, le risque que des destinataires divulguent les messages textes qu’ils reçoivent ne change rien à l’analyse (*Duarte*, p. 44 et 51; *Cole*, par. 58). Accepter le risque qu’un interlocuteur divulgue une conversation électronique ne revient pas à accepter le risque différent que l’État s’immisce dans une conversation électronique non divulguée. « La réglementation de la surveillance électronique nous protège contre un risque différent : non plus le risque que quelqu’un répète nos propos, mais le danger bien plus insidieux qu’il y a à permettre que l’État, à son entière discrétion, enregistre et transmette nos propos » (*Duarte*, p. 44). En conséquence, le risque qu’un destinataire divulgue une conversation électronique n’exclut pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l’égard de cette conversation. [Je souligne.]

[116] L’analyse relative à l’attente raisonnable au respect de la vie privée est axée non pas sur la question de savoir si la partie avec laquelle une personne a communiqué est susceptible d’aller voir la police — « [a]ucune législation ne pourrait nous mettre à l’abri de ce risque » (*Duarte*, p. 44). Elle est plutôt axée sur la question de savoir si, faute d’une telle divulgation, il est raisonnable de s’attendre à ce que la police ne s’immisce pas dans ces communications sans mandat ou autre forme d’autorisation.

(2) La relation comme moyen de cibler les actes illégaux

[117] Mon collègue le juge Brown conclut qu’étant donné que notre Cour s’est prononcée sur la vulnérabilité des enfants, sur le fait qu’Internet puisse faciliter la commission de crimes sexuels contre les enfants et sur la nécessité de protéger les enfants contre l’exploitation sexuelle, il s’ensuit que « les adultes ne peuvent pas raisonnablement s’attendre au respect de leur vie privée dans leurs communications en ligne avec des enfants qu’ils ne connaissent pas » (par. 23). Soit dit avec le plus grand respect, je ne peux interpréter cette conclusion autrement que comme visant les activités illégales et privant des droits à la vie privée les personnes qui, pourrait-on croire, sont les plus susceptibles de prendre part à ce type d’activité illégale. Le rôle central que joue le contexte de l’opération d’infiltration dans l’analyse de mon collègue ne fait qu’accentuer ce

principle of content neutrality at the heart of this Court's s. 8 jurisprudence.

[118] Under s. 8, the fact that an individual may be engaged in criminal behaviour online does not affect the reasonable expectation of privacy analysis. This Court has consistently said that “[t]he nature of the privacy interest does not depend on whether, in the particular case, privacy shelters legal or illegal activity. The analysis turns on the privacy of the area or the thing being searched and the impact of the search on its target, not the legal or illegal nature of the items sought”: *Spencer*, at para. 36; *Hunter*, at p. 160; *Wong*, at pp. 49-50; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569, at para. 72; *Patrick*, at para. 32; *Marakah*, at para. 48. For this reason, a reasonable expectation of privacy analysis must be framed in “broad and neutral terms”: *Wong*, at p. 50.

[119] Before this Court, the Crown acknowledges that the majority in *Marakah* held that a reasonable expectation of privacy analysis must be content neutral. However, the Crown urges this Court to depart from its content neutral approach in all cases of electronic communications “that constitute a crime against the recipient”: R.F., at para. 56.

[120] By stating that “adults cannot reasonably expect privacy online with children they do not know,” Brown J. is effectively granting the Crown’s request to find a “limited exception” (R.F., at para. 50) to this Court’s content neutral analysis. With respect, there is no reason to depart from well-established principle and recent precedent in this case. This is

constat : une opération d’infiltration — par définition — vise des activités illégales. Par conséquent, la conclusion selon laquelle « les adultes ne peuvent pas raisonnablement s’attendre au respect de leur vie privée dans leurs communications en ligne avec des enfants qu’ils ne connaissent pas » est contraire au principe fondamental de la neutralité de contenu qui est au cœur de la jurisprudence relative à l’art. 8 de notre Cour.

[118] Pour l’application de l’art. 8, le fait qu’une personne puisse adopter un comportement criminel en ligne ne change pas l’analyse de l’attente raisonnable au respect de la vie privée. Notre Cour a affirmé de façon constante que « [l]a nature de l’intérêt en matière de vie privée ne dépend pas de la question de savoir si, dans un cas particulier, le droit à la vie privée masque une activité légale ou une activité illégale. En effet, l’analyse porte sur le caractère privé du lieu ou de l’objet visé par la fouille ou la perquisition ainsi que sur les conséquences de cette dernière pour la personne qui en fait l’objet, et non sur la nature légale ou illégale de la chose recherchée » (*Spencer*, par. 36; *Hunter*, p. 160; *Wong*, p. 49-50; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569, par. 72; *Patrick*, par. 32; *Marakah*, par. 48). Pour cette raison, l’analyse relative à l’attente raisonnable au respect de la vie privée doit se faire « en termes plus généraux et plus neutres » (*Wong*, p. 50).

[119] Devant notre Cour, la Couronne reconnaît que, dans l’arrêt *Marakah*, les juges majoritaires ont conclu que l’analyse relative à l’attente raisonnable au respect de la vie privée doit être neutre sur le plan du contenu. Elle a cependant demandé à la Cour d’écarter cette approche dans tous les cas où les communications électroniques [TRADUCTION] « constituent un acte criminel visant le destinataire » (m.i., par. 56)

[120] En affirmant que « les adultes ne peuvent pas raisonnablement s’attendre au respect de leur vie privée dans leurs communications en ligne avec des enfants qu’ils ne connaissent pas », le juge Brown accède dans les faits à la demande de la Couronne de conclure qu’une « exception limitée » (m.i., par. 50) s’applique à l’analyse neutre sur le plan du contenu

not the first time that the Court has been called upon to develop privacy law in the context of digital and/or internet-based sexual crimes involving minors: see, e.g., *Cole*, *Spencer*, and *Reeves*. This Court did not see fit to displace its content neutral analysis in those cases, and it is no more appropriate to do so here.

[121] The standard reasoning underpinning the importance of a content neutral analysis is that justifying a search based on the illegal content discovered during that search undermines the system of prior judicial authorization meant to prevent unjustified searches before they occur: see *Hunter*, at p. 160. Brown J. seeks to allay that concern by targeting only those individuals who, according to my colleague, deserve to be searched because their relationships are not ones that our society would wish to shield from state scrutiny — in this case, adults who communicate online with children they do not know.

[122] This approach assumes that communications between adults and children who do not know each other will be criminal in nature. In reality, this is not an inevitability. The broad category of “relationships between adults and children who are unknown to them” encompasses informal, vitally-important educational relationships that can arise in online spaces. This wide net is therefore overbroad and would capture an array of non-criminal communications: for example, professionals who communicate with youth to provide career advice, or adults who may be able to offer support to youth struggling with addiction, sexual identity or bullying because they have had similar life experiences. An adult sharing their own experiences, in the course of a private, electronic communication between strangers could make all the difference in a young person’s life. If there is no reasonable expectation of privacy in such communications because an adult is in contact with

qu’utilise notre Cour. En toute déférence, rien ne justifie en l’espèce de déroger à un principe bien établi et à la jurisprudence récente. Ce n’est pas la première fois que la Cour est appelée à élaborer des règles de droit en matière de respect de la vie privée dans le contexte des crimes sexuels commis à l’endroit de mineurs sur Internet ou à l’aide de la technologie numérique (voir, p. ex., *Cole*, *Spencer* et *Reeves*). La Cour n’a pas jugé bon d’écarter l’analyse neutre sur le plan du contenu dans ces affaires, et il ne convient pas davantage qu’elle le fasse en l’espèce.

[121] Selon le raisonnement habituel qui sous-tend l’importance d’une analyse neutre sur le plan du contenu, la justification d’une fouille en fonction du contenu illégal découvert lors de cette fouille mine le système d’autorisation judiciaire préalable visant à empêcher les fouilles non justifiées avant qu’elles n’aient lieu (voir *Hunter*, p. 160). Le juge Brown cherche à dissiper cette préoccupation en ciblant seulement les personnes qui, selon lui, méritent d’être fouillées parce que leurs relations ne sont pas de celles que notre société souhaiterait protéger d’un examen par l’État — en l’espèce, les adultes qui communiquent en ligne avec des enfants qu’ils ne connaissent pas.

[122] Cette approche part du principe que les communications entre des adultes et des enfants qui ne se connaissent pas sont de nature criminelle. En réalité, cela n’est pas inévitable. La catégorie générale des « relations entre des adultes et des enfants qui leur sont inconnus » englobe les relations pédagogiques informelles et d’une importance capitale qui peuvent se créer dans le cyberspace. Cette large portée est donc excessive et comprendrait tout un éventail de communications non criminelles : par exemple, les professionnels qui communiquent avec des jeunes pour leur donner des conseils en matière de carrière, ou les adultes qui, parce qu’ils ont vécu des expériences semblables, pourraient fournir du soutien aux jeunes qui sont aux prises avec une dépendance, qui ont des questionnements au sujet de leur identité sexuelle ou qui vivent de l’intimidation. Un adulte qui fait part à un jeune de sa propre

an unknown child, then the state is permitted to listen in and record without the need for any regulation, authorization or limits. Content neutrality was developed to ensure that such unjustified state intrusions into privacy would not occur.

[123] In my view, and following Binnie J. in *A.M.*, the position that “adults cannot reasonably expect privacy online with children they do not know” shifts the analysis from a “reasonable” expectation of privacy to a “legitimate” expectation of privacy. The view that some relationships are *a priori* criminal and therefore do not *legitimately* attract an expectation of privacy both assumes criminality where there may be none, and assumes that there can be no reasonable privacy interests in illegal communications. Both of these assumptions are incorrect: *A.M.*, at paras. 69-73.

[124] Finally, as I discuss in further detail later in these reasons, the police in the case at bar engaged in unregulated online surveillance of an unknown number of youth who believed they were speaking to someone their own age. The facts of this case, therefore, do not illustrate the scenario that my colleague envisions — a scenario in which only criminals are denied privacy protection.

[125] Remember that the issue is not whether a child who has been victimized can go to the police with an online communication received by that child. Rather, the issue is whether the state can pretend to be a child in private online communications at

expérience, lors de communications électroniques privées entre étrangers, pourrait faire toute une différence dans la vie de ce jeune. S’il n’y a pas d’attente raisonnable au respect de la vie privée à l’égard de telles communications parce qu’un adulte communique avec un enfant qui lui est inconnu, l’État pourrait alors écouter et enregistrer les communications sans que cette surveillance soit réglementée ou limitée, et sans que l’État ait besoin d’une autorisation pour ce faire. Le principe de la neutralité du contenu a été élaboré pour faire en sorte que de telles atteintes injustifiées de l’État à la vie privée ne se produisent pas.

[123] À mon avis, et conformément au raisonnement du juge Binnie dans *A.M.*, la position voulant que « les adultes ne peuvent pas raisonnablement s’attendre au respect de leur vie privée dans leurs communications en ligne avec des enfants qu’ils ne connaissent pas » fait que l’analyse se détourne d’une attente « raisonnable » au respect de la vie privée au profit d’une attente « légitime » au respect de la vie privée. L’opinion selon laquelle certaines relations sont à première vue criminelles et ne suscitent donc pas *légitimement* d’attente au respect de la vie privée suppose à la fois qu’il y a criminalité alors qu’il n’y en a peut-être pas, et qu’il ne peut y avoir aucun droit raisonnable au respect de la vie privée à l’égard des communications illégales. Ces deux postulats sont erronés (*A.M.*, par. 69-73).

[124] Enfin, comme je l’explique en détail plus loin dans les présents motifs, la police a procédé, dans le cas qui nous occupe, à une surveillance en ligne non réglementée d’un nombre inconnu de jeunes qui croyaient parler à une personne de leur âge. Par conséquent, les faits de l’espèce ne dépeignent pas le scénario qu’évoque mon collègue — scénario où seuls les criminels sont privés de la protection de leur vie privée.

[125] Il faut garder à l’esprit que la question n’est pas de savoir si un enfant qui a été victime peut aller voir la police pour lui montrer une communication en ligne qu’il a reçue. Il s’agit plutôt de savoir si l’État peut prétendre être un enfant dans



its sole discretion and absent any regulation. In my view, it should not be free to do so.

(3) Courts Should Not Be in the Business of Determining Which Personal Relationships Fall Within Section 8

[126] Beyond my concerns about content neutrality, I would also caution that the normative position that “adults cannot reasonably expect privacy online with children they do not know” asks courts to engage in an unnecessary and unprincipled valuation of personal relationships when this factor is irrelevant to the s. 8 inquiry. Further, even if assessing personal relationships to determine which of them deserve to be protected from warrantless state scrutiny did accord with the s. 8 inquiry, courts are ill-equipped to conduct this assessment. Casting suspicion on an entire category of human relationship not only stigmatizes that relationship — it exposes meaningful and socially valuable communication to unregulated state electronic surveillance. For all of these reasons, in my view, courts should not use s. 8 to allow the state into certain personal relationships which are seen as unworthy of *Charter* protection.

[127] I say this understanding that as the majority of this Court stated in *Patrick*, “[p]rivacy analysis is laden with value judgments which are made from the independent perspective of the reasonable and informed person who is concerned about the long-term consequences of government action for the protection of privacy”: para. 14. Yet the necessity of conducting “value judgments” does not permit courts to engage in a free-wheeling evaluation of accused persons and their relationships. Rather, the *Charter* has tasked courts with making value judgments *that relate to the objects of the s. 8 inquiry itself*. These objects are “the privacy of the area or thing being searched and the potential impact of the search on

des communications privées en ligne, à son entière discrétion et sans qu’une telle démarche soit réglementée. À mon avis, l’État ne devrait pas être libre de le faire.

(3) Les tribunaux ne devraient pas avoir la tâche de décider quelles relations personnelles sont visées par l’art. 8 de la *Charte*

[126] Au-delà de mes préoccupations concernant la neutralité du contenu, je signale aussi que la position normative voulant que « les adultes ne peuvent pas raisonnablement s’attendre au respect de leur vie privée dans leurs communications en ligne avec des enfants qu’ils ne connaissent pas » exige que les tribunaux procèdent à une évaluation inutile et non fondée sur des principes des relations personnelles alors que ce facteur n’est pas utile pour l’analyse fondée sur l’art. 8. De plus, même si l’évaluation des relations personnelles par les tribunaux pour décider lesquelles sont dignes d’être protégées contre un examen sans mandat de l’État concorde avec l’analyse fondée sur l’art. 8, les tribunaux sont mal outillés pour réaliser une telle évaluation. Soulever des doutes au sujet d’une catégorie entière de relations humaines ne fait pas que stigmatiser de telles relations; cela expose aussi des communications utiles et socialement valables à une surveillance électronique par l’État, qui n’est pas réglementée. Pour toutes ces raisons, je suis d’avis que les tribunaux ne devraient pas recourir à l’art. 8 pour permettre à l’État de s’immiscer dans certaines relations personnelles qui sont considérées comme n’étant pas dignes de jouir de la protection conférée par la *Charte*.

[127] Je dis cela tout en reconnaissant que les juges majoritaires de notre Cour ont affirmé dans *Patrick* que « [l]’analyse du droit au respect de la vie privée abonde en jugements de valeur énoncés du point de vue indépendant de la personne raisonnable et bien informée, qui se soucie des conséquences à long terme des actions gouvernementales sur la protection du droit au respect de la vie privée » (par. 14). Cependant, la nécessité d’effectuer des « jugements de valeur » ne permet pas aux tribunaux de procéder à une évaluation libre de toute contrainte des personnes accusées et de leurs relations. La *Charte* a plutôt eu pour effet d’obliger les tribunaux à faire des jugements de valeur *se rapportant aux objets de*



the person being searched”: *Patrick*, at para. 32. On this basis, this Court has assessed whether members of society can expect privacy in their backpacks in school (*A.M.*); in their text message communications, be that in a search incident to arrest (*R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621) or on a recipient’s device (*Marakah*); in computers in their own home (*Vu; Reeves*); in a car that they do not own (*R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341); and in the relative distribution of heat over the surface of their home (*Tessling*).

[128] The s. 8 inquiry is not, and never has been, focused on whether a relationship between two non-state actors is worthy of constitutional protection. For example, *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, did not concern relationships. The privacy invasion in *Dyment* was “the use of a person’s body without his consent to obtain information about him”: pp. 431-32.

[129] Nor is the value of a personal relationship an appropriate object or aspect of a s. 8 inquiry. Parliament has expressly extended s. 8 protection to “everyone”: “Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.” Respectfully, it is not the role of the courts to evaluate personal relationships with a view to denying s. 8 *Charter* protection to certain classes of people. Rather, as stewards of the *Charter*, courts “provide what is often the only effective shelter for individuals and unpopular minorities from the shifting winds of public passion”: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 282, citing D. Gibson, *The Law of the Charter: General Principles* (1986), at p. 246.

[130] Moreover, carving out privacy-free zones for particular relationships will expose socially

*l’analyse relative à l’art. 8 elle-même*. Ces objets sont « le caractère privé du lieu ou de l’objet visé par la fouille, ainsi que [. . .] les conséquences potentielles de la fouille pour la personne qui en fait l’objet » (*Patrick*, par. 32). Sur ce fondement, notre Cour s’est demandé si les membres de la société peuvent s’attendre au respect de leur vie privée à l’égard de leurs sacs à dos à l’école (*A.M.*); de leurs communications par message texte, que ce soit dans le cadre d’une fouille accessoire à une arrestation (*R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621) ou dans l’appareil du destinataire (*Marakah*); de leur ordinateur dans leur propre maison (*Vu; Reeves*); d’une voiture dont ils ne sont pas propriétaires (*R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341); et de la distribution relative de la chaleur sur la surface de leur résidence (*Tessling*).

[128] L’analyse relative à l’art. 8 n’est pas, et n’a jamais été, axée sur la question de savoir si une relation entre deux personnes qui n’agissent pas au nom de l’État est digne de jouir de la protection constitutionnelle. Par exemple, l’arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, ne portait pas sur les relations. Dans cette affaire, l’atteinte à la vie privée consistait en « l’utilisation du corps d’une personne, sans son consentement, en vue d’obtenir des renseignements à son sujet » (p. 431).

[129] La valeur d’une relation personnelle n’est pas non plus un objet ou un aspect pertinent d’une analyse fondée sur l’art. 8. Le législateur a expressément prévu que la protection conférée par l’art. 8 s’applique à « chacun » : « Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » Soit dit en tout respect, ce n’est pas le rôle des tribunaux d’évaluer les relations personnelles en vue de priver certaines catégories de personnes de la protection que confère l’art. 8 de la *Charte*. En fait, en tant que protecteurs de la *Charte*, les tribunaux « constituent souvent la seule protection efficace des minorités impopulaires et des individus contre les revirements de la passion publique » (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 282, citant D. Gibson, *The Law of the Charter : General Principles* (1986), p. 246).

[130] De plus, le fait de créer des zones soustraites au droit à la vie privée pour des relations précises

meaningful communications to unregulated state surveillance. As detailed above, there are many communications that would be captured in the category of “adults who communicate with children who are unknown to them” that are worthy of s. 8’s protection.

[131] For all of these reasons, a new turn in our s. 8 jurisprudence that looks to the personal relationships between parties as a dispositive means of denying or granting privacy rights conflicts with the purpose of s. 8. It effectively sanctions the unjustified state intrusion into swaths of all individuals’ private lives in the hopes of capturing some illegal communications. This runs counter to this country’s decision that private communications are to remain private, unless the state has authorization to search them.

#### (4) Conclusion on the Question of Relationship

[132] This Court has consistently rejected the risk analysis approach, and instead conducts content neutral s. 8 analyses by examining the state conduct at issue. The question to be answered when conducting a reasonable expectation of privacy analysis in the case at bar is not whether adults who communicate online with underage strangers during alias-based sting operations have a reasonable expectation of privacy in their private, electronic communications. Rather, it is whether members of society have a reasonable expectation that their private, electronic communications will not be acquired by the state at its sole discretion: see *Patrick*, at para. 32.

#### E. *Conclusion on Reasonable Expectation of Privacy*

[133] In a free and democratic society, it is reasonable for members of society to expect that the state will only access electronic recordings of their private

exposera des communications socialement valables à la surveillance non réglementée de l’État. Comme je l’ai déjà expliqué, de nombreuses communications dignes de jouir de la protection conférée par l’art. 8 seraient visées par la catégorie des « adultes qui communiquent avec des enfants qui leur sont inconnus ».

[131] Pour toutes ces raisons, un virage dans notre jurisprudence relative à l’art. 8 qui obligerait les tribunaux à se pencher sur les relations personnelles entre les parties afin qu’ils décident si les droits au respect de la vie privée doivent être respectés ou refusés est en conflit avec l’objet de l’art. 8. Un tel virage sanctionne dans les faits l’intrusion injustifiée de l’État dans de grands pans de la vie privée de toute personne en vue d’obtenir quelques communications illégales. Cette approche est contraire à la décision qu’a prise notre pays, soit que les communications privées doivent demeurer privées, sauf si l’État a l’autorisation de procéder à une fouille.

#### (4) Conclusion sur la question de la relation

[132] Notre Cour a toujours rejeté d’adopter la méthode d’analyse fondée sur le risque, et effectue plutôt des analyses fondées sur l’art. 8 qui sont neutres sur le plan du contenu en examinant la conduite de l’État en question. Dans l’affaire qui nous occupe, la question à laquelle il faut répondre lorsqu’on procède à l’analyse de l’attente raisonnable au respect de la vie privée n’est pas de savoir si les adultes qui communiquent en ligne avec des inconnus d’âge mineur au cours d’opérations d’infiltration policières fondées sur un pseudonyme ont une attente raisonnable au respect de leur vie privée à l’égard de leurs communications électroniques privées. Il s’agit plutôt de savoir si les membres de la société peuvent raisonnablement s’attendre à ce que l’État ne prenne pas connaissance, à son entière discrétion, des relevés de leurs communications électroniques privées (voir *Patrick*, par. 32).

#### E. *Conclusion sur l’attente raisonnable au respect de la vie privée*

[133] Dans une société libre et démocratique, il est raisonnable pour les membres de la société de s’attendre à ce que l’État n’ait accès aux enregistrements

communications if it has sought authorization to do so. This includes participant surveillance of one's private communications. It may be difficult for some to accept that this reasonable expectation of privacy extends to Mr. Mills as well, but extend it does: "[t]he question is not which risks the claimant has taken, but which risks should be imposed on him in a free and democratic society": *Reeves*, at para. 41; *Duarte*, at p. 52; *Spencer*, at para. 36; *Patrick*, at para. 32; *Wise*, at p. 567. The police surveillance in question constituted a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

#### V. Part VI Authorization

[134] I agree with the appellant that "the use of 'Snagit' to capture the messages fits within the definition of 'intercept' in s. 183 of the *Code* as this program recorded and acquired the substance of the texts": A.F., at para. 48; see also Decision Re s. 8, at para. 34. I further explore whether Cst. Hobbs' actions may also have constituted an interception even in the absence of "Snagit". This latter discussion raises the issue of whether our statutory scheme authorizing the interception of private communications requires reconsideration in light of shifts in communication technology. I leave this reconsideration to Parliament's good judgment.

##### A. *Did Mr. Mills Have a Reasonable Expectation of Privacy in His Communications?*

[135] For s. 184.2 to apply to a particular investigative technique, the state must be seeking to intercept a "private communication". A "private communication" is "any oral communication, or any telecommunication . . . that is made under circumstances in which it is reasonable for the originator to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator to receive it": *Code*, s. 183. Built into this definition is

électroniques de leurs communications privées que s'il a obtenu l'autorisation de le faire. Il en va de même pour la surveillance participative des communications privées. D'aucuns peuvent trouver difficile d'accepter que cette attente raisonnable au respect de la vie privée s'applique aussi à M. Mills, mais elle s'applique bel et bien : « [i]l ne faut pas se demander quels risques ont été pris par la personne qui invoque la *Charte*, mais plutôt quels risques devraient lui être imposés dans le cadre d'une société libre et démocratique » (*Reeves*, par. 41; *Duarte*, p. 52; *Spencer*, par. 36; *Patrick*, par. 32; *Wise*, p. 567). En l'espèce, la surveillance policière constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

#### V. Autorisation visée à la partie VI

[134] Je conviens avec l'appelant que [TRADUCTION] « l'utilisation de "Snagit" pour prendre des captures d'écran des messages répond à la définition d'"interception" prévue à l'art. 183 du *Code criminel*, en ce que ce programme a permis d'enregistrer et de prendre volontairement connaissance de la substance des textos » (m.a., par. 48; voir aussi décision relative à l'art. 8, par. 34). J'examinerai plus à fond la question de savoir si les actions de l'agent Hobbs auraient pu également constituer une interception même sans le recours à « Snagit ». Cette dernière analyse soulève la question de savoir si, compte tenu des nouvelles technologies de communication, il convient de revoir notre régime législatif qui permet l'interception de communications privées. Je laisse cet examen au bon jugement du législateur.

##### A. *M. Mills avait-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard de ses communications?*

[135] Pour que l'art. 184.2 s'applique à une technique d'enquête donnée, il faut que l'État cherche à intercepter une « communication privée ». Une « communication privée » est une « [c]ommunication orale ou télécommunication [. . .] qui est faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par un tiers » (art. 183 du *Code criminel*). Cette définition prévoit que l'auteur

the requirement that the originator had a reasonable expectation of privacy in their communication. For the reasons outlined above, Mr. Mills had a reasonable expectation of privacy in his communications. The impugned communications therefore constitute “private communication” under s. 183 of the *Code*.

*B. Did the Use of “Snagit” Constitute an Interception?*

[136] Section 184.2 of the *Code* applies to communications that have been “intercepted” by means of any electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device. To “intercept” means to “listen to, record or acquire a communication or acquire the substance, meaning or purport thereof”: *Code*, s. 183. With respect for the opposing view, I conclude that the use of “Snagit” in this case constituted an interception.

[137] Cst. Hobbs recorded the conversations that he had with Mr. Mills using a computer program “which allows the computer user to capture and copy the information on the screen”: Decision Re s. 8, at para. 6. When asked why he used this computer program, Cst. Hobbs replied, “[f]or continuity purposes to keep them all together for the sake of reproduction for the courts if need be”: A.R., vol. II, at p. 7. He stated that he did not at any point print the messages directly from their original programs, but rather “would always save them by doing a screen capture”: p. 8. Cst. Hobbs further explained: “every person may have their own way of doing things. That’s just my personal preference which I found has always been more beneficial. I just find it keeps everything in the same location. I can store it all on my computer in the same file folder”: p. 8. On the plain meaning of “record”, Cst. Hobbs recorded the informational content of the private communications when he “save[d] them by doing a screen capture” into a centralized location on his computer “for the sake of reproduction for the courts” (pp. 7-8). This constituted

devoir avoir une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de ses communications. Pour les motifs exposés ci-dessus, M. Mills avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de ses communications. Les communications en cause constituaient donc des « communications privées » au sens de l’art. 183 du *Code criminel*.

*B. L’utilisation de « Snagit » constituait-elle une interception?*

[136] L’article 184.2 du *Code criminel* s’applique aux communications qui ont été « interceptées » au moyen d’un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre. « Intercepter » s’entend « du fait d’écouter, d’enregistrer ou de prendre volontairement connaissance d’une communication ou de sa substance, son sens ou son objet » (art. 183 du *Code criminel*). Avec égards pour l’opinion contraire, je conclus que l’utilisation de « Snagit » dans l’affaire qui nous occupe constituait une interception.

[137] L’agent Hobbs a enregistré ses conversations avec M. Mills à l’aide d’un logiciel [TRADUCTION] « qui permet à son utilisateur de faire des captures d’écran des renseignements apparaissant à l’écran et de les enregistrer » (décision relative à l’art. 8, par. 6). Interrogé quant aux raisons pour lesquelles il avait utilisé ce logiciel, l’agent Hobbs a répondu : [TRADUCTION] « pour assurer une continuité, pour conserver [les messages] ensemble aux fins de reproduction à l’intention des tribunaux, au besoin » (d.a., vol. II, p. 7). Il a déclaré qu’il n’avait en aucun temps imprimé les messages directement à partir des programmes originaux, mais qu’il « les avait toujours sauvegardés au moyen d’une capture d’écran » (p. 8). L’agent Hobbs a en outre expliqué que : « chaque personne a sa propre façon de faire les choses. C’est simplement celle que je préfère et j’ai toujours trouvé qu’elle était la plus avantageuse. Elle permet de tout conserver au même endroit. Je peux tout stocker dans un même dossier de mon ordinateur » (p. 8). Selon le sens ordinaire du mot « enregistrer », l’agent Hobbs a enregistré le contenu informationnel des

an interception: see also *R. v. Kwok*, [2008] O.J. No. 2414 (QL) (C.J.).

[138] The interception in this case occurred in “real-time”: *Jones*, at para. 69. This Court’s analysis of the meaning of “intercept” in *Jones* clarified that an “interception suggests a prospective concept of authorization relating to communications not yet in existence. The word ‘intercept’ denotes an interference between the sender and recipient in the course of the communication process”: *Jones*, at para. 69; see also *TELUS*, at para. 37. Thus Part VI is a regulatory scheme intended to authorize the real-time interception of future communications. I agree with the appellant that, for this reason as well, Part VI applies to the state action here: A.F., at para. 59. Cst. Hobbs received the communications and contemporaneously recorded them using screen capture software. This was far from the historical text messages at issue in *Jones*. Had Cst. Hobbs sought authorization to conduct these real-time interceptions, he would have been seeking authorization to intercept communications that were not yet in existence. The state action in this case thus conforms to this Court’s interpretation of “interception” in *Jones*.

[139] I further note that, contrary to what the Court of Appeal held (at para. 13) and what some other appellate courts and commentators appear to have decided as well (2017 NCLA 12; see also *R. v. Blais*, 2017 QCCA 1774, at paras. 16-17 (CanLII), *R. v. Beirsto*, 2018 ABCA 118, 359 C.C.C. (3d) 376, at para. 25), an “interception” does not require a third party. This Court’s reference to third-party involvement in *Jones* (at para. 72) does not apply to cases of participant surveillance or to the parameters of s. 184.2 of the *Code*. Parliament enacted what is now s. 184.2 in response to *Duarte*. *Duarte* was a case of participant surveillance — the undercover officer and informer in that case were *participants* in the

communications privées lorsqu’il les a « sauvegardées au moyen d’une capture d’écran » à un seul endroit de son ordinateur « aux fins de reproduction à l’intention des tribunaux » (p. 7-8). Il s’agissait là d’une interception (voir aussi *R. c. Kwok*, [2008] O.J. n° 2414 (QL) (C.J.)).

[138] Dans la présente affaire, l’interception a eu lieu en « temps réel » (*Jones*, par. 69). Il ressort de l’analyse du sens du mot « intercepter » à laquelle notre Cour s’est livrée dans *Jones*, que « la notion d’interception suggère l’idée d’une autorisation prospective visant des communications qui n’existent pas encore. Le verbe “intercepter” évoque une interposition entre l’expéditeur et le destinataire dans le cours du processus de communication » (*Jones*, par. 69; voir aussi *TELUS*, par. 37). Ainsi, la partie VI établit un cadre réglementaire visant à ce que l’interception en temps réel de communications à venir soit autorisée. Je conviens avec l’appelant que, pour cette raison également, la partie VI s’applique à l’action de l’État en l’espèce (m.a., par. 59). L’agent Hobbs a reçu les communications et les a simultanément enregistrées au moyen d’un logiciel de capture d’écran. On est loin des messages textes existants en cause dans l’arrêt *Jones*. Si l’agent Hobbs avait demandé l’autorisation pour procéder à ces interceptions en temps réel, il aurait demandé l’autorisation pour intercepter des communications non encore existantes. L’action de l’État, en l’espèce, est donc conforme à l’interprétation que notre Cour a donnée au terme « interception » dans *Jones*.

[139] J’ajouterai que, contrairement à ce que la Cour d’appel a conclu (au par. 13) et à ce que certains autres tribunaux d’appel et auteurs ont conclu également (2017 NLCA 12; voir aussi *R. c. Blais*, 2017 QCCA 1774, par. 16-17 (CanLII), *R. c. Beirsto*, 2018 ABCA 118, 359 C.C.C. (3d) 376, par. 25), une « interception » peut se faire sans tiers. Ce que notre Cour a dit au sujet des actes accomplis par un tiers dans l’arrêt *Jones* (par. 72) ne s’applique pas aux cas de surveillance participative ou aux paramètres de l’art. 184.2 du *Code criminel*. Le législateur a adopté l’art. 184.2 actuel en réponse à l’arrêt *Duarte*, qui portait sur une affaire de surveillance participative — l’agent d’infiltration et l’indicateur étaient



conversation. The “interception” in *Duarte* occurred not because a third party intercepted the communication, but because state recording equipment did. The trial judge correctly conducted this analysis: Decision Re s. 8, at paras. 17 and 23.

[140] Finally, concluding that the state action in this case was an “interception” accords with the “undergirding purpose” of Part VI: *Jones*, at para. 59; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. Part VI is aimed at the use of intrusive technologies to surveil private communications: *Jones*, at para. 73; *Duarte*, at pp. 43-44. In employing screen capture software, Cst. Hobbs used technology to surveil — record and acquire in real time — Mr. Mills’ private communication and, in so doing, violated Mr. Mills’ right to choose the range of his listeners: *Duarte*, at p. 51.

C. *Surreptitious Electronic Communication by the State With Members of the Public in a Private Setting May Constitute an Interception*

[141] In our current communications environment, we are wiretapping ourselves. We knowingly deliver documentary evidence of our private communications into the hands of not only our intended recipients, but also into the digital repositories of corporate third parties. Yet this does not negate the right to be protected against *state* intrusion on our privacy. As the statutory scheme with which we regulate state privacy intrusion, Part VI must engage with and accommodate these complexities. This includes the constituent components of Part VI, such as the definition of “intercept”: “The issue then is how to define ‘intercept’ in Part VI. The interpretation should be informed not only by the purposes of Part VI, but also by the rights enshrined in s. 8 of the *Charter*, which in turn must remain aligned with technological developments”: *TELUS*, at para. 33.

*des participants* à la conversation. Il y a eu « interception » dans cette affaire non pas parce qu’un tiers avait intercepté la communication, mais parce que le matériel d’enregistrement de l’État l’avait interceptée. C’est l’analyse à laquelle s’est livré à juste titre le juge du procès (décision relative à l’art. 8, par. 17 et 23).

[140] Enfin, la conclusion selon laquelle l’action de l’État en l’espèce constituait une « interception » est compatible avec « l’objectif sous-jacent » de la partie VI (*Jones*, par. 59; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21). La partie VI vise l’utilisation de moyens technologiques intrusifs en vue de la surveillance des communications privées (*Jones*, par. 73; *Duarte*, p. 43-44). En employant un logiciel de capture d’écran, l’agent Hobbs a utilisé un moyen technologique en vue de surveiller les communications privées de M. Mills, de les enregistrer et d’en prendre connaissance en temps réel et, ce faisant, il a violé le droit de M. Mills de choisir ses auditeurs (*Duarte*, p. 51).

C. *L’utilisation clandestine par l’État de moyens électroniques pour communiquer avec des membres du public dans un contexte privé peut constituer une interception*

[141] Dans le monde actuel des communications, nous nous mettons nous-mêmes sous écoute électronique. Nous transmettons sciemment non seulement aux destinataires prévus, mais aussi aux dépôts de données numériques de sociétés tierces parties, une preuve documentaire de nos communications privées. Pourtant, cela ne nous prive pas du droit d’être protégés contre l’intrusion de l’État dans notre vie privée. S’agissant du régime législatif qui régit les intrusions de l’État dans la vie privée, la partie VI doit tenir compte de ces complexités. Cela comprend ses éléments constitutifs, tels que la définition d’« intercepter » : « La question consiste donc à interpréter le mot “intercepter” à la partie VI. L’interprétation de ce mot doit se fonder non seulement sur les objectifs de la partie VI, mais aussi sur les droits garantis par l’art. 8 de la *Charte*, lesquels doivent progresser au rythme de la technologie » (*TELUS*, par. 33).



[142] The statutory definition of “intercept” is to “listen to, record or acquire a communication or acquire the substance, meaning or purport thereof.” In communicating with Mr. Mills over a medium that inherently produces an electronic recording,<sup>2</sup> Cst. Hobbs “acquired” a record of the communication. It is true that, leaving the issue of “Snagit” aside, Cst. Hobbs simply availed himself of the technology that Mr. Mills was already using. Yet just as *Duarte* was not aimed solely at the *recording* of the conversation but also at the state’s acquisition of a *record*, s. 184.2 is not only aimed at intrusive technologies that *interfere* in private communications (*Jones*, at para. 69); it is also aimed at the capacity of intrusive technologies to *access* our private communications: “Part VI recognizes the dangers inherent in permitting access to the future private communications of a potentially unlimited number of people over a lengthy period of time”: *TELUS*, at para. 42. Members of the public must be protected from unregulated, surreptitious state collection of their private electronic communications. It may therefore be the case that the surveillance of Mr. Mills’ online private communication, with or without screen capture technology, constituted the type of clandestine state surveillance using intrusive technology that Part VI was intended to proscribe.

[143] If, in the alternative, surreptitious, electronic police surveillance of private communications is only regulated by Part VI to the extent that extraneous recording software is employed, then our “comprehensive scheme . . . for the interception of private

<sup>2</sup> It must be noted, however, that in this case the inherent documentary evidence produced by virtue of communicating over Facebook and Hotmail was not the evidence adduced at trial. Cst. Hobbs’ only copy of the messages were those that he had acquired via “Snagit”. He had deactivated “Leann’s” Facebook account when Mr. Mills was charged with the offences now before this Court. As for the record of conversations on Mr. Mills’ end, the search of Mr. Mills’ hard drive pulled up only fragments of the communications, the evidentiary weight of which depended on checking the fragments against the integral copy captured by “Snagit”. The only reproducible form of the communications came from the screen captures.

[142] La définition du mot « intercepter » que prévoit la loi est le « fait d’écouter, d’enregistrer ou de prendre volontairement connaissance d’une communication ou de sa substance, son sens ou son objet ». En communiquant avec M. Mills sur un support qui produit par lui-même un enregistrement électronique<sup>2</sup>, l’agent Hobbs « a pris connaissance » d’un relevé de la communication. Il est vrai que, si l’on met de côté la question du logiciel « Snagit », l’agent Hobbs a seulement profité de la technologie dont se servait déjà M. Mills. Or tout comme l’affaire *Duarte* ne portait pas seulement sur l’*enregistrement* de la conversation, mais aussi sur l’acquisition par l’État d’un *relevé d’une communication*, l’art. 184.2 ne vise pas seulement les technologies intrusives qui permettent une *interposition* dans nos communications privées (*Jones*, par. 69); il vise aussi la fonction des technologies intrusives par laquelle elles peuvent *avoir accès* à nos communications privées : « La partie VI reconnaît les dangers inhérents au fait de permettre l’accès aux futures communications privées d’un nombre potentiellement illimité de personnes pendant une longue période » (*TELUS*, par. 42). Les membres du public doivent être protégés contre la collecte clandestine et non réglementée, par l’État, de leurs communications électroniques privées. Il se peut donc que la surveillance des communications privées en ligne de M. Mills, avec ou sans logiciel de capture d’écran, ait constitué le type de surveillance clandestine, par l’État, au moyen d’une technologie intrusive, que la partie VI vise à interdire.

[143] Si, par ailleurs, la surveillance électronique clandestine par la police de communications privées n’est régie que par la partie VI, dans la mesure où un logiciel externe d’enregistrement est employé, alors notre « régime complet [. . .] en vue de l’interception

<sup>2</sup> Il convient de noter, cependant, que dans la présente affaire, la preuve documentaire inhérente produite grâce à la communication sur Facebook et Hotmail n’est pas celle qui a été présentée au procès. Les seuls messages copiés par l’agent Hobbs sont ceux qu’il a obtenus à l’aide de « Snagit ». Il avait désactivé le compte Facebook de « Leann » lorsque M. Mills a été accusé des infractions qui sont portées devant notre Cour. Quant aux relevés des conversations produits du côté de M. Mills, la fouille effectuée sur le disque dur de ce dernier n’a permis d’obtenir que des fragments des communications, et la valeur probante de chacun d’eux reposait sur une comparaison avec la capture d’écran intégrale obtenue au moyen de « Snagit ». Les seules communications pouvant être reproduites étaient celles sous forme de capture d’écran.

communications” (*TELUS*, at para. 2) is no longer sufficiently comprehensive. To be constitutionally compliant, state acquisition in real-time of private electronic communications requires regulation.

D. *Part VI Strikes the Right Balance Between Law Enforcement’s Need to Investigate Crime and the Right of an Individual in a Democratic Society to Be Left Alone*

[144] I agree with the intervenor the Attorney General of Ontario that the internet has created “an unprecedented platform for child exploitation” and that undercover proactive police investigations are necessary to combat the online exploitation of children: I.F., at pp. 7-9; see also G. J. Fitch, Q.C., “Child Luring”, in *Substantive Criminal Law, Advocacy and the Administration of Justice*, vol. 1, presented to the National Criminal Law Program (2007), at pp. 1 and 3. Part VI of the *Code* was developed with these considerations in mind. In my view, its application to the use of “Snagit” in the case at bar strikes the right balance between law enforcement’s need to investigate crime and the right of an individual in a democratic society to be left alone. Where the police wish to conduct surreptitious electronic surveillance by means of intrusive technology, their investigative methods must be authorized by the judiciary or some other independent third party.

[145] I am not persuaded by the argument that internet predators move so quickly from victim to victim that it would be “unconscionable” to pause an investigation for the amount of time that it would take to secure judicial authorization (I.F., Canadian Association of Chiefs of Police, at pp. 6-8). Our judicial system is equipped to issue authorizations in a timely fashion. Police officers secure warrants on short timelines every day in this country. Here, the words of La Forest J. in *Duarte*, at pp. 52-53, are apt:

... the imposition of a warrant requirement would have the sole effect of ensuring that police restrict “participant

de communications privées » (*TELUS*, par. 2) n’est plus assez complet. Pour être constitutionnelle, la prise de connaissance en temps réel, par l’État, de communications électroniques privées doit être réglementée.

D. *La partie VI établit un juste équilibre entre la nécessité pour les forces de l’ordre d’enquêter sur les crimes et le droit des individus vivant dans une société démocratique de ne pas être importunés*

[144] Je partage l’avis de l’intervenante, la procureure générale de l’Ontario, pour dire que l’Internet a créé [TRADUCTION] « une plateforme sans précédent pour l’exploitation d’enfants », et qu’il est nécessaire de mener des opérations d’infiltration policières proactives pour lutter contre l’exploitation en ligne des enfants (m.i., p. 7-9; voir aussi G. J. Fitch, c.r., « Child Luring », dans *Substantive Criminal Law, Advocacy and the Administration of Justice*, vol. 1, document présenté au National Criminal Law Program (2007), p. 1 et 3). La partie VI du *Code criminel* a été élaborée à la lumière de ces considérations. À mon avis, son application à l’emploi du logiciel « Snagit » dans l’affaire qui nous occupe établit un juste équilibre entre la nécessité pour les forces de l’ordre d’enquêter sur les crimes et le droit des individus vivant dans une société démocratique de ne pas être importunés. Si la police souhaite exercer une surveillance électronique clandestine à l’aide d’un moyen technologique intrusif, elle doit faire autoriser sa méthode d’enquête par une cour de justice ou une autre tierce partie indépendante.

[145] Je ne juge pas convaincant l’argument selon lequel les cyberprédateurs passent si rapidement d’une victime à l’autre qu’il serait [TRADUCTION] « inacceptable » de suspendre une enquête le temps d’obtenir une autorisation judiciaire (m.i., Association canadienne des chefs de police, p. 6-8). Notre système judiciaire est en mesure de délivrer les autorisations nécessaires en temps opportun. Chaque jour au pays, des policiers obtiennent des mandats dans des délais serrés. Les mots du juge La Forest dans l’arrêt *Duarte*, p. 52-53, sont ici pertinents :

... imposer l’exigence de l’obtention d’un mandat aurait pour seul effet d’obliger la police à limiter la

monitoring” to cases where they can show probable cause for a warrant. It is unclear to me how compelling the police to restrict this practice to instances where they have convinced a detached judicial officer of its necessity would hamper the police’s ability effectively to combat crime. But even if this were so, this restriction would be justified by the knowledge that the police would no longer have the right ‘to train these powerful eavesdropping devices on you, me, and other law-abiding citizens as well as the criminal element’, to cite the observation of Cirillo J. in *Commonwealth v. Schaeffer*, [536 A.2d 354 (Penn. 1987)], at p. 367.

Or, as Karakatsanis J. succinctly states in *Reeves*, at para. 54: “I recognize that rejecting the Crown’s approach may interfere with criminal investigations. But *Charter* rights often do.”

[146] I acknowledge, however, that the implications of concluding that the police “intercepted” the communication even absent the use of “Snagit” are more complex. The question as to what standard of reasonableness would be required for prior judicial authorization of varied forms of proactive police investigations is one best left to Parliament. On this point, I take care to restate that my position does not and should not inexorably lead to the police being unable to investigate child lurers. Rather, it focuses on the *authorization* of those investigations by an independent third party. A less exacting regime than Part VI may be appropriate in certain circumstances.

[147] Finally, on the subject of “proactive police investigations” such as occurred in the case at bar, I would suggest that these investigations would benefit from a standardized set of privacy protective guidelines. According to Cst. Hobbs, there were no guidelines or policies available to assist him in setting up a minimally intrusive false identity. As a result, he created policy on his own, with undesirable consequences. To construct his online persona, Cst. Hobbs used photographs from the internet of a youth who was unknown to him. That youth was, therefore, unwittingly conscripted into a police investigation.

« surveillance participative » aux cas où elle peut démontrer l’existence de raisons plausibles d’obtenir un mandat. Je vois mal en quoi la capacité de la police de combattre efficacement le crime serait diminuée si elle était tenue de limiter le recours à cette pratique aux situations dans lesquelles elle peut convaincre un officier de justice impartial de sa nécessité. Même à supposer que ce soit le cas, la restriction se justifierait par la certitude que la police n’aurait plus le droit [TRADUCTION] « de braquer ces puissants appareils d’écoute sur vous et moi et sur d’autres citoyens respectueux des lois en même temps que sur l’élément criminel », pour reprendre les propos du juge Cirillo dans *Commonwealth v. Schaeffer*, [536 A.2d 354 (Penn. 1987)], p. 367.

Ou encore, comme l’a dit brièvement la juge Karakatsanis au par. 54 de l’arrêt *Reeves* : « Je conviens que rejeter l’approche préconisée par la Couronne pourrait nuire à des enquêtes criminelles, mais c’est souvent ce que font les droits garantis par la *Charte*. »

[146] Je reconnais, cependant, que conclure que la police a « intercepté » les communications même sans l’aide de « Snagit » a des répercussions plus complexes. Il vaut mieux laisser le législateur décider de la norme de raisonabilité qui s’impose en ce qui a trait à l’autorisation judiciaire préalable requise pour procéder à diverses formes d’enquêtes policières proactives. À ce sujet, je tiens à répéter que ma position ne fait pas inexorablement en sorte que la police serait incapable de mener des enquêtes sur les cyberprédateurs, et ne devrait pas avoir cet effet. Elle est plutôt axée sur l’*autorisation* de ces enquêtes par un tiers indépendant. Un régime moins exigeant que celui de la partie VI peut être approprié dans certaines circonstances.

[147] Enfin, concernant les « enquêtes policières proactives » comme celle entreprise dans l’affaire qui nous occupe, je crois qu’une série de lignes directrices uniformisées sur la protection de la vie privée pourraient être utiles. Selon l’agent Hobbs, il n’existait aucune ligne directrice ou politique qui l’aurait aidé à créer une fausse identité la moins attentatoire possible. Il a donc créé lui-même une politique, qui a entraîné des conséquences indésirables. Pour fabriquer son identité virtuelle, l’agent Hobbs s’est servi de photos d’une adolescente qu’il ne connaissait pas, trouvées sur Internet.

Further, “[t]here were a number of what has been described by various authors as ‘low visibility’ encounters with [Cst. Hobbs] by innocent members of the public. The officer used their [online] presence on his Facebook page to provide credibility to his profile while at the same time they shared information with him unaware that he was a police officer”: (2014), 346 Nfld. & P.E.I.R. 102, at para. 10 (“Decision re Section 24(2)”). Cst. Hobbs did not seek or obtain the informed consent of the individuals that he added on Facebook, individuals who were effectively used “as part of the ‘bait’ to trap an Internet predator”: (2015), 364 Nfld. & P.E.I.R. 237, at para. 18 (“Sentencing Decision”). There was also no evidence as to how or whether the police retained the personal information of any of these individuals: Sentencing Decision, at para. 18. Proactive online investigations can cast a wide net of electronic surveillance, resulting in innocent members of the public, many of whom may be youth, unwittingly sharing sensitive personal information with the police. To ensure that such investigative techniques are minimally invasive, they must be subject to clear guidelines.

#### VI. Did the Search Breach Section 8 of the Charter?

[148] A search or seizure is presumptively unreasonable in the absence of prior judicial authorization. However, the Crown may establish, on a balance of probabilities, that the police conduct was reasonable in that it was authorized by law, the law was reasonable, and the manner in which the search was carried out was reasonable: *Collins*, at p. 278. Here, there was no prior judicial authorization and as such, the search is presumptively unreasonable. The search or seizure was not authorized by any law. Therefore, the search of the communications breached s. 8 of the *Charter*:

Cette adolescente a donc participé sans le vouloir à une enquête policière. Qui plus est, [TRADUCTION] « [i]l y a eu un certain nombre de ce que divers auteurs ont appelé des rencontres “discrètes” entre [l’agent Hobbs] et des personnes innocentes. L’agent s’est servi de leur présence [en ligne] sur sa page Facebook pour donner de la crédibilité à son profil alors que ces personnes lui transmettaient des renseignements, sans savoir qu’il était policier » ((2014), 346 Nfld. & P.E.I.R. 102, par. 10 (« décision relative au par. 24(2) »)). L’agent Hobbs n’a pas tenté d’obtenir ni obtenu le consentement éclairé des personnes qu’il a ajoutées sur sa page Facebook, ces personnes ayant en fait été utilisées « comme “appâts” en vue de piéger un cyberprédateur » ((2015), 364 Nfld. & P.E.I.R. 237, par. 18 (« décision relative à la peine »)). De plus, il n’y avait aucune preuve quant à savoir si, ou comment, la police a conservé les renseignements personnels de l’une ou l’autre de ces personnes (décision relative à la peine, par. 18). Les enquêtes en ligne proactives peuvent être à l’origine d’une surveillance électronique très vaste, de sorte que des personnes innocentes, dont de nombreux jeunes, transmettent sans le savoir des renseignements personnels sensibles à la police. Pour que ces techniques d’enquête soient le moins attentatoires possible, elles doivent être régies par des lignes directrices claires.

#### VI. La fouille constituait-elle une violation de l’art. 8 de la Charte?

[148] Les fouilles, les perquisitions et les saisies sont présumées abusives à moins qu’elles aient été autorisées préalablement par un tribunal. Cependant, la Couronne peut établir, selon la prépondérance des probabilités, que la police a agi de manière raisonnable, c’est-à-dire que la fouille était autorisée par la loi, que la loi elle-même n’avait rien d’abusif et que la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive (*Collins*, p. 278). En l’espèce, il n’y a eu aucune autorisation judiciaire préalable, de sorte que la fouille est présumée abusive. La fouille ou la saisie n’était pas autorisée par la loi. Par conséquent, la fouille effectuée à l’égard des communications constituait une violation de l’art. 8 de la *Charte*.

VII. Should the Evidence Be Excluded Under Section 24(2) of the Charter?

[149] Having found that Mr. Mills' s. 8 *Charter* rights were breached, the trial judge nevertheless denied Mr. Mills' application to exclude the evidence of the electronic communications pursuant to s. 24(2). Though my reasoning differs in several important respects, I agree with the trial judge that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

[150] Mr. Mills argues that the trial judge ought to have approached this matter from the viewpoint that this was a violation of the right against self-incrimination. If this was Mr. Mills' position at the time that the application to exclude was heard, then I agree that the trial judge should have addressed it. However, even if this was an error, it had no effect on the outcome of the decision. In his sentencing decision, the judge found that this was not a case of entrapment: paras. 3-8. Thus, if he had canvassed this issue in his s. 24(2) analysis, the trial judge would have concluded that the evidence was not obtained contrary to the right against self-incrimination.

[151] The remainder of Mr. Mills' submissions concern the treatment and weighing of the factors for exclusion of evidence under s. 24(2) as articulated in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 71. These factors are: "(1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct . . . (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused . . . and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits".

[152] Mr. Mills submits that the trial judge erred in finding that the undercover officer acted in good faith. However, this was a reasonable conclusion open to the trial judge, who found that the police officer was "following what he believed to be a legitimate investigative technique": Decision re Section 24(2), at para. 10. It is concerning that the officer

VII. La preuve doit-elle être écartée par application du par. 24(2) de la Charte?

[149] Après avoir conclu que les droits de M. Mills garantis par l'art. 8 de la *Charte* avaient été violés, le juge du procès a néanmoins rejeté la demande de M. Mills, qui sollicitait l'exclusion de la preuve des communications électroniques par application du par. 24(2). Bien que mon raisonnement diffère à plusieurs égards importants de celui du juge du procès, je conviens avec lui que l'admission de cette preuve n'aurait pas pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

[150] M. Mills soutient que le juge du procès aurait dû aborder la présente affaire comme étant une violation du droit de ne pas s'incriminer. S'il s'agissait là de la position défendue par M. Mills au moment de l'instruction de la demande d'exclusion, alors je conviens que le juge du procès aurait dû se prononcer sur cette question. Or, même s'il s'agissait d'une erreur, celle-ci n'a eu aucun effet sur l'issue de la décision. Dans sa décision relative à la peine, le juge a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une affaire de provocation policière (par. 3-8). Ainsi, s'il avait examiné cette question dans son analyse relative au par. 24(2), le juge du procès aurait conclu que la preuve n'avait pas été obtenue en contravention du droit de ne pas s'incriminer.

[151] Les autres observations de M. Mills concernent le traitement et l'appréciation des facteurs exposés dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 71, qui permettent d'écartier des éléments de preuve en application du par. 24(2). Ces facteurs sont : « (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État [. . .] (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* [. . .] et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond ».

[152] M. Mills soutient que le juge du procès a eu tort de conclure que l'agent d'infiltration avait agi de bonne foi. Il s'agit cependant là d'une conclusion raisonnable que pouvait tirer le juge du procès, après avoir conclu que l'agent [TRADUCTION] « appliquait ce qu'il croyait être une technique d'enquête légitime » (décision relative au par. 24(2), par. 10). Il



did not enquire into whether the investigative technique was constitutionally valid, or into whether he was required to obtain judicial authorization: “negligence or wilful blindness cannot be equated with good faith”: *Grant*, at para. 75. It is also concerning that there were no written police guidelines for him to follow. Yet in my view, Cst. Hobbs would be forgiven for assuming the constitutional validity of this technique. This Court’s decision in *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3, can be interpreted as validating the investigative technique used here.<sup>3</sup> The parties in *Levigne* did not raise the s. 8 *Charter* issues inherent in the police investigative tactics employed in that case, and thus this Court’s silence on the issue in *Levigne* does not bind it now. Nevertheless, for this reason and for the reasons identified by the trial judge, the trial judge did not err in finding that the officer was acting in good faith. This first factor weighs in favour of admission.

[153] With respect to the impact on the accused’s *Charter*-protected interests, the trial judge found that there was a reduced expectation of privacy because “The accused had been communicating with an unknown individual with the knowledge that his communications would be recorded on that person’s computer”: Decision re Section 24(2), at para. 11. As such, the trial judge found that this branch of the inquiry favoured admission of the evidence. Mr. Mills submits that the trial judge’s findings run counter to the jurisprudence. I agree. There was no “reduced expectation of privacy” in this case. This Court has made clear that a person’s lack of control over their communications does not reduce their reasonable expectation of privacy from *state intrusion*: see *Duarte*, at p. 48; *Marakah*, at para. 68. The *Charter* breach substantially impacted Mr. Mills. It revealed private

<sup>3</sup> In *Levigne*, the investigating officer employed a recording software program called Camtasia to record his private online chats with the accused. As the officer in that case testified, Camtasia is “a software program that basically records whatever happens on your screen as a video”: *Levigne*, A. R., at p. 113.

est préoccupant de constater que l’agent n’a pas cherché à savoir si la technique d’enquête était valide sur le plan constitutionnel, ou s’il devait obtenir une autorisation judiciaire : « il [est] impératif [. . .] de ne pas assimiler la négligence ou l’aveuglement volontaire à la bonne foi » (*Grant*, par. 75). Il est tout aussi préoccupant de constater qu’il ne disposait d’aucune ligne directrice écrite qu’il aurait pu suivre. Je suis cependant d’avis que l’on pardonnera à l’agent Hobbs d’avoir présumé que cette technique était constitutionnelle. L’arrêt de notre Cour *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3, peut être interprété comme une reconnaissance valide de la technique d’enquête employée en l’espèce<sup>3</sup>. Les parties dans *Levigne* n’ont pas soulevé la question des droits protégés par l’art. 8 de la *Charte* qui est inhérente aux tactiques d’enquête policière employées dans cette affaire, et le silence de notre Cour sur la question dans *Levigne* ne la lie pas maintenant. J’estime néanmoins que, pour cette raison et pour les motifs mentionnés par le juge du procès, ce dernier n’a pas commis d’erreur en concluant que l’agent avait agi de bonne foi. Ce premier facteur milite en faveur de l’admission.

[153] Quant à l’incidence sur les droits de l’accusé garantis par la *Charte*, le juge du procès a conclu que l’attente au respect de la vie privée était réduite parce que [TRADUCTION] « l’accusé communiquait avec un inconnu tout en sachant que ses communications seraient enregistrées sur l’ordinateur de cette personne » (décision relative au par. 24(2), par. 11). C’est pourquoi il a conclu que ce volet de l’analyse militait en faveur de l’admission de la preuve. M. Mills fait valoir que les conclusions du juge du procès vont à l’encontre de la jurisprudence. Je suis de cet avis. Il n’y avait aucune « attente réduite au respect de la vie privée » en l’espèce. Notre Cour a bien précisé que le fait qu’une personne n’ait pas de contrôle sur ses communications ne réduit pas son attente raisonnable en matière de protection contre l’*intrusion de l’État* dans sa vie privée (voir *Duarte*,

<sup>3</sup> Dans *Levigne*, l’enquêteur a utilisé un logiciel d’enregistrement appelé Camtasia pour enregistrer ses séances de clavardage privées avec l’accusé. Comme l’a déclaré l’agent, Camtasia est [TRADUCTION] « un logiciel qui enregistre essentiellement tout ce qui se passe sur votre écran, comme s’il s’agissait d’une vidéo » (*Levigne*, d.a., p. 113).



information that was central to his biographical core, and it exposed that information to police scrutiny: *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293 (a biographical core of information “would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual”); *Cole*, at paras. 45-46. This factor weighs in favour of exclusion.

[154] As for society’s interest in the adjudication of the case on its merits, the trial judge found that the exclusion of the evidence would be “fatal to the Crown case”, and that the evidence was “real probative evidence of high reliability”: Decision re Section 24(2), at para. 12. On appeal to this Court, the appellant acknowledges that the offence in this case is serious. However, Defence counsel urges this Court not to place “undue emphasis” on the seriousness of the offence: A.F., at paras. 103-6.

[155] In my view, the balance of the three factors favours admission of the evidence. In so concluding, I do not place “undue emphasis” on the seriousness of the offence. While the impact of the breach on Mr. Mills’ privacy interest was significant and not diminished, the seriousness of the *Charter* breach was minimal. I am of the view that the exclusion of “relevant and reliable evidence” in a child-luring case, obtained using tactics that the police had good reason to believe were legal at the time of the investigation, would bring the administration of justice into disrepute: *Grant*, at para. 81.

[156] The trial judge did not err by declining to exclude the evidence pursuant to s. 24(2), and I would uphold his determination that the appropriate remedy for the *Charter* breach is a two-month reduction in sentence.

### VIII. Conclusion

[157] It was objectively reasonable for Mr. Mills to expect that a permanent electronic recording of his private communications would not be surreptitiously

p. 48; *Marakah*, par. 68). La violation de la *Charte* a eu une incidence importante sur M. Mills : des renseignements biographiques d’ordre privé ont été révélés et soumis à l’examen de la police (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293 (un ensemble de renseignements biographiques d’ordre privé « pourrait notamment [comprendre des] renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu »); *Cole*, par. 45-46). Ce facteur milite en faveur de l’exclusion.

[154] Quant à l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond, le juge du procès a conclu que l’exclusion de la preuve serait [TRADUCTION] « fatale pour la Couronne » et que cette preuve d’« une valeur probante réelle était d’une grande fiabilité » (décision relative au par. 24(2), par. 12). En appel devant notre Cour, l’appelant a reconnu que l’infraction reprochée était grave. Toutefois, son avocat demande à la Cour de ne pas accorder [TRADUCTION] « une importance indue » à la gravité de l’infraction (m.a., par. 103-106).

[155] J’estime que l’appréciation des trois facteurs milite en faveur de l’admission de la preuve. En concluant ainsi, je n’accorde pas une « importance indue » à la gravité de l’infraction. Bien que l’atteinte au droit à la vie privée de M. Mills ait eu des répercussions importantes et non réduites, la gravité de l’atteinte à la *Charte* était minime. Je suis d’avis que l’exclusion d’« éléments de preuve pertinents et fiables » dans une affaire de leurre d’enfants, lesquels ont été obtenus au moyen de tactiques que la police avait de bonnes raisons de croire légales au moment de l’enquête, aurait pour effet de déconsidérer l’administration de la justice (*Grant*, par. 81).

[156] Le juge du procès n’a pas commis d’erreur en refusant d’écarter la preuve sur le fondement du par. 24(2), et je confirmerais sa décision selon laquelle la réparation adéquate pour l’atteinte portée à la *Charte* est une réduction de peine de deux mois.

### VIII. Conclusion

[157] Il était objectivement raisonnable pour M. Mills de s’attendre à ce qu’un agent de l’État ne puisse prendre clandestinement connaissance d’un

acquired by an agent of the state absent prior judicial authorization. Cst. Hobbs' use of "Snagit" constituted an "interception" within the meaning of Part VI of the *Code*. Further, even in the absence of "Snagit", it may be that the state investigative technique employed here constituted an "interception". Because Cst. Hobbs did not seek and obtain prior judicial authorization pursuant to s. 184.2 prior to using "Snagit", the search of the private communications was unreasonable. However, I would not exclude the communications under s. 24(2) of the *Charter*.

[158] This appeal raises serious questions as to whether and how police surveillance of electronic communications should be regulated. Following this Court's rich line of case law developing the normative principles of what constitutes a reasonable expectation of privacy, I conclude that unchecked state surveillance — in this case, unchecked state acquisition of permanent electronic recordings of private communications — contravenes s. 8 of the *Charter*. To the extent that our legislative scheme authorizing the interception of private communications does not capture the modern methods by which the state obtains real-time recordings of private communications, I believe that it requires reconsideration.

[159] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Sullivan Breen King Defence, St. John's; Spiteri & Ursulak, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Department of Justice & Public Safety, Special Prosecutions Office, St. John's.*

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

enregistrement électronique permanent de ses communications privées sans autorisation judiciaire préalable. L'utilisation par l'agent Hobbs de « Snagit » constituait une « interception » au sens de la partie VI du *Code criminel*. Qui plus est, il se peut que, même sans « Snagit », la technique d'enquête employée par l'État en l'espèce ait constitué une « interception ». Comme l'agent Hobbs n'a pas cherché à obtenir ni obtenu l'autorisation judiciaire préalable prévue à l'art. 184.2 avant d'utiliser « Snagit », la fouille à l'égard des communications privées en cause était déraisonnable. Toutefois, je n'écarterais pas ces communications sur le fondement du par. 24(2) de la *Charte*.

[158] Le présent pourvoi soulève de sérieuses questions quant à savoir si la surveillance policière de communications électroniques devrait être réglementée et, le cas échéant, de quelle façon elle devrait l'être. Suivant l'abondante série de décisions de notre Cour établissant les principes normatifs de ce qui constitue une attente raisonnable au respect de la vie privée, je conclus que la surveillance non réglementée, par l'État — en l'espèce, la prise de connaissance non réglementée, par l'État, d'enregistrements électroniques permanents de communications privées — contrevient à l'art. 8 de la *Charte*. Dans la mesure où notre régime législatif qui autorise l'interception de communications privées ne comprend pas les méthodes modernes par lesquelles l'État obtient des enregistrements en temps réel de communications privées, je crois qu'il doit être réexaminé.

[159] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Sullivan Breen King Defence, St. John's; Spiteri & Ursulak, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Department of Justice & Public Safety, Special Prosecutions Office, St. John's.*

*Procureur de l'intervenante la directrice des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.*

*Solicitor for the intervener Attorney General of Ontario: Crown Law Office, Criminal, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la procureure générale de l'Ontario : Crown Law Office, Criminal, Toronto.*

*Solicitor for the intervener Director of Criminal and Penal Prosecutions: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Quebec City.*

*Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.*

*Solicitor for the intervener Attorney General of British Columbia: Ministry of Attorney General, Criminal Appeals and Special Prosecutions, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministry of Attorney General, Criminal Appeals and Special Prosecutions, Victoria.*

*Solicitor for the intervener Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Calgary.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Calgary.*

*Solicitors for the intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Presser Barristers, Toronto; Markson Law Professional Corporation, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Presser Barristers, Toronto; Markson Law Professional Corporation, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Canadian Civil Liberties Association: Addario Law Group, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Addario Law Group, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Criminal Lawyers' Association: Stockwoods, Toronto; Ruby, Shiller & Enejajor, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Stockwoods, Toronto; Ruby, Shiller & Enejajor, Toronto.*

*Solicitor for the intervener Canadian Association of Chiefs of Police: Royal Newfoundland Constabulary Legal Services Unit, St. John's.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Royal Newfoundland Constabulary Legal Services Unit, St. John's.*

**Her Majesty The Queen** *Applicant*

v.

**Giovanni D'Amico** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. D'AMICO**

**2019 SCC 23**

File No.: 38512.

2019: April 11.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

**MOTION TO QUASH A NOTICE OF APPEAL AS OF RIGHT**

*Criminal law — Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Dissent on question of law — Court of Appeal unanimous in dismissing accused's appeal from convictions — Accused filing notice of appeal as of right based on disagreement between appellate judges on point of law — Crown bringing motion to quash notice of appeal as of right — Dissent giving rise to appeal as of right is disagreement that affects result — Motion granted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).*

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

MOTION to quash a notice of appeal as of right from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Vauclair and Ruel JJ.A.), 2019 QCCA 77, 375 C.C.C. (3d) 1, 427 C.R.R. (2d) 116, [2019] AZ-51562974, [2019] Q.J. No. 235 (QL), 2019 CarswellQue 268 (WL Can.), affirming the convictions entered by Rheault J.C.Q., 2014 QCCQ 21006, [2014] AZ-51260923, [2014] Q.J. No. 23322 (QL), 2014 CarswellQue 14694 (WL Can.). Motion granted.

Written submissions by *Maude Payette*, for the applicant.

**Sa Majesté la Reine** *Requérante*

c.

**Giovanni D'Amico** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. D'AMICO**

**2019 CSC 23**

N° du greffe : 38512.

2019 : 11 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

**REQUÊTE EN CASSATION D'UN AVIS D'APPEL DE PLEIN DROIT**

*Droit criminel — Appels — Appels à la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Dissidence sur une question de droit — Rejet unanime par la Cour d'appel de l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre des déclarations de culpabilité prononcées contre lui — Dépôt par l'accusé d'un avis d'appel de plein droit fondé sur un désaccord entre les juges d'appel sur un point de droit — Présentation par la Couronne d'une requête en cassation de l'avis d'appel de plein droit — Une dissidence donnant ouverture à un appel de plein droit s'entend d'un désaccord qui influence le résultat — Requête accueillie — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 691(1)a).*

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 691(1)a).

REQUÊTE en cassation d'un avis d'appel de plein droit visant un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Vauclair et Ruel), 2019 QCCA 77, 375 C.C.C. (3d) 1, 427 C.R.R. (2d) 116, [2019] AZ-51562974, [2019] Q.J. No. 235 (QL), 2019 CarswellQue 268 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité inscrites par la juge Rheault, 2014 QCCQ 21006, [2014] AZ-51260923, [2014] Q.J. No. 23322 (QL), 2014 CarswellQue 14694 (WL Can.). Requête accueillie.

Argumentation écrite par *Maude Payette*, pour la requérante.

Written submissions by *Alexandre Bien-Aimé* and *Philippe G. Knerr*, for the respondent.

Argumentation écrite par *Alexandre Bien-Aimé* et *Philippe G. Knerr*, pour l'intimé.

The following is the order delivered by

L'ordonnance suivante a été rendue par

[1] THE COURT — The motion for an extension of time to serve and file the motion to quash is granted.

[1] LA COUR — La requête en prorogation du délai de signification et de dépôt de la requête en cassation est accueillie.

[2] The motion to quash is granted.

[2] La requête en cassation est accueillie.

[3] A dissent within the meaning of s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, means a disagreement which affects the result. In this case, Vauclair J.A.'s disagreement does not go to the result and is better characterized as a concurring opinion or an opinion concurring in the result.

[3] Au titre de l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, la dissidence s'entend d'un désaccord qui influence le résultat. En l'espèce, le désaccord du juge Vauclair n'a pas d'incidence sur le résultat et il serait plus juste de parler d'opinion concordante ou d'opinion concordante quant au résultat.

*Motion granted.*

*Requête accueillie.*

*Solicitor for the applicant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Montréal.*

*Procureur de la requérante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Shadley Bien-Aimé, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé : Shadley Bien-Aimé, Montréal.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**J.M.** *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association (Ontario)**  
*Intervener*

**INDEXED AS: R. v. J.M.**

**2019 SCC 24**

File No.: 38483.

2019: April 18.

Present: Abella, Karakatsanis, Côté, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Charge to jury — Post-offence conduct — Failure to attend trial — Trial judge permitting Crown to lead evidence at accused's trial that accused failed to attend for his original trial date — Trial judge instructing jury on use it could make of evidence — Accused convicted of sexual assault — Court of Appeal setting aside convictions and ordering new trial — Majority holding that trial judge erred in failing to engage in second step of admissibility inquiry and in his instructions to jury on post-offence conduct — Dissenting judge finding that trial judge's decision to admit evidence entitled to deference and that charge to jury was adequate — Failure to attend trial is not presumptively post-offence conduct and its admissibility must be assessed on case-by-case basis — Convictions restored.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Huscroft and Nordheimer JJ.A.), 2018 ONCA 1054, 144 O.R. (3d) 125, 370

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**J.M.** *Intimé*

et

**Criminal Lawyers' Association (Ontario)**  
*Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : R. c. J.M.**

**2019 CSC 24**

N° du greffe : 38483.

2019 : 18 avril.

Présents : Les juges Abella, Karakatsanis, Côté, Rowe et Martin.

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

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Exposé au jury — Comportement postérieur à l'infraction — Défaut de comparaître au procès — Couronne autorisée par le juge du procès à présenter en preuve lors du procès le fait que l'accusé n'a pas comparu à la date initialement fixée pour la tenue de son procès — Directives données aux jurés par le juge du procès quant à l'utilisation que ces derniers pouvaient faire de cet élément de preuve — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Conclusion des juges majoritaires portant que le juge du procès avait commis des erreurs, d'une part par son omission de procéder à la deuxième étape de l'examen de l'admissibilité, d'autre part dans la formulation de ses directives aux jurés concernant le comportement postérieur à l'infraction — Conclusion du juge dissident portant que la décision du juge du procès d'admettre l'élément de preuve commandait la déférence et que son exposé au jury était adéquat — Le défaut de comparaître au procès n'est pas présumé constituer un comportement postérieur à l'infraction et son admissibilité doit être évaluée au cas par cas — Déclarations de culpabilité rétablies.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Huscroft et Nordheimer), 2018 ONCA 1054, 144 O.R. (3d) 125,



C.C.C. (3d) 458, [2018] O.J. No. 6741 (QL), 2018 CarswellOnt 21543 (WL Can.), setting aside the convictions of the accused for sexual assault and ordering a new trial. Appeal allowed, Abella and Karakatsanis JJ. dissenting.

*Luke Schwalm and Alexander Alvaro*, for the appellant.

*Michael A. Johnston and Matthew B. Day*, for the respondent.

*Solomon Friedman and Meaghan McMahon*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ABELLA J. — We are all of the view that the failure to attend a trial is not presumptively after-the-fact conduct. Its admissibility must be assessed on a case-by-case basis.

[2] A majority, however, is of the view that the appeal should be allowed substantially for the reasons of Justice Huscroft. Justice Karakatsanis and I would dismiss the appeal for the reasons of Justice Nordheimer.

[3] The appeal is therefore allowed and the convictions are restored.

*Judgment accordingly.*

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

*Solicitors for the respondent: Shore Johnston Hyslop Day, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener: Edelson & Friedman, Ottawa.*

370 C.C.C. (3d) 458, [2018] O.J. No. 6741 (QL), 2018 CarswellOnt 21543 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle prononcées contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes.

*Luke Schwalm et Alexander Alvaro*, pour l'appelante.

*Michael A. Johnston et Matthew B. Day*, pour l'intimé.

*Solomon Friedman et Meaghan McMahon*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — Nous sommes tous d'avis que le défaut d'une personne de comparaître à son procès n'est pas présumé constituer un comportement après le fait. L'admissibilité d'un tel élément de preuve doit être évaluée au cas par cas.

[2] Toutefois, la majorité estime que l'appel devrait être accueilli, essentiellement pour les motifs du juge Huscroft. La juge Karakatsanis et moi rejetterions l'appel pour les motifs exposés par le juge Nordheimer.

[3] L'appel est par conséquent accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Shore Johnston Hyslop Day, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante : Edelson & Friedman, Ottawa.*

**Norman Eli Larue** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. LARUE**

**2019 SCC 25**

File No.: 38224.

2019: April 23.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR YUKON

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Key witness refusing to testify at accused's first degree murder trial — Trial judge admitting witness's hearsay statements under principled approach to hearsay evidence — Accused convicted — Court of Appeal dismissing appeal — Trial judge did not err in ruling that threshold reliability of witness's hearsay statements had been established — Conviction upheld.*

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Bradshaw*, 2017 SCC 35, [2017] 1 S.C.R. 865.

APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (Bennett, Dickson and Charbonneau JJ.A.), 2018 YKCA 9, 47 C.R. (7th) 133, [2018] Y.J. No. 45 (QL), 2018 CarswellYukon 50 (WL Can.), affirming the conviction of the accused for first degree murder. Appeal dismissed, Karakatsanis and Brown JJ. dissenting.

*Vincent Larochelle*, for the appellant.

*James C. Martin* and *Noel Sinclair*, for the respondent.

**Norman Eli Larue** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. LARUE**

**2019 CSC 25**

N° du greffe : 38224.

2019 : 23 avril.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU YUKON

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Oûi-dire — Refus d'un témoin clé de témoigner au procès de l'accusé pour meurtre au premier degré — Déclarations relatées du témoin admises en preuve par le juge du procès suivant l'approche raisonnée en matière de ouï-dire — Accusé déclaré coupable — Appel rejeté par la Cour d'appel — Absence d'erreur entachant la décision du juge du procès portant que le seuil de fiabilité des déclarations relatées du témoin avait été établi — Déclaration de culpabilité confirmée.*

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *R. c. Bradshaw*, 2017 CSC 35, [2017] 1 R.C.S. 865.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Yukon (les juges Bennett, Dickson et Charbonneau), 2018 YKCA 9, 47 C.R. (7th) 133, [2018] Y.J. No. 45 (QL), 2018 CarswellYukon 50 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges Karakatsanis et Brown sont dissidents.

*Vincent Larochelle*, pour l'appellant.

*James C. Martin* et *Noel Sinclair*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

[1] ABELLA J. — Applying *R. v. Bradshaw*, 2017 SCC 35, [2017] 1 S.C.R. 865, a majority of this panel would dismiss the appeal largely for the reasons of Dickson J.A., and Justices Karakatsanis and Brown would allow substantially for the reasons of Bennett J.A.

[1] LA JUGE ABELLA — Appliquant l'arrêt *R. c. Bradshaw*, 2017 CSC 35, [2017] 1 R.C.S. 865, les juges majoritaires de la formation sont d'avis de rejeter le pourvoi, principalement pour les motifs exposés par la juge d'appel Dickson, alors que les juges Karakatsanis et Brown y feraient droit, essentiellement pour les motifs de la juge d'appel Bennett.

[2] The appeal is therefore dismissed.

[2] Le pourvoi est en conséquence rejeté.

*Judgment accordingly.*

*Jugement en conséquence.*

*Solicitor for the appellant: Tutshi Law Centre, Whitehorse.*

*Procureur de l'appelant : Tutshi Law Centre, Whitehorse.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Halifax, Whitehorse.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax, Whitehorse.*

**Addison Nickoles Wakefield** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. WAKEFIELD**

**2019 SCC 26**

File No.: 38425.

2019: April 25.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Second degree murder — Elements of offence — Accused and co-accused found guilty of second degree murder in stabbing death of victim who owed drug debt — Trial judge not explicitly finding that accused stabbed victim or that he had requisite subjective intent for murder — Court of Appeal upholding conviction — Court of Appeal erred in making finding of fact not articulated by trial judge and in accepting trial judge’s statement of intent as sufficient to support murder conviction — Conviction for manslaughter substituted to conviction for second degree murder — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 229(a)(ii).*

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 229(a)(ii), 686(1)(b)(i).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Martin and Streckfuss JJ.A.), 2018 ABCA 360, 367 C.C.C. (3d) 1, [2018] A.J. No. 1280 (QL), 2018 CarswellAlta 2557 (WL Can.), affirming the conviction of the accused for second degree murder. Appeal dismissed.

**Addison Nickoles Wakefield** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. WAKEFIELD**

**2019 CSC 26**

N° du greffe : 38425.

2019 : 25 avril.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Rowe et Martin.

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

*Droit criminel — Meurtre au deuxième degré — Éléments de l’infraction — Accusé et coaccusé déclarés coupables de meurtre au deuxième degré pour avoir tué à coups de couteau la victime, qui avait une dette de drogue — Absence de conclusion explicite du juge du procès énonçant que l’accusé avait poignardé la victime ou avait eu l’intention subjective requise à l’égard de l’infraction de meurtre — Déclaration de culpabilité confirmée par la Cour d’appel — Erreur commise par la Cour d’appel en tirant une conclusion de fait que n’avait pas exposée le juge du procès et en considérant les affirmations de ce dernier au sujet de l’intention comme suffisantes pour appuyer une déclaration de culpabilité pour meurtre — Déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable substituée à la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 229a)(ii).*

#### Jurisprudence

**Arrêt mentionné :** *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 229a)(ii), 686(1)(b)(i).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Berger, Martin et Streckfuss), 2018 ABCA 360, 367 C.C.C. (3d) 1, [2018] A.J. No. 1280 (QL), 2018 CarswellAlta 2557 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l’accusé. Pourvoi rejeté.

*Karen B. Molle and Jennifer Ruttan*, for the appellant.

*Brian R. Graff*, for the respondent.

The following is the judgment delivered orally by

[1] THE COURT — In order to uphold the conviction for second degree murder, the majority in the Court of Appeal had to be satisfied that the trial judge found that the appellant himself had stabbed the victim. The trial judge expressly refrained from making that finding. The majority considered the evidence and found that “the conclusion that it was the appellant who inflicted the stab wounds is well founded in the evidence” (para. 29). In doing so, the majority erred by making a finding of fact that the trial judge declined to make.

[2] In addition, if the trial judge had concluded that it was the appellant who stabbed the victim, it is unclear whether he correctly analyzed the subjective *mens rea* requirement for second degree murder under s. 229(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The trial judge failed to consider the crucial question of what the appellant subjectively knew and intended at the time of the stabbing (in accordance with *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 159). By accepting the trial judge’s statement of intent as sufficient to support the conviction for murder (para. 34), the majority further erred.

[3] Both the appellant and the respondent advised the Court that they were content with our substituting a verdict of manslaughter instead of ordering a new trial. Accordingly, pursuant to s. 686(1)(b)(i) of the *Criminal Code*, the appeal is dismissed and a verdict of manslaughter is substituted, and the matter is remitted to the trial judge for sentencing.

*Karen B. Molle et Jennifer Ruttan*, pour l’appellant.

*Brian R. Graff*, pour l’intimée.

Version française du jugement rendu oralement par

[1] LA COUR — Afin de pouvoir confirmer la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, les juges majoritaires de la Cour d’appel devaient être convaincus que le juge du procès avait conclu que c’était l’appellant lui-même qui avait poignardé la victime. Or, le juge du procès s’est explicitement abstenu de tirer cette conclusion. La majorité a examiné la preuve et jugé que [TRADUCTION] « la conclusion suivant laquelle c’est l’appellant qui a asséné les coups de couteau est bien étayée par la preuve » (par. 29). En se prononçant ainsi, les juges majoritaires ont commis une erreur en formulant une conclusion de fait que le juge du procès avait refusé de tirer.

[2] De plus, si le juge du procès avait conclu que c’est l’appellant qui a poignardé la victime, on ne saurait dire avec certitude s’il a adéquatement analysé la *mens rea* subjective requise pour permettre de conclure qu’il y a eu meurtre au deuxième degré suivant le sous-al. 229a)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Le premier juge n’a pas considéré la question cruciale de savoir ce que l’appellant, subjectivement, savait et avait l’intention de faire lorsqu’il a asséné les coups de couteau (suivant l’arrêt *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 159). En considérant les affirmations du juge du procès concernant l’intention comme suffisantes pour appuyer la déclaration de culpabilité pour meurtre (par. 34), les juges majoritaires ont commis une autre erreur.

[3] Tant l’appellant que l’intimée nous ont indiqué que si la Cour substituait un verdict d’homicide involontaire coupable au verdict initial, au lieu d’ordonner un nouveau procès, cette décision leur convenait. Par conséquent, en vertu du sous-al. 686(1)(b)(i) du *Code criminel*, le pourvoi est rejeté, un verdict d’homicide involontaire coupable est substitué au premier verdict et l’affaire est renvoyée au juge du procès pour détermination de la peine.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Karen Molle Law Office, Calgary; Ruttan Bates, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.*

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Karen Molle Law Office, Calgary; Ruttan Bates, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.*



**W.L.S. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent****INDEXED AS: R. v. W.L.S.****2019 SCC 27**

File No.: 38427.

2019: May 7.

Present: Moldaver, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA**

*Criminal law — Sexual assault — Consent — Accused's child testifying that accused repeatedly sexually assaulted sleepy and drugged complainant — Trial judge accepting child's evidence as truthful and reliable but acquitting accused of sexual assault as she was not satisfied beyond reasonable doubt that there was absence of subjective consent — Court of Appeal entering conviction — Court of Appeal finding trial judge erred in law by not providing alternative supportable theory after concluding absence of subjective consent was not only inference that could be drawn from evidence — Trial judge misapplied law of circumstantial evidence to evidence of witness and misapplied law of consent — Conviction upheld.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McDonald, Crighton and Khullar JJ.A.), 2018 ABCA 363, [2018] A.J. No. 1283 (QL), 2018 CarswellAlta 2558 (WL Can.), setting aside the acquittal of the accused for sexual assault and entering a conviction. Appeal dismissed.

*Dane F. Bullerwell and James Wegener, for the appellant.*

*Cheryl A. Schlecker, for the respondent.*

**W.L.S. Appellant**

c.

**Sa Majesté la Reine Intimée****RÉPERTORIÉ : R. c. W.L.S.****2019 CSC 27**

N° du greffe : 38427.

2019 : 7 mai.

Présents : Les juges Moldaver, Côté, Brown, Rowe et Martin.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA**

*Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Témoignage de l'enfant de l'accusé portant que ce dernier a agressé sexuellement de façon répétée la plaignante alors qu'elle était endormie et droguée — Témoignage de l'enfant accepté comme étant véridique et fiable par la juge du procès, mais accusé acquitté par cette dernière de l'accusation d'agression sexuelle parce qu'elle n'était pas convaincue hors de tout doute raisonnable de l'absence de consentement subjectif — Verdict de culpabilité inscrit par la Cour d'appel — Conclusion de la Cour d'appel portant que la juge du procès a commis une erreur de droit en n'exposant pas une autre théorie défendable après avoir conclu que l'absence de consentement subjectif n'était pas la seule inférence qui pouvait être tirée de la preuve — Erreur commise par la juge du procès dans l'application du droit concernant la preuve circonstancielle à la déposition du témoin ainsi que dans l'application du droit relatif au consentement — Déclaration de culpabilité confirmée.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges McDonald, Crighton et Khullar), 2018 ABCA 363, [2018] A.J. No. 1283 (QL), 2018 CarswellAlta 2558 (WL Can.), qui a annulé l'acquiescement de l'accusé à l'égard de l'accusation d'agression sexuelle et inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

*Dane F. Bullerwell et James Wegener, pour l'appelant.*

*Cheryl A. Schlecker, pour l'intimée.*

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MARTIN J. — The accused was acquitted of sexual assault following a trial before a judge alone in the Provincial Court of Alberta. The Crown appealed the acquittal to the Alberta Court of Appeal, which unanimously allowed the appeal and substituted a conviction. The accused appeals to this Court as of right.

[2] We would dismiss the appeal and uphold the conviction for substantially the reasons of the Court of Appeal. We would add, however, in our view, it was not necessary to reach back into the record of the trial judge’s interactions with counsel to identify an error of law. Rather, errors of law are apparent on the face of the trial judge’s reasons.

[3] The trial judge accepted the testimony of the witness as being truthful and reliable on the “core issues”, namely that he saw his father, the accused, drag the complainant from her bedroom into the living room and engage in sexual activity with her on several occasions. The trial judge accepted this evidence but held that “one inference, given the evidence of [the witness] is that [the complainant] was not consenting to the sexual activity involving the accused, it must be the only reasonable inference if the Crown is to prove lack of consent beyond a reasonable doubt” (trial reasons (Alta. Prov. Ct.), December 1, 2017).

[4] In our view, the act of dragging the complainant while asleep and drugged is inconsistent with any sort of consent. There was no evidence, or absence of evidence, to support any reasonable inference other than non-consent. No alternative inference was posited to the trial judge in submissions, and she did not cite any alternative inference in her reasons.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE MARTIN — L’accusé a été acquitté d’une accusation d’agression sexuelle au terme d’un procès devant une juge seule en Cour provinciale de l’Alberta. La Couronne a fait appel de l’acquiescement devant la Cour d’appel de l’Alberta, qui a unanimement fait droit à l’appel et substitué une déclaration de culpabilité à l’acquiescement. L’accusé se pourvoit de plein droit devant notre Cour.

[2] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité, essentiellement pour les motifs exposés par la Cour d’appel. Nous tenons cependant à ajouter qu’il n’était pas selon nous nécessaire de se reporter au dossier et aux interactions de la juge du procès avec les procureurs pour cerner une erreur de droit. Au contraire, des erreurs de droit sont apparentes à la simple lecture des motifs de la juge.

[3] La juge du procès a accepté le témoignage du témoin comme étant véridique et fiable quant aux [TRADUCTION] « questions fondamentales », soit le fait qu’il a vu son père, l’accusé, traîner la plaignante de la chambre de celle-ci jusqu’au salon et se livrer à des activités sexuelles avec elle à plusieurs occasions. La juge de première instance a accepté cette preuve, mais a conclu que, « vu la déposition [du témoin], une inférence qui peut être tirée est que [la plaignante] ne consentait pas aux relations sexuelles avec l’accusé, mais il doit s’agir de la seule inférence raisonnable si la Couronne entend prouver hors de tout doute raisonnable l’absence de consentement » (motifs de la juge du procès (C. prov. Alb.), 1<sup>er</sup> décembre 2017).

[4] À notre avis, le fait de traîner la plaignante alors qu’elle était endormie et droguée est incompatible avec toute forme de consentement. Aucune preuve, ou absence de preuve, n’appuyait quelque inférence raisonnable à part le non-consentement. Aucune autre inférence n’a été soumise à la juge du procès dans les observations, et celle-ci n’a cité aucune autre inférence dans ses motifs.

[5] In this case, the trial judge misapplied not only the law of circumstantial evidence to the evidence of the witness, which she accepted, she also misapplied the law on consent. This complainant was statutorily incapable of consenting and any other finding on this point was a clear error of law.

[6] We would therefore uphold the Court of Appeal's decision to enter a verdict of guilty on the charge of sexual assault and remit the case back to the trial court for sentencing.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Legal Aid Society of Alberta, Edmonton; Sinclair Law Office, Stony Plain.*

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

[5] En l'espèce, la juge du procès a non seulement mal appliqué le droit concernant la preuve circonstancielle à la déposition du témoin, qu'elle a acceptée, mais elle a aussi mal appliqué le droit relatif au consentement. La plaignante était légalement incapable de donner son consentement, et toute conclusion différente sur ce point constituait clairement une erreur de droit.

[6] Nous sommes par conséquent d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel d'inscrire un verdict de culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle et de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour détermination de la peine.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Legal Aid Society of Alberta, Edmonton; Sinclair Law Office, Stony Plain.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

**Modern Cleaning Concept Inc.** *Appellant*

v.

**Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec** *Respondent*

and

**Conseil québécois de la franchise** *Intervener*

**INDEXED AS: MODERN CLEANING CONCEPT INC. v. COMITÉ PARITAIRE DE L'ENTRETIEN D'ÉDIFICES PUBLICS DE LA RÉGION DE QUÉBEC**

**2019 SCC 28**

File No.: 37813.

2018: November 13; 2019: May 3.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Labour relations — Collective agreements — Juridical extension by government decree — Franchises — Provincial legislation guaranteeing minimum conditions of employment by extending collective agreement to all employees and professional employers within scope determined by means of government decree — Parity committee responsible for administering and overseeing scheme created by decree — Franchisee entering into agreement with franchisor to perform cleaning services — Parity committee seeking unpaid wages and other benefits on behalf of franchisee pursuant to applicable decree — Whether decree applies to relationship between franchisor and franchisee — Whether franchisee was employee of franchisor — Act respecting collective agreement decrees, CQLR, c. D-2, s. 1(g) “professional employer”, (j) “employee” — Decree respecting building service employees in the Québec region, CQLR, c. D-2, r. 16.*

The provision of cleaning services in public buildings located in the Quebec region are covered by a collective agreement, the *Decree respecting building service employees in the Québec region*. The Decree sets out minimum

**Modern Concept d'entretien inc.** *Appelante*

c.

**Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec** *Intimé*

et

**Conseil québécois de la franchise** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : MODERN CONCEPT D'ENTRETIEN INC. c. COMITÉ PARITAIRE DE L'ENTRETIEN D'ÉDIFICES PUBLICS DE LA RÉGION DE QUÉBEC**

**2019 CSC 28**

N° du greffe : 37813.

2018 : 13 novembre; 2019 : 3 mai.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Relations du travail — Conventions collectives — Extension juridique par décret du gouvernement — Franchises — Conditions d'emploi minimales garanties par une loi provinciale du fait de l'extension d'une convention collective à tous les salariés et à tous les employeurs professionnels visés par le champ d'application défini par un décret du gouvernement — Comité paritaire chargé d'administrer et de surveiller le régime créé par décret — Engagement du franchisé envers le franchisseur de fournir des services d'entretien ménager — Salaires impayés et autres avantages réclamés par le Comité paritaire au nom du franchisé en vertu du décret applicable — Le décret s'applique-t-il à la relation entre le franchisseur et le franchisé? — Le franchisé était-il un salarié du franchisseur? — Loi sur les décrets de convention collective, RLRQ, c. D-2, art. 1g) « employeur professionnel », j) « salarié » — Décret sur le personnel d'entretien d'édifices publics de la région de Québec, RLRQ, c. D-2, r. 16.*

La prestation de services d'entretien ménager dans les édifices publics situés dans la région de Québec est régie par une convention collective, le *Décret sur le personnel d'entretien d'édifices publics de la région de Québec*. Ce

standards in the workplace, including wages, hours of work, holidays and overtime, and is governed by the *Act respecting collective agreement decrees*. The Act makes the Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec ("Committee") responsible for overseeing compliance with the Decree, and it can therefore take any necessary action arising from the Decree on behalf of employees.

In 2014, the Committee commenced proceedings against Modern Cleaning Concept Inc., claiming \$9,219.32 in unpaid wages and other benefits in relation to cleaning services performed by B. Modern provides cleaning and maintenance services in the Quebec region through a network of franchisees. It negotiates master cleaning contracts with clients, and assigns them for specific locations to its franchisees, who perform the cleaning and maintenance work. B became a franchisee in January 2014, agreeing to perform cleaning services exclusively through the franchise relationship. After five months of working within the Modern network, B terminated his franchise agreement. The Committee investigated the relationship between B and Modern. It was of the view that the language of the franchise agreement was not determinative of the reality of the relationship between B and Modern, and that B was in fact an "employee" as defined by the Act, not an independent contractor. He was therefore entitled to be paid the mandatory wages and benefits set out in the Decree.

The trial judge concluded that there was a common intention that B would be an independent contractor, not an employee. Accordingly, B was not entitled to the amount claimed by the Committee on his behalf. Allowing the appeal, a majority in the Court of Appeal was of the view that the trial judge made a palpable and overriding error in failing to consider the nature of the assignments of the cleaning contracts from Modern to B, and that by failing to recognize that Modern remained contractually liable to its clients, the trial judge erred in his analysis of whether B was an employee or an independent contractor. The majority concluded that B was an employee and ordered Modern to pay the \$9,219.32 claimed by the Committee on behalf of B.

*Held* (Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Martin JJ.: The trial judge's failure to consider the tripartite nature of Modern's business model was a palpable and overriding error warranting appellate intervention. This error caused the trial judge to err

décret prévoit des normes minimales notamment en matière de salaire, d'heures de travail, de vacances et d'heures supplémentaires en milieu de travail, et est régi par la *Loi sur les décrets de convention collective*. En vertu de la Loi, le Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec (« Comité ») est chargé de surveiller l'observation du Décret et il peut donc prendre, au nom des salariés, toute mesure découlant du Décret.

En 2014, le Comité a introduit une procédure contre Modern Concept d'entretien inc. dans laquelle il réclamait 9 219,32 \$ pour les salaires impayés et d'autres avantages liés aux services d'entretien ménager fournis par B. Modern offre de tels services dans la région de Québec par l'entremise d'un réseau de franchises. Elle négocie des contrats-cadres d'entretien ménager avec ses clients et cède des contrats d'entretien ménager pour des sites déterminés à ses franchisés, lesquels effectuent le travail d'entretien. B est devenu un franchisé en janvier 2014, acceptant de fournir des services d'entretien ménager exclusivement dans le cadre de la relation de franchise. Après cinq mois de travail dans le réseau de Modern, B a résilié son contrat de franchise. Le Comité a enquêté sur la relation qui liait B et Modern. Il était d'avis que le libellé du contrat en question n'était pas déterminant quant à la réalité de la relation entre B et Modern, et que B était en fait un « salarié » au sens de la Loi, et non un entrepreneur indépendant. Il était donc en droit de recevoir la rémunération et les avantages prescrits par le Décret.

Le juge du procès a conclu qu'il y avait une intention commune voulant que B soit un entrepreneur indépendant et non un salarié. Par conséquent, celui-ci n'avait pas droit au montant que le Comité réclamait en son nom. En accueillant l'appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu qu'en ne tenant pas compte de la nature des cessions des contrats d'entretien ménager de Modern à B, le juge du procès avait commis une erreur manifeste et déterminante, et qu'en ne reconnaissant pas que Modern demeurerait contractuellement responsable envers ses clients, il avait commis une erreur dans son analyse de la question de savoir si B était un salarié ou un entrepreneur indépendant. Les juges majoritaires ont statué que B était un salarié et ont ordonné à Modern de verser au Comité les 9 219,32 \$ réclamés au nom de B.

*Arrêt* (les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Martin : L'omission du juge de première instance de prendre en compte la nature tripartite du modèle de gestion de Modern constituait une erreur manifeste et déterminante justifiant une intervention en

in his assessment of whether B was an employee or an independent contractor. B is an “employee” within the meaning of the Act and Modern is correspondingly a “professional employer”. The mandatory provisions of the Act and Decree therefore govern the relationship between Modern and B, and B is entitled to the wages and benefits claimed on his behalf by the Committee.

The Decree can apply to any contract in which one can conclude that an individual is in a relationship determined to be that of “employee” within the meaning of the Act. Workers may be considered employees for the purposes of the Act and Decree even if they would not be considered employees pursuant to other laws of Quebec. The fact that the franchise agreement identifies B as a franchisee is not determinative. Nor is the fact that he is identified as an independent contractor with Modern. The Decree can apply to relationships other than those governed by employment contracts. The presence of a franchise agreement cannot function to disguise the true nature of the relationship between an employee and professional employer as those terms are defined in the Act. To the extent that the reality of the relationship between the parties reveals that a franchisee did not in fact assume the business risk and had no meaningful opportunity to make a profit, he or she is an employee and that relationship is subject to the Decree.

Modern’s business structure must be examined as a whole to determine who assumed the business risk and attendant prospect of making a profit. The business relationship in this case was tripartite: the client requesting cleaning services, the franchisor Modern who guarantees the quality and provision of services, and the franchisee who actually performs them. In the cleaning service agreements between Modern and its clients, the clients consented in advance to the assignment of the cleaning contracts to franchisees, but Modern remained liable to its clients if the cleaning services were not delivered in accordance with the contract between Modern and its client. By failing to consider the tripartite relationship, the trial judge did not consider the business as a whole, and, as a result, improperly concluded that B bore the business risk and was therefore not an employee. Because of its tripartite business model and ongoing liability to its clients, Modern placed extensive controls on B. B did not assume the business risk and therefore it cannot be said that he was an independent contractor, making him an employee under the Act.

appel. En raison de cette erreur, le juge a mal apprécié la question de savoir si B était un salarié ou un entrepreneur indépendant. B est un « salarié » au sens de la Loi et Modern est en conséquence un « employeur professionnel ». Les dispositions impératives de la Loi et du Décret régissent donc la relation entre Modern et B, et ce dernier a droit au salaire et aux avantages que réclame en son nom le Comité.

Le Décret peut s’appliquer à tout contrat dont on peut conclure qu’il lie une personne à titre de salarié au sens de la Loi. Des travailleurs peuvent être considérés comme des « salariés » pour l’application de la Loi et du Décret même s’ils ne sont pas considérés comme des salariés aux termes d’autres textes législatifs québécois. Le fait que le contrat de franchise qualifie B de franchisé n’est pas déterminant, non plus que le fait qu’il soit qualifié d’entrepreneur indépendant de Modern. Le Décret peut s’appliquer aux relations autres que celles régies par des contrats de travail. La présence d’un contrat de franchise ne peut servir à camoufler la nature véritable de la relation entre un salarié et un employeur professionnel au sens de la Loi. Dans la mesure où la réalité de la relation entre les parties révèle qu’un franchisé n’a pas en fait assumé le risque d’entreprise et n’avait pas réellement la possibilité de réaliser un profit, ce franchisé est un salarié et cette relation est assujettie au Décret.

La structure de l’entreprise de Modern doit être examinée dans son ensemble pour déterminer qui a assumé le risque d’entreprise et espérait en retour réaliser un profit. La relation d’entreprise en l’espèce faisait intervenir trois parties : le client, qui demande les services d’entretien ménager, le franchiseur, Modern, qui garantit la qualité et la prestation des services, et le franchisé, qui fournit effectivement ceux-ci. Dans les contrats de services d’entretien ménager conclus entre Modern et ses clients, ces derniers ont consenti à l’avance à la cession des contrats d’entretien ménager à des franchisés, mais Modern n’était pas dégagée de ses responsabilités envers ses clients si la prestation des services d’entretien ménager ne respectait pas le contrat qu’ils avaient conclu. En ne prenant pas en compte la relation tripartite, le juge du procès n’a pas considéré l’entreprise dans son ensemble et a donc conclu à tort que B assumait le risque d’entreprise et, partant, n’était pas un salarié. En raison de son modèle de gestion tripartite et de sa responsabilité continue envers ses clients, Modern exerçait d’importants contrôles sur B. Ce dernier n’assumait pas le risque d’entreprise et, par conséquent, ne pouvait être considéré comme un entrepreneur indépendant, ce qui faisait de lui un salarié aux termes de la Loi.



*Per Côté, Brown and Rowe JJ. (dissenting):* The appeal should be allowed and the trial judge's decision restored. The trial judge made no reviewable error in concluding that B was not an employee within the meaning of the Act, because the fact that the assignments of contracts between Modern and B were imperfect did not significantly affect the business risk assumed by B. Furthermore, even if it were assumed that B was an employee, Modern could not have been considered to be his professional employer.

The determination of B's status under the Act raises a question of mixed fact and law, since it involves applying a legal test — specifically the business risk test — to the facts of the case. Unless an exception applies, the standard for intervention in respect of questions of mixed fact and law is that of palpable and overriding error, which is a highly deferential standard. If no palpable and overriding error is properly established, this Court must restore the trial judge's decision.

The Act provides for the juridical extension of a collective agreement, by means of a government decree, so that it binds all employees and employers working in a specific field of activity. The Act's purpose is to guarantee minimum conditions of employment and to prevent abuses in the industries concerned. Whether the conditions provided for in a decree apply to a worker must be determined by first considering (1) whether the worker is an employee within the meaning of the Act and, if so, (2) whether he or she is within the scope determined in the decree. It is then necessary to identify a debtor bound by the decree, that is, a professional employer that employs the employee covered by the scope of application of the decree.

The concept of employee in the Act is broader than it is under the *Civil Code* because of the inclusion of the term "artisan" in the definition of "employee" in the Act. Unlike an employee within the meaning of the *Civil Code*, an artisan is not, in any true sense, subordinate to an employer in the performance of his or her work. Generally speaking, an artisan is a natural person who does manual work on his or her own account, alone or with the help of family members, journeypersons, workers or apprentices. An artisan will generally be a contractor in the civil law. The legal subordination that distinguishes a contract of employment and a contract of enterprise within the meaning of the *Civil Code* is not essential to the status of employee under the Act. An artisan who is a contractor — and not an employee — within the meaning of the *Civil Code* may therefore be considered to be an employee to whom the Act applies.

*Les juges Côté, Brown et Rowe (dissidents) :* Le pourvoi devrait être accueilli et le jugement de première instance rétabli. Le juge du procès n'a commis aucune erreur révisable en concluant que B n'était pas un salarié au sens de la Loi, car le caractère imparfait des cessions de contrats entre Modern et B n'a pas d'incidence significative sur le risque d'entreprise assumé par B. De plus, même en supposant que B ait été un salarié, Modern n'aurait pu être considérée comme son employeur professionnel.

La détermination du statut de B au regard de la Loi soulève une question mixte de fait et de droit puisqu'il s'agit d'appliquer un critère juridique aux faits du dossier, en l'occurrence le critère du risque d'entreprise. Sauf exception, les questions mixtes de fait et de droit sont soumises à la norme d'intervention de l'erreur manifeste et déterminante, une norme qui commande un degré élevé de retenue. Si l'existence d'une erreur manifeste et déterminante n'est pas dûment établie, il incombe à la Cour de rétablir la décision de première instance.

La Loi permet l'extension juridique, par décret du gouvernement, d'une convention collective de manière à lier tous les salariés et tous les employeurs œuvrant dans un secteur d'activité précis. Elle vise à garantir des conditions minimales de travail et à prévenir les situations d'abus dans les industries visées. Pour déterminer si un travailleur bénéficie des conditions prévues dans un décret, il faut, dans un premier temps, se demander (1) si ce travailleur est un salarié au sens de la Loi et, dans l'affirmative, (2) s'il est visé par le champ d'application défini dans le décret. Dans un deuxième temps, il faut identifier un débiteur lié par le décret, soit un employeur professionnel qui emploie le salarié visé par le champ d'application du décret.

La notion de salarié au sens de la Loi déborde la notion de salarié au sens du droit commun compte tenu de l'inclusion du terme « artisan » dans la définition de « salarié » de la Loi. Contrairement au salarié au sens du *Code civil*, l'artisan n'est pas subordonné à un employeur au sens propre dans l'exécution de son travail. De façon générale, l'artisan est une personne physique qui travaille manuellement pour son propre compte, seul ou aidé des membres de sa famille, de compagnons, ouvriers ou apprentis. Un artisan sera généralement, au regard du droit civil, un entrepreneur. La subordination juridique, qui distingue le contrat de travail et le contrat d'entreprise en droit commun, n'est pas essentielle au statut de salarié en vertu de la Loi. L'artisan qui est un entrepreneur — et non un salarié — au sens du *Code civil* pourra donc être considéré comme un salarié assujéti à la Loi.

However, not every contractor who personally, on his or her own account, performs manual work to which a decree applies is necessarily an artisan within the meaning of the Act. There are some contractors who *prima facie* fit the definition of an artisan but to whom the Act does not apply because their activities are organized with a view to making a profit and, as a corollary, involve a business risk. This business risk must go beyond the risk that any artisan assumes, such as the risk of defective work tools or inefficient work methods. Further, the court must ask whether the worker intended — in fact and in light of the evidence — to accept a real business risk in order to make a profit.

In assessing the business risk test, the court must consider a series of factors. The relevant secondary factors include ownership of the work tools, the method of remuneration and the degree of freedom in the performance of the work, to the extent that these factors reflect the risk assumed. The terms of the contracts entered into by the worker and his or her clients or business partners are relevant but not in themselves determinative. The business risk test remains the same regardless of whether the contractual relationship in issue is bipartite or tripartite in nature, including in the context of a franchise agreement. In each case, the purpose of the analysis is simply to determine whether the worker assumes a business risk. It is not a matter of establishing which party to a contract assumes the business risk, as if there could be only one risk. The parties each incur such risks at the same time. Fundamentally, the level of risk assumed by the party performing the work is what determines whether that party can be characterized as an artisan within the meaning of the Act, regardless of the fact that another party also incurs a business risk, for example by assuming liability for the same contractual obligations.

The fact that the assignments of contracts were imperfect affected B's business risk only to a limited extent, if at all. In the instant case, failure to deal with this aspect was not a palpable and overriding error. In the absence of such an error, the conclusions reached by the trial judge cannot be called into question. Despite the tripartite relationship among Modern, B and their clients, it was open to the trial judge to find that B had assumed a business risk in order to make a profit and that he was not an "employee" for the purposes of the Act. That conclusion is entitled to deference.

A franchise agreement cannot function to disguise the reality of a relationship between an employee and

Cependant, tout entrepreneur qui exerce lui-même, à son compte, un travail manuel visé par un décret n'est pas pour autant un artisan au sens de la Loi. Certains entrepreneurs qui correspondent à première vue à la définition d'artisan échappent à l'application de la Loi, car leurs activités sont organisées à des fins de profit et présentent, corollairement, un risque d'entreprise. Ce risque d'entreprise doit aller au-delà du risque que tout artisan assume lui aussi, par exemple la défektivité de ses outils de travail ou des méthodes de travail inefficaces. En outre, le tribunal doit se demander si le travailleur avait — dans les faits et à la lumière de la preuve — l'intention d'accepter un véritable risque d'entreprise, et ce, afin de réaliser un profit.

Dans son appréciation du critère du risque d'entreprise, le tribunal doit tenir compte d'un ensemble de facteurs. Parmi les indices secondaires pertinents, on compte notamment la propriété des outils de travail, le mode de rémunération et le degré de liberté dans l'exécution du travail, dans la mesure où ces indices témoignent du risque assumé. Les termes des contrats conclus entre le travailleur et ses donneurs d'ouvrage ou ses partenaires d'affaires sont pertinents, mais ne sont pas en eux-mêmes déterminants. Le critère du risque d'entreprise demeure le même que les relations contractuelles en cause soient bilatérales ou tripartites, y compris dans le contexte d'un contrat de franchise. Dans tous les cas, l'analyse vise simplement à déterminer si le travailleur assume ou non un risque d'entreprise. Il ne s'agit pas d'établir qui, parmi les parties à un contrat, assume le risque d'entreprise, comme s'il ne pouvait y en avoir qu'un seul. Chaque partie s'expose à de tels risques en parallèle. Fondamentalement, la qualification à titre d'artisan au sens de la Loi repose sur le niveau de risque assumé par celui qui exécute le travail, indépendamment du fait qu'une autre partie s'expose également à un risque d'entreprise, par exemple en engageant sa responsabilité pour les mêmes obligations contractuelles.

Le caractère imparfait des cessions de contrats n'a qu'une incidence limitée, sinon nulle, sur le risque d'entreprise de B. En l'espèce, l'omission de traiter de cet élément ne constitue pas une erreur manifeste et déterminante. En l'absence d'une telle erreur, on ne peut remettre en question les conclusions auxquelles le juge du procès est parvenu. En dépit de la relation tripartite entre Modern, B et leurs clients, il était loisible au juge du procès de conclure que B assumait un risque d'entreprise afin d'en retirer un profit, et qu'il n'était pas un « salarié » pour l'application de la Loi. La déférence s'impose à l'égard de cette conclusion.

Un contrat de franchise ne peut servir à occulter la réalité d'une relation salarié-employeur au sens de la Loi. Le

an employer, as those terms are defined in the Act. The trial judge shared this concern in the instant case. Far from relying blindly on the terms of the agreement, he rendered his decision on the basis of extensive evidence concerning the reality of the relationship between B and Modern.

Furthermore, not every person who has work to which a decree applies done by an “employee” can, on that basis alone, be treated as a professional employer and be required to assume the obligations that flow from that status. There are “employees” within the meaning of the Act who quite simply do not have a professional employer. For a “professional employer” to be required to meet the obligations provided for in a decree, the work must be done in the context of a relationship that is sufficiently similar to an employment relationship within the meaning of the *Civil Code*, which is to say that a certain degree of control or economic dependence is required. Here, even if it is assumed that the concept of “professional employer” has a meaning broader than that of an employer under the *Civil Code*, the franchise agreement does not readily support a conclusion that Modern was subject to the Decree, since the supervision it exercised did not suffice to characterize it as a professional employer. Modern’s powers as a franchisor cannot be confused with the relationship of subordination that characterizes a contract of employment. As well, B was not in a position of economic dependence toward Modern.

### Cases Cited

By Abella J.

**Applied:** *Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics v. Confédération des caisses populaires et d’économie Desjardins du Québec*, [1985] C.A. 17; *Confection Coger Inc. v. Comité paritaire du vêtement pour dames*, [1986] R.J.Q. 153; **referred to:** *Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics de la région de Québec v. Station de ski Le Valinouët Inc.* (1994), 63 Q.A.C. 143; *Québec (Office municipal d’habitation) v. Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics de la région de Québec*, 2009 QCCA 2428; *Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics v. Caisse populaire Immaculée Conception de Sherbrooke* (1991), 43 Q.A.C. 1; *Groupe d’entretien Salibec Inc. v. Québec (Procureur général)*, 1993 CanLII 4298; *Parity Committee for the Building Services (Montreal Region) v. 4523423 Canada Inc. (Sani-Vie-Tech)*, 2011 QCCQ 12209; *Dunkin’ Brands Canada Ltd. v. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1.

juge du procès partageait cette préoccupation en l’espèce. Loin de s’en remettre aveuglément aux termes du contrat, celui-ci a rendu sa décision en tenant compte d’une preuve abondante sur la réalité de la relation entre B et Modern.

Qui plus est, toute personne qui fait exécuter un travail prévu dans un décret par un « salarié » ne peut, de ce seul fait, se voir imposer le statut d’employeur professionnel et les obligations qui en découlent. Certains « salariés » au sens de la Loi n’ont tout simplement aucun employeur professionnel. Pour qu’un « employeur professionnel » soit tenu aux obligations prévues à un décret, le travail doit être effectué dans le cadre d’une relation suffisamment apparentée à une relation de travail au sens du droit commun, c’est-à-dire qu’un certain degré de contrôle ou de dépendance économique doit être présent. En l’espèce, même en supposant que la notion d’« employeur professionnel » ait un sens plus large que celle d’employeur au sens du *Code civil*, le contrat de franchise permet difficilement de conclure que Modern était assujettie au Décret, puisque la surveillance exercée par Modern était insuffisante pour que cette dernière puisse être qualifiée d’employeur professionnel. Ses pouvoirs à titre de franchiseur ne peuvent être confondus avec le lien de subordination qui caractérise le contrat de travail. De plus, B ne se trouvait pas, par ailleurs, dans une situation de dépendance économique à l’égard de Modern.

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêts appliqués :** *Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics c. Confédération des caisses populaires et d’économie Desjardins du Québec*, [1985] C.A. 17; *Confection Coger Inc. c. Comité paritaire du vêtement pour dames*, [1986] R.J.Q. 153; **arrêts mentionnés :** *Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics de la région de Québec c. Station de ski Le Valinouët inc.* (1994), 63 Q.A.C. 143; *Québec (Office municipal d’habitation de) c. Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics de la région de Québec*, 2009 QCCA 2428; *Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics c. Caisse populaire Immaculée Conception de Sherbrooke* (1991), 43 Q.A.C. 1; *Groupe d’entretien Salibec Inc. c. Québec (Procureur général)*, 1993 CanLII 4298; *Parity Committee for the Building Services (Montreal Region) c. 4523423 Canada Inc. (Sani-Vie-Tech)*, 2011 QCCQ 12209; *Dunkin’ Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1.

By Côté, Brown and Rowe JJ. (dissenting)

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46, [2018] 3 S.C.R. 101; 3091-5177 *Québec inc. (Éconolodge Aéroport) v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2018 SCC 43, [2018] 3 S.C.R. 8; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014; *Nelson (City) v. Mowatt*, 2017 SCC 8, [2017] 1 S.C.R. 138; *H.L. v. Canada (Attorney general)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Salomon v. Matte-Thomson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406; *Comité paritaire d'installation d'équipement pétrolier du Québec v. Entreprises Nipo Inc.* (1994), 65 Q.A.C. 29; *Comité paritaire des agents de sécurité v. Société de services en signalisation SSS inc.*, 2008 QCCS 335, aff'd 2009 QCCA 1787; *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec v. Station de ski Le Valinouët Inc.* (1994), 63 Q.A.C. 143; *Comité paritaire de l'industrie de l'automobile des régions Saguenay-Lac St-Jean v. Soucy* (1993), 60 Q.A.C. 76; *Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co.*, 2004 SCC 55, [2004] 3 S.C.R. 195; *Dicom Express inc. v. Paiement*, 2009 QCCA 611, [2009] R.J.Q. 924; *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics v. Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec*, [1985] C.A. 17; *Confection Coger Inc. v. Comité paritaire du vêtement pour dames*, [1986] R.J.Q. 153; *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics v. Caisse populaire Immaculée Conception de Sherbrooke* (1991), 43 Q.A.C. 1; *Québec (Procureur général) v. Groupe d'entretien Salibec Inc.*, 1993 CanLII 4298; *Bérubé v. Tracto Inc.*, [1998] R.J.Q. 93; *Provigo Distribution Inc. v. Supermarché A.R.G. Inc.*, [1998] R.J.Q. 47; *Dunkin' Brands Canada Ltd. v. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1; *Québec (Procureur général) v. Lazarovitch* (1940), 69 B.R. 214; *Comité paritaire de l'industrie de l'automobile de Montréal et du district v. Giguère*, [1987] R.J.Q. 1176; *Quebec (Construction Industry Commission) v. M.U.C.T.C.*, [1986] 2 S.C.R. 327; *Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District v. Dominion Blank Book Co.*, [1944] S.C.R. 213; *McKee v. Reid's Heritage Homes Ltd.*, 2009 ONCA 916, 315 D.L.R. (4th) 129.

Citée par les juges Côté, Brown et Rowe (dissidents)

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46, [2018] 3 R.C.S. 101; 3091-5177 *Québec inc. (Éconolodge Aéroport) c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2018 CSC 43, [2018] 3 R.C.S. 8; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014; *Nelson (City) c. Mowatt*, 2017 CSC 8, [2017] 1 R.C.S. 138; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Salomon c. Matte-Thomson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406; *Comité paritaire d'installation d'équipement pétrolier du Québec c. Entreprises Nipo Inc.* (1994), 65 Q.A.C. 29; *Comité paritaire des agents de sécurité c. Société de services en signalisation SSS inc.*, 2008 QCCS 335, conf. par 2009 QCCA 1787; *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec c. Station de ski Le Valinouët Inc.* (1994), 63 Q.A.C. 143; *Comité paritaire de l'industrie de l'automobile des régions Saguenay-Lac St-Jean c. Soucy* (1993), 60 Q.A.C. 76; *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, 2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195; *Dicom Express inc. c. Paiement*, 2009 QCCA 611, [2009] R.J.Q. 924; *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics c. Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec*, [1985] C.A. 17; *Confection Coger Inc. c. Comité paritaire du vêtement pour dames*, [1986] R.J.Q. 153; *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics c. Caisse populaire Immaculée Conception de Sherbrooke* (1991), 43 Q.A.C. 1; *Québec (Procureur général) c. Groupe d'entretien Salibec Inc.*, 1993 CanLII 4298; *Bérubé c. Tracto Inc.*, [1998] R.J.Q. 93; *Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc.*, [1998] R.J.Q. 47; *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1; *Québec (Procureur général) c. Lazarovitch* (1940), 69 B.R. 214; *Comité paritaire de l'industrie de l'automobile de Montréal et du district c. Giguère*, [1987] R.J.Q. 1176; *Québec (Commission de l'industrie de la construction) c. C.T.C.U.M.*, [1986] 2 R.C.S. 327; *Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District c. Dominion Blank Book Co.*, [1944] R.C.S. 213; *McKee c. Reid's Heritage Homes Ltd.*, 2009 ONCA 916, 315 D.L.R. (4th) 129.

### Statutes and Regulations Cited

- Act respecting collective agreement decrees*, CQLR, c. D-2, ss. 1(f), (g), (j), 2, 3, 5, 6, 11, 12, 13, 16, 22 para. 2(a), (e), (i), 24, 52.
- Act respecting labour standards*, CQLR, c. N-1.1, s. 1(10).
- Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 3(1).
- Civil Code of Québec*, arts. 9, 2085, 2098, 2098 et seq., 2099.
- Consumer Protection Act*, CQLR, c. P-40.1.
- Decree respecting building service employees in the Québec region*, CQLR, c. D-2, r. 16.
- Decree respecting hairdressers in the Outaouais region*, CQLR, c. D-2, r. 4.
- Decree respecting the cartage industry in the Québec region*, CQLR, c. D-2, r. 3.
- Labour Code*, CQLR, c. C-27.
- Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 1(1).
- Loi relative à l'extension des conventions collectives de travail*, S.Q. 1934, c. 56.

### Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Que: Yvon Blais, 2013.
- Beaulieu, Marie-Louis. *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail*. Québec: Presses universitaires Laval, 1955.
- Bich, Marie-France. "Contracts of Employment", in *Reform of the Civil Code*, vol. 2-B, *Obligations*. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des Notaires du Québec. Montréal, Barreau du Québec, 1993, 1.
- Boublin, Bernard. "Contrat d'entreprise", dans Éric Savaux, dir., *Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, t. IV, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1979 (mise à jour juin 2018).
- Carbonnier, Jean. *Droit civil*, vol. II, *Les biens, Les obligations*. Paris: Quadrige/PUF, 2004.
- Coutu, Michel. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, vol. 2, *Les régimes particuliers*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.
- De Niverville, Patrick, et Hélène Ouimet. *Loi annotée sur les décrets de convention collective*, par Patrick de Niverville, Claude Carignan et Hélène Ouimet. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2001, envoi n° 3).
- Dubé, Jean-Louis. *Décrets et comités paritaires: L'extension juridique des conventions collectives*. Sherbrooke: Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1990.

### Lois et règlements cités

- Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 3(1).
- Code civil du Québec*, art. 9, 2085, 2098, 2098 et suiv., 2099.
- Code du travail*, RLRQ, c. C-27.
- Décret sur l'industrie du camionnage de la région de Québec*, RLRQ, c. D-2, r. 3.
- Décret sur le personnel d'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, RLRQ, c. D-2, r. 16.
- Décret sur les coiffeurs de la région de l'Outaouais*, RLRQ, c. D-2, r. 4.
- Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 1(1).
- Loi relative à l'extension des conventions collectives de travail*, S.Q. 1934, c. 56.
- Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1.
- Loi sur les décrets de convention collective*, RLRQ, c. D-2, art. 1(f), (g), (j), 2, 3, 5, 6, 11, 12, 13, 16, 22 al. 2(a), (e), (i), 24, 52.
- Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1, art. 1(10).

### Doctrine et autres documents cités

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.
- Beaulieu, Marie-Louis. *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail*, Québec, Presses universitaires Laval, 1955.
- Bich, Marie-France. « Le contrat de travail », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés*, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 1993, 741.
- Boublin, Bernard. « Contrat d'entreprise », dans Éric Savaux, dir., *Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, t. IV, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1979 (mise à jour juin 2018).
- Carbonnier, Jean. *Droit civil*, vol. II, *Les biens, Les obligations*, Paris, Quadrige/PUF, 2004.
- Coutu, Michel. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, vol. 2, *Les régimes particuliers*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.
- De Niverville, Patrick, et Hélène Ouimet. *Loi annotée sur les décrets de convention collective*, par Patrick de Niverville, Claude Carignan et Hélène Ouimet. Montréal, Wilson & Lafleur, 1996 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2001, envoi n° 3).
- Dubé, Jean-Louis. *Décrets et comités paritaires: L'extension juridique des conventions collectives*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1990.



- Gagnon, Jean H. *La franchise du Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2003 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2007, envoi n° 32).
- Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., mise à jour par Langlois Kronström Desjardins, sous la direction de Yan Bernard et autres. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1987.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd. Sainte-Foy, Que.: Presses de l'Université Laval, 1991.
- Jobin, Carol. "Statuts de salarié et d'employeur dans les lois du travail", dans *JurisClasseur Québec — Rapports individuels et collectifs du travail*, vol. 1, par Guylaine Vallée et Katherine Lippel, dir. Montréal: LexisNexis, 2009, fascicule 8 (feuilles mobiles mises à jour juillet 2018, envoi n° 17).
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2012.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2018.
- Mathieu, Paul-André. *La nature juridique du contrat de franchise*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1989.
- Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
- Perrault, Antonio. *Traité de droit commercial*, t. II. Montréal: Albert Lévesque, 1936.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.
- Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de l'économie et du travail. "Étude détaillée du projet de loi n° 75 — Loi modifiant la Loi sur les décrets de convention collective", *Journal des débats*, vol. 35, n° 30, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 6 décembre 1996.
- Québec. Ministère du Travail. *Rapport sur l'application de la Loi modifiant la Loi sur les décrets de convention collective*. Québec: Bibliothèque nationale du Québec, 2000.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, avec la collaboration de Simon Reid. Montréal: Wilson & Lafleur, 2016.
- Sylvestre, Chantal. "Le contrat de franchise", dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2, *Les contrats relatifs à l'entreprise*, par Denys-Claude Lamontage, dir. Cowansville: Yvon Blais, 1999.
- Gagnon, Jean H. *La franchise du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2007, envoi n° 32).
- Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., mise à jour par Langlois Kronström Desjardins, sous la direction de Yan Bernard et autres, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1987.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 1991.
- Jobin, Carol. « Statuts de salarié et d'employeur dans les lois du travail », dans *JurisClasseur Québec — Rapports individuels et collectifs du travail*, vol. 1, par Guylaine Vallée et Katherine Lippel, dir., Montréal, LexisNexis, 2009, fascicule 8 (feuilles mobiles mises à jour juillet 2018, envoi n° 17).
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2012.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2018.
- Mathieu, Paul-André. *La nature juridique du contrat de franchise*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1989.
- Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.
- Perrault, Antonio. *Traité de droit commercial*, t. II, Montréal, Albert Lévesque, 1936.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal, Thémis, 2001.
- Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de l'économie et du travail. « Étude détaillée du projet de loi n° 75 — Loi modifiant la Loi sur les décrets de convention collective », *Journal des débats*, vol. 35, n° 30, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 6 décembre 1996.
- Québec. Ministère du Travail. *Rapport sur l'application de la Loi modifiant la Loi sur les décrets de convention collective*, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 2000.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, avec la collaboration de Simon Reid, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016.
- Sylvestre, Chantal. « Le contrat de franchise », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2, *Les contrats relatifs à l'entreprise*, par Denys-Claude Lamontage, dir., Cowansville, Yvon Blais, 1999.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Kasirer, Morin and Bélanger JJ.A.), 2017 QCCA 1237, [2017] AZ-51418252, [2017] J.Q. No. 10958 (QL), 2017 CarswellQue 7138

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Kasirer, Morin et Bélanger), 2017 QCCA 1237, [2017] AZ-51418252, [2017] J.Q. n° 10958 (QL), 2017 CarswellQue 7138 (WL



(WL Can.), setting aside a decision of Lavoie J., 2016 QCCQ 1789, [2016] AZ-51267820, [2016] J.Q. No. 2589 (QL), 2016 CarswellQue 2561 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting.

*Marc-André Fabien, Frédéric Gilbert, Alain Gutkin and Christine Provencher, for the appellant.*

*Jacques Cantin, for the respondent.*

*Paul-André Mathieu, for the intervener.*

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Martin JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — The provision of cleaning services in public buildings located in the Quebec region are covered by a collective agreement: the *Decree respecting building service employees in the Québec region*, CQLR, c. D-2, r. 16. The *Decree*, or collective agreement, sets out minimum standards in the workplace, including wages, hours of work, holidays and overtime.

[2] The *Decree* in turn is governed by the *Act respecting collective agreement decrees*, CQLR, c. D-2. The purpose of the *Act* was to encourage the negotiation of collective agreements which would lead to improved working conditions for a greater number of workers. The *Act* also sought to achieve uniformity of working conditions within workplaces in the same industry and region. Section 22 para. 2(a) of the *Act* makes the Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec responsible for overseeing compliance with the *Decree*, which may exercise all recourses arising from the *Decree* “in favour of employees who have not caused a suit to be served”. Pursuant to s. 12 of the *Act*, employers cannot pay their employees less than the minimum set out in a decree.

[3] In light of the *Act's* remedial, benefit-conferring objectives, the Quebec Court of Appeal has held that the *Act* and the *Decrees* governed by it must be given a large and liberal interpretation (*Comité*

Can.), qui a infirmé une décision du juge Lavoie, 2016 QCCQ 1789, [2016] AZ-51267820, [2016] J.Q. n° 2589 (QL), 2016 CarswellQue 2561 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents.

*Marc-André Fabien, Frédéric Gilbert, Alain Gutkin et Christine Provencher, pour l'appelante.*

*Jacques Cantin, pour l'intimé.*

*Paul-André Mathieu, pour l'intervenant.*

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Martin rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La prestation de services d'entretien ménager dans les édifices publics situés dans la région de Québec est régie par une convention collective, le *Décret sur le personnel d'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, RLRQ, c. D-2, r. 16. Ce *Décret*, ou convention collective, prévoit des normes minimales notamment en matière de salaire, d'heures de travail, de vacances et d'heures supplémentaires en milieu de travail.

[2] Le *Décret* est quant à lui régi par la *Loi sur les décrets de convention collective*, RLRQ, c. D-2. Cette loi avait pour objet d'encourager la négociation de conventions collectives en vue d'améliorer les conditions de travail d'un plus grand nombre de travailleurs. Elle visait aussi à uniformiser les conditions de travail dans une même industrie et région. En vertu de l'art. 22 al. 2a) de la *Loi*, le Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec est chargé de surveiller l'observation du *Décret* et peut exercer les recours qui naissent du *Décret* « en faveur des salariés qui n'ont pas fait signifier de poursuite ». Suivant l'art. 12 de la *Loi*, les employeurs ne peuvent payer un salaire inférieur au salaire minimum prévu dans un décret.

[3] Étant donné que la *Loi* poursuit des objectifs réparateurs et qu'elle vise à conférer des avantages, la Cour d'appel du Québec a jugé que la *Loi* et les décrets qu'elle régit devaient recevoir une interprétation

*paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec v. Station de ski Le Valinouët Inc.* (1994), 63 Q.A.C. 143; *Québec (Office municipal d'habitation de) v. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2009 QCCA 2428). At its peak, the *Act* governed approximately 100 collective agreements. It now applies to 15, including the one at issue in this appeal.

[4] Related to its aims of protecting and promoting collective agreements in order to improve workplace conditions, s. 11 of the *Act* states that the provisions of a decree are of “public order”. Article 9 of the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*”) states that provisions of public order cannot be varied. That means that, if applicable, the provisions of the *Decree* are mandatory and cannot be changed.

[5] The dispute underlying this appeal is whether the *Decree* applies to the relationship between Modern Cleaning Concept Inc. and Francis Bourque because Mr. Bourque is an “employee” within the meaning of the *Act*. In resolving this dispute, this Court must determine whether the majority in the Court of Appeal (2017 QCCA 1237) was justified in intervening because the trial judge (2016 QCCQ 1789) committed a palpable and overriding error in concluding that the *Decree* did not apply.

[6] Modern provides cleaning and maintenance services in the Quebec region through a network of approximately 450 franchises. Its clients are typically small and medium sized businesses requiring cleaning services in multiple locations.

[7] Modern’s business model is to negotiate a master cleaning contract with its clients. It then assigns cleaning contracts for specific locations to its various franchisees, who perform the actual cleaning and maintenance work. The franchisees are not involved in negotiating the contracts with Modern’s clients.

large et libérale (*Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec c. Station de ski Le Valinouët Inc.* (1994), 63 Q.A.C. 143; *Québec (Office municipal d'habitation de) c. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2009 QCCA 2428). À son apogée, la *Loi* régissait environ 100 conventions collectives. Elle s’applique maintenant à 15 conventions collectives, dont celle en cause en l’espèce.

[4] Conformément à ses objectifs de protection et de promotion des conventions collectives en vue d’améliorer les conditions de travail, la *Loi* précise en son art. 11 que les dispositions d’un décret sont « d’ordre public ». L’article 9 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* ») prévoit quant à lui que les dispositions intéressant l’ordre public ne peuvent être modifiées, ce qui signifie que, si elles sont applicables, les dispositions du *Décret* sont impératives et ne peuvent être modifiées.

[5] Le litige à l’origine du présent pourvoi porte sur la question de savoir si le *Décret* s’applique à la relation liant Modern Concept d’entretien inc. à Francis Bourque au motif que ce dernier est un « salarié » au sens de la *Loi*. Pour le résoudre, la Cour doit déterminer si les juges majoritaires de la Cour d’appel (2017 QCCA 1237) étaient justifiés d’intervenir parce que le juge de première instance (2016 QCCQ 1789) a commis une erreur manifeste et déterminante en concluant que le *Décret* ne s’appliquait pas à cette relation.

[6] Modern fournit des services d’entretien ménager dans la région de Québec par l’entremise d’un réseau d’environ 450 franchises. Ses clients sont généralement des petites ou moyennes entreprises qui ont besoin de tels services à plusieurs endroits.

[7] Selon son modèle de gestion, Modern négocie un contrat-cadre d’entretien ménager avec ses clients. Elle cède ensuite des contrats d’entretien ménager pour des sites déterminés à ses divers franchisees, lesquels effectuent le travail d’entretien proprement dit. Les franchisees ne prennent pas part aux négociations des contrats conclus avec les clients de Modern.

[8] Modern negotiated a cleaning services contract with the National Bank of Canada in 2012 for approximately 400 of the Bank's locations. The agreement between Modern and the Bank stated that the contract would be assigned by Modern to franchisees who would perform the actual cleaning. Modern would, however, remain responsible to the Bank for the implementation of the contracts at each location. The contract also stated that the price of Modern's cleaning services would increase if the wages required under the *Decree* increased. Modern had a similar contractual relationship with the Société des alcools du Québec (SAQ).

[9] Francis Bourque owned and operated his own part-time cleaning business, Nettoyage Francis Bourque. His spouse, Jocelyne Fortin, helped him operate the business. Mr. Bourque first contacted Modern in 2013, when he learned that it was looking for a replacement cleaner at a SAQ branch. He initially took on this work as a subcontractor. Several months later, Mr. Bourque decided to become a franchisee. He signed the franchise agreement with Modern on January 1, 2014.

[10] The franchise agreement between Modern and Mr. Bourque is a lengthy document with multiple appendices. The preamble states that the franchisee, Mr. Bourque, would have [TRANSLATION] "complete control over the management of his operations, which involves a business risk as in any other business, for which **THE FRANCHISOR** is in no way a guarantor" (emphasis in original).

[11] The agreement stipulated that Mr. Bourque agreed to be assigned cleaning contracts and stated that he was an "independent contractor". Modern was to be indemnified for any and all suits, claims or other demands related to a failure to comply with any obligation in the agreement. Modern was also entitled to cancel Mr. Bourque's cleaning contracts on "mere notice".

[12] Mr. Bourque agreed to perform cleaning services exclusively through the franchise relationship, not to compete with Modern's network, and to use

[8] Modern a négocié un contrat de services d'entretien ménager avec la Banque Nationale du Canada en 2012 pour environ 400 sites. L'entente intervenue entre Modern et la Banque prévoyait que Modern céderait le contrat à des franchisés, lesquels effectueraient le travail d'entretien proprement dit. Modern resterait toutefois responsable envers la Banque de la mise en œuvre des contrats dans chacun des sites. L'entente stipulait en outre que le prix des services d'entretien ménager de Modern augmenterait si les salaires prévus au *Décret* augmentaient. Modern avait une relation contractuelle semblable avec la Société des alcools du Québec (SAQ).

[9] Francis Bourque était propriétaire de sa propre entreprise d'entretien ménager, Nettoyage Francis Bourque, qu'il exploitait à temps partiel avec l'aide de sa femme, Jocelyne Fortin. M. Bourque a contacté pour la première fois Modern en 2013, après avoir appris qu'elle cherchait un remplaçant pour l'entretien ménager d'une succursale de la SAQ. Il a d'abord effectué ce travail à titre de sous-traitant. Plusieurs mois plus tard, M. Bourque a décidé de devenir un franchisé. Il a signé le contrat de franchise avec Modern le 1<sup>er</sup> janvier 2014.

[10] Le contrat de franchise intervenu entre Modern et M. Bourque est un document volumineux renfermant de nombreuses annexes. Selon le préambule, le franchisé, M. Bourque, conservait « l'entier contrôle sur la gestion de son exploitation, laquelle comporte un risque d'affaires comme tout autre commerce dont **LE FRANCHISEUR** n'est pas garant d'aucune façon » (en caractères gras dans l'original).

[11] Le contrat stipulait que M. Bourque acceptait de se voir céder des contrats d'entretien ménager et qu'il était un « entrepreneur indépendant ». Modern devait être indemnisée advenant toute poursuite, réclamation ou autre demande liée au non-respect d'une quelconque obligation prévue au contrat. Modern avait aussi le droit d'annuler les contrats d'entretien ménager de M. Bourque sur « simple avis ».

[12] M. Bourque a accepté de fournir des services d'entretien ménager exclusivement dans le cadre de la relation de franchise, de ne pas faire concurrence

his own tools and equipment. He was required to identify himself as a member of the Modern network in relation to any business activity and was to immediately report any complaints he received from clients to Modern. Any of Mr. Bourque's employees deemed to be unacceptable to either Modern or one of its clients were to be let go. Modern's representatives were entitled to perform quality control checks at any time without prior notice. Any new cleaning opportunities had to be reported to Modern so that Modern could negotiate the contracts.

[13] In accordance with the franchise agreement, Modern billed the clients in Mr. Bourque's name. It paid Mr. Bourque by direct deposit after deducting the various amounts Mr. Bourque owed it. At any given time, Mr. Bourque could owe up to 43% of his revenue to Modern, including 25% paid in advance for the rights to the franchise and the acquisition of the first contract, plus 7% of gross revenue, 10% for administrative fees and up to 1% of annual gross revenue for publicity fees. Additionally, Mr. Bourque made loan arrangements with Modern to help him acquire the cleaning contracts and assist with the franchising costs. These arrangements were appended to the franchising agreement.

[14] Mr. Bourque was initially assigned cleaning contracts for one National Bank location and one branch of the SAQ. Over the next few months, Mr. Bourque was assigned cleaning contracts for three additional National Bank locations. He had limited interaction with the clients whose premises he cleaned. His spouse, Ms. Fortin, helped him perform the cleaning services.

[15] On May 31, 2014, after approximately five months of working within the Modern network, Mr. Bourque, increasingly frustrated by his lack of profits and inability to develop his business as he wished, terminated his franchise agreement and recommenced the operation of his own cleaning business.

[16] After the termination of the franchise agreement, the Comité investigated the relationship between Mr. Bourque and Modern. It concluded that the language of the franchise agreement was not

au réseau de Modern et d'utiliser ses propres outils et son propre matériel. Il devait se présenter comme partie au réseau de Modern pour toutes les activités relatives à son entreprise et signaler immédiatement à Modern toute plainte reçue des clients. Tout employé de M. Bourque jugé inacceptable par Modern ou l'un de ses clients devait être renvoyé. Les représentants de Modern avaient le droit d'effectuer des contrôles de qualité en tout temps et sans préavis. Pour pouvoir négocier les contrats, Modern devait être informée de toute nouvelle possibilité d'entretien ménager.

[13] Conformément au contrat de franchise, Modern facturait les services rendus aux clients au nom de M. Bourque. Elle payait celui-ci par dépôt direct, après déduction des diverses sommes qu'il lui devait. À tout moment, M. Bourque pouvait devoir verser à Modern jusqu'à 43 % de ses revenus : 25 %, payables d'avance, pour le droit de franchise et les frais d'acquisition du premier contrat, 7 % de ses revenus bruts, 10 % pour des frais d'administration et jusqu'à 1 % de ses revenus annuels bruts pour des frais de publicité. En outre, M. Bourque avait conclu avec Modern des ententes de prêt qui l'aidaient à acquérir les contrats d'entretien ménager et à payer les coûts de franchise. Ces ententes étaient annexées au contrat de franchise.

[14] M. Bourque s'est initialement vu céder des contrats d'entretien ménager pour un site de la Banque et une succursale de la SAQ. Au cours des mois qui ont suivi, de tels contrats lui ont été cédés pour trois autres sites de la Banque. Il avait des interactions limitées avec les clients des sites où il fournissait ses services d'entretien. Sa femme, M<sup>me</sup> Fortin, l'aidait dans la prestation de ceux-ci.

[15] Le 31 mai 2014, après environ cinq mois de travail dans le réseau de Modern, M. Bourque, de plus en plus frustré par l'absence de profits et son incapacité à développer son entreprise à sa guise, a résilié son contrat de franchise et a recommencé à exploiter sa propre entreprise d'entretien ménager.

[16] Après la résiliation du contrat de franchise, le Comité a enquêté sur la relation qui liait M. Bourque et Modern. Il a conclu que le libellé du contrat de franchise n'était pas déterminant quant à la réalité de

determinative of the reality of the relationship between Mr. Bourque and Modern, and that despite the language in the franchise agreement, Mr. Bourque was in fact an “employee” as defined by the *Act*, not an independent contractor. He was therefore entitled to be paid the mandatory wages and benefits set out in the *Decree*.

[17] On November 12, 2014, the Comité commenced proceedings against Modern in the Court of Quebec, claiming \$9,219.32 in unpaid wages and other benefits in relation to the cleaning services performed by Mr. Bourque and Ms. Fortin.

[18] The trial judge considered the relationship between Modern and Mr. Bourque to determine whether Mr. Bourque was an employee or independent contractor. He found that the following factors suggested Mr. Bourque was an independent contractor: he owned his own cleaning business; he acted as a subcontractor for Modern prior to becoming a franchisee; and Mr. Bourque hoped to enlarge his business. The factors the trial judge said supported Mr. Bourque being an employee included his inability to negotiate the terms of the franchise agreement; Modern’s ongoing supervision of his work; and the fact that Mr. Bourque’s clients paid Modern who then paid Mr. Bourque.

[19] In order to determine whether Mr. Bourque was actually an employee or an independent contractor, however, the trial judge emphasized Mr. Bourque’s intention. He concluded that Mr. Bourque clearly entered into the franchise relationship with the aim of expanding his own cleaning business. That the venture did not go as planned — due to Mr. Bourque’s dissatisfaction with Modern’s role as franchisor — did not, in the trial judge’s view, detract from Mr. Bourque’s actual purpose: to expand his own business.

[20] Relying on the language of the franchise agreement, the trial judge concluded that there was a common intention that Mr. Bourque would be an independent contractor, not an employee. Accordingly,

la relation entre M. Bourque et Modern, et que, malgré ce libellé, M. Bourque était en fait un « salarié » au sens de la *Loi*, et non un entrepreneur indépendant. M. Bourque était donc en droit de recevoir la rémunération et les avantages prescrits par le *Décret*.

[17] Le 12 novembre 2014, le Comité a introduit devant la Cour du Québec une procédure contre Modern dans laquelle il réclamait 9 219,32 \$ pour les salaires impayés et d’autres avantages liés aux services d’entretien ménager fournis par M. Bourque et M<sup>me</sup> Fortin.

[18] Le juge de première instance a examiné la relation entre Modern et M. Bourque pour déterminer si ce dernier était un salarié ou un entrepreneur indépendant. Il a conclu que les facteurs suivants tendaient à indiquer que M. Bourque était un entrepreneur indépendant : il était propriétaire de sa propre entreprise d’entretien ménager, il a agi comme sous-traitant de Modern avant de devenir un franchisé et il espérait agrandir son entreprise. Les facteurs qui, selon le juge du procès, appuyaient la thèse selon laquelle M. Bourque était un salarié comprenaient l’incapacité de celui-ci à négocier les conditions du contrat de franchise, la surveillance continue de son travail par Modern et le fait que ses clients payaient Modern, qui, ensuite, le rémunérait.

[19] Pour déterminer si M. Bourque était dans les faits un salarié ou un entrepreneur indépendant, le juge de première instance a toutefois insisté sur l’intention de M. Bourque. Il a conclu que ce dernier s’était clairement engagé dans la relation de franchise dans le but d’élargir sa propre entreprise d’entretien ménager. Selon le juge, le fait que les choses ne se soient pas déroulées comme prévu — en raison de l’insatisfaction de M. Bourque quant au rôle de Modern comme franchiseur — ne changeait en rien le véritable objectif poursuivi par M. Bourque, à savoir élargir sa propre entreprise.

[20] Se fondant sur le libellé du contrat de franchise, le juge de première instance a conclu qu’il y avait une intention commune voulant que M. Bourque soit un entrepreneur indépendant et non un salarié. Par



as an independent contractor, he was not entitled to the full amount claimed by the Comité on his behalf. He was, however, entitled to \$2,877.28, an amount Modern conceded it still owed him pursuant to the franchise agreement.

[21] Kasirer J.A., writing for a majority in the Court of Appeal, allowed the appeal. He held that the trial judge had misapprehended the nature of the tripartite contractual relationship between Modern, its clients and its franchisee, Mr. Bourque. Specifically, Kasirer J.A. was of the view that the trial judge had made a palpable and overriding error in failing to consider the nature of the assignments of the cleaning contracts from Modern to Mr. Bourque. By failing to recognize that Modern remained contractually liable to its clients, the trial judge erred in his analysis of whether Mr. Bourque was an employee or an independent contractor. Various elements of this tripartite model led the Court of Appeal to conclude that Mr. Bourque was an employee not an independent contractor and ordered Modern to pay the Comité the \$9,219.32 it claimed on behalf of Mr. Bourque and Ms. Fortin.

[22] For the following reasons, I agree with Kasirer J.A. that the trial judge's failure to consider the tripartite nature of Modern's business model was a palpable and overriding error warranting appellate intervention. This error caused the trial judge to err in his assessment of whether Mr. Bourque was an employee or an independent contractor.

### Analysis

[23] Two provisions of the *Act* are primarily engaged by this appeal, s. 1(g) which defines "professional employer", and s. 1(j) which defines "employee". The provisions state:

1. (g) "professional employer" means an employer who has in his employ one or more employees covered by the scope of application of a decree;

1. (j) "employee" means any apprentice, unskilled labourer or workman, skilled workman, journeyman, artisan,

conséquent, en tant qu'entrepreneur indépendant, celui-ci n'avait pas droit au montant total que le Comité réclamait en son nom. Il avait toutefois droit à 2 877,28 \$, somme que Modern a reconnu qu'elle lui devait toujours au titre du contrat de franchise.

[21] Exposant l'opinion majoritaire de la Cour d'appel, le juge Kasirer a accueilli l'appel. Il a estimé que le juge du procès avait mal compris la nature de la relation contractuelle tripartite qui liait Modern, ses clients et son franchisé, M. Bourque. Plus précisément, le juge Kasirer s'est dit d'avis qu'il avait commis une erreur manifeste et déterminante en ne tenant pas compte de la nature des cessions des contrats d'entretien ménager de Modern à M. Bourque. En ne reconnaissant pas que Modern demeurait contractuellement responsable envers ses clients, le juge de première instance a commis une erreur dans son analyse de la question de savoir si M. Bourque était un salarié ou un entrepreneur indépendant. Divers éléments de ce modèle tripartite ont amené la Cour d'appel à conclure que M. Bourque était un salarié et non un entrepreneur indépendant, et à ordonner à Modern de verser au Comité les 9 219,32 \$ réclamés au nom de M. Bourque et de M<sup>me</sup> Fortin.

[22] Pour les motifs qui suivent, je conviens avec le juge Kasirer que l'omission du juge de première instance de prendre en compte la nature tripartite du modèle de gestion de Modern constituait une erreur manifeste et déterminante justifiant une intervention en appel. En raison de cette erreur, le juge du procès a mal apprécié la question de savoir si M. Bourque était un salarié ou un entrepreneur indépendant.

### Analyse

[23] Il y a principalement deux dispositions en cause dans le présent pourvoi, les art. 1g) et j) de la *Loi*, qui définissent respectivement les termes « employeur professionnel » et « salarié » :

1. g) « employeur professionnel » désigne : un employeur qui a à son emploi un ou des salariés visés par le champ d'application d'un décret;

1. j) « salarié » signifie : tout apprenti, manœuvre ou ouvrier non spécialisé, ouvrier qualifié ou compagnon,



clerk or employee, working individually or in a crew or in partnership;

[24] The definitions of “employee” and “professional employer” are related: a professional employer is one who employs one or more employees covered by a *Decree* (see F. Morin et al., *Le droit de l'emploi au Québec* (4th ed. 2010), at para. III-508; *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics v. Caisse populaire Immaculée Conception de Sherbrooke*, 43 Q.A.C. 1, at paras. 13-15, per Proulx J.A.). I agree with Kasirer J.A. that the definition of “professional employer” must, like the definition of “employee”, be given a large and liberal interpretation in light of the remedial purposes of the *Act* and *Decree*.

[25] Consistent with those objectives, the definition of “employee” in the *Act* is broader than set out in the *C.C.Q.* Workers may therefore be considered “employees” for the purposes of the *Act* and *Decree* even if they would not be considered employees pursuant to other laws of Quebec. The fact that the franchise agreement identifies Mr. Bourque as a franchisee is not determinative. It also means that, contrary to the views of the dissenting judge in the Court of Appeal, the *Decree* can apply to relationships other than those governed by employment contracts. It can, in fact, apply to *any* contract in which one can conclude that an individual is in a relationship determined to be that of “employee” within the meaning of the *Act*.

[26] Part of that task, therefore, is interpreting “artisan”, listed in the definition of “employee” in the *Act*. Artisans are one such category of worker not generally seen to be an employee under Quebec labour legislation because artisans, like independent contractors, often exercise a great deal of autonomy (A. Perrault, *Traité de droit commercial* (1936), vol. II, at p. 225). As Professor Carol Jobin noted, the inclusion of artisan in the definition of “employee” indicates that the notion of employee in the *Act* has a greater reach than just what comes from an employment contract (“Statuts de salarié et d'employeur dans les lois du travail”, in *JurisClasseur Québec — Rapports individuels et collectifs du travail* (loose-leaf), vol. 1, by G. Vallée and K. Lippel, eds., fasc. 8,

artisan, commis ou employé qui travaille individuellement, en équipe ou en société;

[24] Les définitions de « salarié » et d'« employeur professionnel » sont liées : un employeur professionnel est un employeur qui emploie un ou des salariés visés par un décret (voir F. Morin et autres, *Le droit de l'emploi au Québec* (4<sup>e</sup> éd. 2010), par. III-508; *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics c. Caisse populaire Immaculée Conception de Sherbrooke*, 43 Q.A.C. 1, par. 13-15, le juge Proulx). Je conviens avec le juge Kasirer que la définition d'« employeur professionnel » doit, comme celle de « salarié », recevoir une interprétation large et libérale à la lumière des objectifs réparateurs de la *Loi* et du *Décret*.

[25] Conformément à ces objectifs, la définition de « salarié » prévue dans la *Loi* est plus large que celle qui figure dans le *C.c.Q.* Des travailleurs peuvent donc être considérés comme des « salariés » pour l'application de la *Loi* et du *Décret* même s'ils ne sont pas considérés comme des salariés aux termes d'autres textes législatifs québécois. Le fait que le contrat de franchise qualifie M. Bourque de franchise n'est pas déterminant. Cela signifie également que, contrairement aux opinions exprimées par le juge dissident de la Cour d'appel, le *Décret* peut s'appliquer aux relations autres que celles régies par des contrats de travail. Il peut, en fait, s'appliquer à *tout* contrat dont on peut conclure qu'il lie une personne à titre de « salarié » au sens de la *Loi*.

[26] La tâche consiste donc en partie à interpréter le terme « artisan » mentionné dans la définition de « salarié » prévue par la *Loi*. Les artisans sont un exemple de catégorie de travailleurs qui ne sont généralement pas considérés comme des salariés dans les lois québécoises du travail parce que, comme les entrepreneurs indépendants, ils jouissent souvent d'une grande autonomie (A. Perrault, *Traité de droit commercial* (1936), t. II, p. 225). Comme le professeur Carol Jobin l'a fait remarquer, l'inclusion des artisans dans la définition de « salarié » indique que la notion de salarié en vertu de la *Loi* a une portée plus étendue que celle qui découle du seul contrat de travail (« Statuts de salarié et d'employeur dans les lois du travail » dans *JurisClasseur Québec — Rapports*

at para. 145). The language of the French version of the *Act* clarifies further the wider breadth of the category of “employee”, defining a “salarié” as including an “employé”, not merely, as in the English, the use of the tautological “employee”. The inclusion of “artisan” in the *Act*’s definition of “employee” clearly demonstrate that the *Act* and the *Decree* apply to relationships other than those governed by employment contracts.

[27] The seemingly anomalous inclusion of “artisan” in the definition of “employee” in the *Act* has resulted in a body of jurisprudence to determine whether a worker is an artisan who is therefore covered by the *Act*, or an independent contractor. Two decisions of the Quebec Court of Appeal have grappled with this distinction. In *Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics v. Confédération des caisses populaires et d’économie Desjardins du Québec*, [1985] C.A. 17, the Court of Appeal established the test for distinguishing between an artisan and an independent contractor under s. 1(j) of the *Act*.

[28] In *Desjardins*, the Caisse populaire of St-Pascal-de-Maizerets had entered into an agreement with a worker to clean its premises. The worker owned his own cleaning business and used his own equipment. He was also responsible for ensuring that he had adequate staffing to complete the work. Some years later, he sold his cleaning business and the contracts he had with the Caisse populaire to Louis-Émile Girard, who carried on business under the name “Service d’Entretien Ménager Louis-Émile Girard Enr.”. The dispute in *Desjardins* centred upon whether the Caisse populaire was an employer within the meaning of the *Act*. In order to answer that question, it was necessary to determine whether the workers were “employees” as defined by the *Act*.

[29] After considering dictionary definitions of “artisan”, the Court of Appeal emphasized that artisans are those who perform mechanical or manual

*individuels et collectifs du travail* (feuilles mobiles), vol. 1, par G. Vallée et K. Lippel, dir., fasc. 8, par. 145). Le libellé de la version française de la *Loi* précise davantage l’élargissement de la catégorie des salariés en définissant le terme « salarié » (« *employee* » en anglais) comme incluant l’« employé », et non pas simplement, comme dans la version anglaise, en reprenant, de façon tautologique, le mot « *employee* » dans la définition d’« *employee* ». L’inclusion de l’« artisan » dans la définition de « salarié » figurant dans la *Loi* démontre clairement que la *Loi* et le *Décret* s’appliquent aux relations autres que celles régies par des contrats de travail.

[27] L’inclusion apparemment anormale de l’« artisan » dans la définition de « salarié » prévue dans la *Loi* a donné lieu à une jurisprudence où il s’agissait de déterminer si un travailleur donné était un artisan qui était donc visé par la *Loi*, ou un entrepreneur indépendant. La Cour d’appel du Québec a été saisie de la question de cette distinction dans deux arrêts. Dans *Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics c. Confédération des caisses populaires et d’économie Desjardins du Québec*, [1985] C.A. 17, elle a établi le critère permettant de faire la distinction entre un artisan et un entrepreneur indépendant au regard de l’art. 1j) de la *Loi*.

[28] Dans l’affaire *Desjardins*, la Caisse populaire de St-Pascal-de-Maizerets avait conclu une entente avec un travailleur pour l’entretien ménager de ses locaux. Le travailleur en question possédait sa propre entreprise d’entretien ménager et utilisait son propre matériel. Il devait aussi s’assurer qu’il disposait d’un nombre adéquat d’employés pour exécuter le travail. Quelques années plus tard, il a vendu son entreprise et les contrats qu’il avait conclus avec la Caisse populaire à Louis-Émile Girard, qui faisait affaire sous le nom de « Service d’Entretien Ménager Louis-Émile Girard Enr. ». Le litige dans *Desjardins* portait essentiellement sur la question de savoir si la Caisse populaire était un employeur au sens de la *Loi*. Pour répondre à cette question, il fallait déterminer si les travailleurs étaient des « salariés » visés par la *Loi*.

[29] Après avoir examiné les définitions du mot « artisan » dans des dictionnaires, la Cour d’appel a précisé que les artisans exercent un métier ou un art

trades or arts and that, generally, an artisan works alone or with a small enterprise. Jacques J.A. noted that despite the similarities between artisans and independent contractors, the legislation included artisans within the definition of “employee” in the *Act* in order to provide them with greater benefits and improved working conditions. The independence usually relied on to distinguish independent contractors from employees could not, therefore, be determinative in deciding who was entitled to legislated employment standards.

[30] The critical factor distinguishing artisans from independent contractors was held to be the respective degree of risk and the attendant ability to make a profit. The independent contractor, in attempting to generate profit, accepts the business risk. Artisans, on the other hand, do not. Jacques J.A. noted that this distinction was also reflected in French law where it is used to differentiate business contracts from employment contracts (see B. Boubli, “Contrat d’entreprise”, in É. Savaux, eds., *Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire du droit civil* (2nd ed. 1979), vol. IV, updated June 2018, at para. 11 et seq.).

[31] The acceptance of risk and attendant ability to make a profit were therefore found to be the primary indicia distinguishing artisans from independent contractors — independent contractors assume the risk of the business while artisans do not. Secondary indicia are also relevant in distinguishing artisans from independent contractors, including the ability to set working hours, and determine methods and manner of payment.

[32] Applied to the facts of the case, the Court of Appeal concluded that the risk of the enterprise, or business risk, was with the worker. He was free to create his own schedule and to use his own methods to complete the necessary work. He received remuneration in the form of a lump sum. The business risk — including having more or less work and the ability to control the pace of work — was the worker’s. He was, as a result, an independent contractor, not an artisan. As such, he was not an employee, the

mécanique ou manuel et qu’ils travaillent généralement seuls ou au sein d’une petite entreprise. Le juge Jacques a souligné que, malgré les similitudes entre les artisans et les entrepreneurs indépendants, la *Loi* incluait les artisans dans la définition de « salarié » pour leur conférer des avantages plus étendus et de meilleures conditions de travail. L’indépendance habituellement invoquée pour faire la distinction entre des entrepreneurs indépendants et des salariés ne pourrait donc pas être déterminante pour décider qui peut bénéficier des normes d’emploi établies par la loi.

[30] Dans cette affaire, il a été jugé que le facteur crucial pour différencier les artisans des entrepreneurs indépendants tenait au degré respectif de risque assumé et à la capacité correspondante de réaliser un profit. En essayant de générer un profit, l’entrepreneur indépendant accepte le risque d’entreprise, mais pas l’artisan. Le juge Jacques a fait remarquer que cette distinction est aussi présente en droit français et qu’elle sert à différencier le contrat d’entreprise du contrat de travail (voir B. Boubli, « Contrat d’entreprise », dans É. Savaux, dir., *Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil* (2<sup>e</sup> éd. 1979), t. IV, mise à jour juin 2018, par. 11 et suiv.).

[31] Il a donc été conclu que l’acceptation du risque et la capacité correspondante de réaliser un profit constituaient les premiers indices permettant de distinguer les artisans des entrepreneurs indépendants — les entrepreneurs indépendants assument le risque d’entreprise, mais pas les artisans. Des indices secondaires sont aussi utiles pour distinguer les artisans des entrepreneurs indépendants, notamment la possibilité d’établir les heures de travail et de déterminer les méthodes de travail et le mode de paiement.

[32] Appliquant cela aux faits de l’affaire, la Cour d’appel a conclu que le risque d’entreprise était assumé par le travailleur. Celui-ci était libre d’établir son propre horaire et d’utiliser ses propres méthodes pour effectuer les travaux nécessaires, et il recevait une rémunération forfaitaire. Le risque d’entreprise — notamment celui lié au fait d’avoir plus ou moins de travail et à la capacité de contrôler le rythme de travail — incombait au travailleur, lequel était donc un entrepreneur indépendant et non un

Caisse populaire was not a professional employer, and neither the *Act* nor *Decree* applied.

[33] The Court of Appeal returned to the issue in *Confection Coger Inc. v. Comité paritaire du vêtement pour dames*, [1986] R.J.Q. 153 (C.A.). The court was asked to determine whether the relationship between Coger and a group of female workers in the garment industry was an employment relationship, or whether the workers were independent contractors. The workers sometimes solicited work themselves and at other times received work from Coger. They were unable to set the price for their work. They were free, however, to set their own hours and do their work either in Coger's workshop or in their own homes. They owned their own equipment.

[34] To determine whether these workers were artisans and therefore employees in accordance with the *Act*, the Court of Appeal returned to the *Desjardins* "risk and profit" test. Once again, Jacques J.A. wrote for the court. He emphasized that the relevant risk is *business* risk, not simply any risk accepted by the worker in relation to his or her working conditions. Artisans, by virtue of their independence, will always have a degree of autonomy and will likely accept some risk in structuring their work. Even in circumstances where the worker owns his or her own equipment and is characterized as an independent contractor by tax law, as these women were, a worker may, for the purposes of s. 1(j) of the *Act*, nonetheless be characterized as an artisan and thus an "employee". The working relationship has to be examined in its entirety to determine who bears the business risk. If it is the worker, then he or she is properly characterized as an independent contractor. If not, the worker is an artisan, and, as a result, an employee for the purposes of the *Act*.

[35] Applying the law to the facts before it, the Court of Appeal concluded that the workers did not

artisan. En conséquence, le travailleur n'était pas un salarié, la Caisse populaire n'était pas un employeur professionnel, et ni la *Loi* ni le *Décret* ne s'appliquait.

[33] La Cour d'appel s'est penchée de nouveau sur la question dans *Confection Coger Inc. c. Comité paritaire du vêtement pour dames*, [1986] R.J.Q. 153 (C.A.). Elle a alors été appelée à déterminer si la relation entre Coger et un groupe de travailleuses de l'industrie de la confection était une relation d'emploi, ou si les travailleuses étaient plutôt des entrepreneures indépendantes. Les travailleuses sollicitaient parfois elles-mêmes du travail et recevaient parfois du travail de Coger. Elles ne pouvaient fixer le prix de leur travail. Il leur était toutefois loisible de décider de leurs heures de travail et d'accomplir celui-ci soit à l'atelier de Coger, soit à leur domicile. Elles possédaient par ailleurs leur propre matériel.

[34] Pour décider si ces travailleuses étaient des artisanes, et donc des salariées au sens de la *Loi*, la Cour d'appel est revenue au critère du « risque et profit » de l'arrêt *Desjardins*. Encore une fois, c'est le juge Jacques qui a rédigé les motifs de la cour. Il a souligné que le risque pertinent est le risque *d'entreprise*, et non simplement tout risque qu'accepte le travailleur en ce qui touche ses conditions de travail. En raison de leur indépendance, les artisans auront toujours un certain degré d'autonomie et accepteront vraisemblablement un certain risque dans l'organisation de leur travail. Même dans des circonstances où le travailleur possède son propre matériel et est considéré comme un entrepreneur indépendant en droit fiscal, comme c'était le cas des femmes en cause dans cette affaire, le travailleur peut quand même, pour l'application de l'art. 1j) de la *Loi*, être considéré comme un artisan et, partant, comme un « salarié ». La relation de travail doit être examinée dans son intégralité lorsqu'il s'agit de déterminer qui assume le risque d'entreprise. Si c'est le travailleur, celui-ci peut être considéré à bon droit comme un entrepreneur indépendant. Dans le cas contraire, le travailleur est un artisan et, par conséquent, un salarié pour l'application de la *Loi*.

[35] Appliquant la loi aux faits dont elle était saisie, la Cour d'appel a conclu que les travailleuses

assume the business risk and were therefore employees of Cogér. Cogér dictated the work to be done and the prices. While Cogér did not control the minutiae of the worker's daily activities, it set delivery times which effectively created deadlines for the work's completion. The *Decree*, as a result, applied to the relationship.

[36] The case law distinguishing independent contractors from artisans thus demands a highly contextual and fact-specific inquiry into the nature of the relationship in order to determine which party bears the business risk. The question is not one of comparative risk; rather, it is which party actually assumes the risk of the business.

[37] While, on the surface, the presence of a franchise relationship in this appeal distinguishes it from both *Desjardins* and *Cogér*, for the purposes of the *Act*, Mr. Bourque's status as a franchisee is not determinative. Instead, in accordance with *Desjardins* and *Cogér*, the inquiry must assess the actual nature of the relationship between the parties, regardless of the terms of and labels used in the franchise agreement. I agree with Kasirer J.A.: Modern's business structure must be examined as a whole to determine who assumed the business risk and attendant prospect of making a profit. This inquiry is consistent with the longer judicial tradition in Quebec of looking behind contracts to ascertain the true nature of the relationship of the parties (P. de Niverville et H. Ouimet, *Loi annotée sur les décrets de convention collective* (loose-leaf), at p. 27).

[38] The relevant question in this appeal is whether Mr. Bourque assumed the business risk and corresponding ability to make a profit that would qualify him as an independent contractor. The presence of a franchise agreement cannot function to disguise the presence of a relationship between an "employee" and "professional employer" as those terms are defined in the *Act*. This is consistent with the general principle that the desire to evade the application of a decree cannot overcome the reality of the contractual relationship (*Groupe d'entretien Salibec Inc. v. Québec (Procureur général)*, 1993 CanLII 4298 (Que.

n'assumaient pas le risque d'entreprise et étaient donc des salariées de Cogér. Cette entreprise dictait le travail à accomplir et les prix. Elle ne contrôlait pas les menus détails des activités quotidiennes des travailleuses, mais elle fixait les délais de livraison, ce qui dans les faits créait des échéances pour l'accomplissement du travail. Le *Décret* s'appliquait donc à la relation.

[36] La jurisprudence qui distingue les entrepreneurs indépendants des artisans exige donc une analyse hautement contextuelle et factuelle de la nature de la relation pour déterminer quelle partie assume le risque d'entreprise. Il ne s'agit pas de comparer les risques, mais plutôt de savoir quelle partie assume véritablement le risque d'entreprise.

[37] Bien qu'à première vue, la présence d'une relation de franchise dans le présent pourvoi distingue celui-ci des affaires *Desjardins* et *Cogér*, la qualité de franchisé de M. Bourque n'est pas déterminante pour l'application de la *Loi*. Il faut plutôt, suivant les arrêts *Desjardins* et *Cogér*, évaluer la nature véritable de la relation entre les parties, sans égard aux termes et dénominations utilisés dans le contrat de franchise. Je suis d'accord avec le juge Kasirer pour dire que la structure de l'entreprise de Modern doit être examinée dans son ensemble pour déterminer qui a assumé le risque d'entreprise et espérait en retour réaliser un profit. Cet examen s'inscrit dans la plus longue tradition judiciaire au Québec consistant à aller au-delà du contrat pour déterminer la nature véritable de la relation entre les parties (P. de Niverville et H. Ouimet, *Loi annotée sur les décrets de convention collective* (feuilles mobiles), p. 27).

[38] La question pertinente en l'espèce est de savoir si M. Bourque a assumé le risque d'entreprise et avait la capacité correspondante de réaliser un profit, ce qui permettrait de le considérer comme un entrepreneur indépendant. La présence d'un contrat de franchise ne peut servir à camoufler la présence d'une relation entre un « salarié » et un « employeur professionnel » au sens de la *Loi*. Cela est compatible avec le principe général selon lequel le désir de se soustraire à l'application d'un décret ne saurait l'emporter sur la réalité de la relation contractuelle (*Groupe d'entretien Salibec Inc. c. Québec*



C.A.)). This principle does not change in the case of franchise agreements (see *Parity Committee for the Building Services (Montreal Region) v. 4523423 Canada Inc. (Sani-Vie-Tech)*, 2011 QCCQ 12209, at para. 38 (CanLII)). To the extent that the reality of the relationship between the parties reveals that Mr. Bourque did not in fact assume the business risk and had no meaningful opportunity to make a profit, that relationship is subject to the *Decree*.

[39] Modern's business model requires it to enter into two types of contracts — cleaning service agreements with its clients like the Bank, and franchise agreements with individual cleaners, like Mr. Bourque. The terms of the contract between Modern and the Bank stipulated that the service contract would be assigned to a franchisee. After “purchasing” the cleaning contract from Modern, Mr. Bourque, as franchisee, agreed to perform the work in accordance with terms agreed to by Modern and the Bank as client. Kasirer J.A. properly characterized this business relationship as being tripartite in nature, since it involves three parties: the client requesting cleaning services, Modern which guarantees the quality and provision of services, and the franchisee who actually performs them.

[40] To fully understand this relationship, it is necessary to examine the nature of the assignments made by Modern. Quebec law, as Kasirer J.A. noted, draws a distinction between perfect and imperfect assignments. In a perfect — or true — assignment, the assignor transfers the rights and obligations it has under the contract to an assignee. The assignor is released from the assigned contract, and the assignee becomes bound as if it was the original party to the contract (see J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), by J. Pineau and S. Gaudet, at No. 505.1).

[41] In an imperfect assignment, however, the assignor is not released from its obligations under the contract: [TRANSLATION] “There is no *substitution* of a contracting party, [but] rather, a new contracting party is *added*” (D. Lluellas and B. Moore, *Droit*

*(Procureur général)*, 1993 CanLII 4298 (C.A. Qc)). Ce principe ne change pas dans le cas des contrats de franchise (voir *Parity Committee for the Building Services (Montreal Region) c. 4523423 Canada Inc. (Sani-Vie-Tech)*, 2011 QCCQ 12209, par. 38 (CanLII)). Dans la mesure où la réalité de la relation entre les parties révèle que M. Bourque n'a pas en fait assumé le risque d'entreprise et n'avait pas réellement la possibilité de réaliser un profit, cette relation est assujettie au *Décret*.

[39] Selon son modèle de gestion, Modern doit conclure deux types de contrats : des contrats de services d'entretien ménager avec ses clients, comme la Banque, et des contrats de franchise avec des individus qui s'occupent de l'entretien ménager, comme M. Bourque. Le contrat conclu entre Modern et la Banque stipulait que le contrat de services serait cédé à un franchisé. Après l'« acquisition » du contrat d'entretien ménager auprès de Modern, M. Bourque a accepté, à titre de franchisé, d'exécuter le travail conformément aux conditions convenues par Modern et la Banque en tant que cliente. Le juge Kasirer a correctement décrit cette relation d'entreprise comme étant de nature tripartite, car elle fait intervenir trois parties : le client, qui demande les services d'entretien ménager, Modern, qui garantit la qualité et la prestation des services, et le franchisé, qui fournit effectivement ceux-ci.

[40] Pour bien comprendre cette relation, il est nécessaire d'examiner la nature des cessions faites par Modern. Comme l'a souligné le juge Kasirer, le droit québécois établit une distinction entre les cessions parfaites et les cessions imparfaites. Dans une cession parfaite — ou véritable —, le cédant transfère à un cessionnaire les droits et les obligations qu'il a en vertu du contrat. Le cédant est libéré du contrat cédé, et le cessionnaire devient lié par celui-ci comme s'il avait été la partie initiale au contrat (voir J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4<sup>e</sup> éd. 2001), par J. Pineau et S. Gaudet, n<sup>o</sup> 505.1).

[41] Cependant, dans une cession imparfaite, le cédant n'est pas libéré de ses obligations en vertu du contrat : « Il n'y a [pas] *substitution* d'une partie contractante [. . .] mais, plutôt, *adjonction* d'un nouveau contractant » (D. Lluellas et B. Moore, *Droit*



*des obligations* (3rd ed. 2018), at No. 3217 (first emphasis added; second emphasis in original)). The assignor therefore remains contractually bound by the contract and the other party to the assigned contract will then have *two* parties it can pursue for the performance of the contract's obligations: the assignor and the assignee (see J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, Les obligations* (2004), at No. 1240; J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at Nos. 1028 and 1047-48).

[42] In the cleaning service agreements between Modern and its clients, the clients consented in advance to the assignment of the cleaning contracts to franchisees, but they did *not* consent to releasing Modern from the original service contract. The provisions of the service contract indicated that despite any subcontracting, assignment or franchising, Modern remained responsible for ensuring that the services were performed and for the quality of the cleaning services. The inclusion of an indemnity clause in the franchise agreement between Modern and Mr. Bourque does not change the fact that Modern remained liable to its clients if the cleaning services were not delivered in accordance with the contract between Modern and its client. The assignment of cleaning contracts by Modern are therefore “imperfect assignments” because a direct contractual link subsists between Modern and its client. The effect of this “imperfect” assignment was to create an ongoing tripartite relationship between Modern as franchisor, Mr. Bourque as franchisee, and the Bank as client. From the perspective of the Bank, both Modern *and* Mr. Bourque were obliged to perform the contract.

[43] Both the cleaning services contract and the franchise agreement must be considered to understand Modern's business model. By virtue of the imperfect assignment, Modern's cleaning services contract with the Bank and its franchise agreement with Mr. Bourque are inextricable. Mr. Bourque's non-performance of the cleaning contract would permit Modern to terminate the franchise agreement. Similarly, the renewal of the franchise agreement between Mr. Bourque and Modern was contingent on Mr. Bourque's compliance with the

*des obligations* (3<sup>e</sup> éd. 2018), n° 3217 (premier itaque ajouté, deuxième itaque dans l'original)). Le cédant reste donc lié par le contrat et l'autre partie au contrat cédé aura *deux* parties contre qui exercer un recours en ce qui a trait à l'exécution des obligations du contrat : le cédant et le cessionnaire (voir J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, Les obligations* (2004), n° 1240; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7<sup>e</sup> éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, nos 1028 et 1047-1048).

[42] Dans les contrats de services d'entretien ménager conclus entre Modern et ses clients, ces derniers ont consenti à l'avance à la cession des contrats d'entretien ménager à des franchisés, mais ils *n'*ont *pas* consenti à libérer Modern du contrat de services initial. Les dispositions du contrat de services indiquaient que, malgré toute sous-traitance, cession ou franchise, Modern devait continuer de s'assurer de la prestation des services d'entretien ménager et de la qualité de ceux-ci. L'inclusion d'une clause d'indemnisation dans le contrat de franchise entre Modern et M. Bourque ne change pas le fait que Modern n'était pas dégagée de ses responsabilités envers ses clients si la prestation des services d'entretien ménager ne respectait pas le contrat conclu entre Modern et ses clients. La cession des contrats d'entretien ménager par Modern constitue donc une « cession imparfaite » parce qu'il subsiste un lien contractuel direct entre Modern et ses clients. Cette cession « imparfaite » a eu pour effet de créer une relation tripartite continue entre Modern (franchiseur), M. Bourque (franchisé) et la Banque (cliente). Du point de vue de la Banque, Modern *et* M. Bourque avaient l'obligation d'exécuter le contrat.

[43] Il faut examiner le contrat de services d'entretien ménager et le contrat de franchise pour comprendre le modèle de gestion de Modern. En raison de la cession imparfaite, le contrat de services d'entretien ménager et le contrat de franchise — que Modern a conclus respectivement avec la Banque et M. Bourque — sont indissociables. La non-exécution du contrat d'entretien ménager par M. Bourque permettait à Modern de résilier le contrat de franchise. De même, le renouvellement du contrat de franchise entre M. Bourque et Modern dépendait du respect par M. Bourque des

obligations to the Bank as set out in the cleaning services contract.

[44] This, however, was overlooked by the trial judge. Instead, he only examined whether Mr. Bourque assumed some risks, not whether he assumed the business risk. In *Desjardins*, Jacques J.A. emphasized that artisans will always have a degree of autonomy. But the fact that an employee has a degree of autonomy and assumes some degree of risk does not mean that he or she bears the business risk, in the sense of being able to organize his or her business venture in order to make a profit. By failing to consider the tripartite relationship, the trial judge did not consider the business as a whole, and, as a result, improperly concluded that Mr. Bourque bore the business risk.

[45] As Kasirer J.A. noted, by virtue of its imperfect assignments, Modern's tripartite business model is distinct from most franchise models in which the franchisee has a direct, autonomous relationship with its clients independent of the franchisor. In those franchise models, it is only the franchisee who is contractually liable to the clients, and it is therefore the franchisee who will generally bear the risk of the business. By "imperfectly assigning" cleaning contracts to franchisees like Mr. Bourque, however, Modern maintained a direct relationship with its clients. I agree with the majority at the Court of Appeal that characterizing Mr. Bourque's business risk in light *only* of the franchise agreement, as the trial judge did, constituted a palpable and overriding error because it was an unduly narrow and restrictive one which obfuscated Modern's continuous contractual relationship with its client, a contractual relationship that placed the business risk squarely on Modern's shoulders. An understanding of this *tripartite* relationship is the indispensable context for applying the *Desjardins/Coger* test. The question asked by this test remains the same of whether or not the relationship is bipartite or tripartite in nature.

obligations envers la Banque, lesquelles étaient énoncées dans le contrat de services d'entretien ménager.

[44] Cela n'a toutefois pas été pris en considération par le juge de première instance. Ce dernier s'est plutôt uniquement demandé si M. Bourque assumait certains risques, et non pas s'il assumait le risque d'entreprise. Dans l'arrêt *Desjardins*, le juge Jacques a souligné que les artisans auront toujours un certain degré d'autonomie. Cependant, le fait qu'un salarié dispose d'un certain degré d'autonomie et assume un certain degré de risque ne signifie pas qu'il assume le risque d'entreprise, c'est-à-dire qu'il est capable d'organiser son entreprise en vue de réaliser un profit. En ne prenant pas en compte la relation tripartite, le juge du procès n'a pas considéré l'entreprise dans son ensemble et a donc conclu à tort que M. Bourque assumait le risque d'entreprise.

[45] Comme l'a souligné le juge Kasirer, en raison de ses cessions imparfaites, le modèle de gestion tripartite de Modern se distingue de la plupart des modèles de franchise dans lesquels le franchisé a une relation directe et autonome avec ses clients, indépendante de celle avec le franchiseur. Dans ces modèles de franchise, seul le franchisé a une responsabilité contractuelle envers les clients, et c'est par conséquent celui-ci qui assumera généralement le risque d'entreprise. En effectuant des « cessions imparfaites » de contrats d'entretien ménager à des franchisés comme M. Bourque, Modern maintenait toutefois une relation directe avec ses clients. À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, je suis d'avis qu'une caractérisation du risque d'entreprise auquel s'expose M. Bourque *uniquement* à la lumière du contrat de franchise, comme l'a fait le juge de première instance, constituait une erreur manifeste et déterminante, car il s'agit d'une caractérisation indûment étroite et restrictive occultant la relation contractuelle continue qu'entretenait Modern avec sa cliente, relation contractuelle qui faisait peser le risque d'entreprise directement sur les épaules de Modern. La compréhension de cette relation *tripartite* constitue le contexte indispensable dont il faut tenir compte pour appliquer le critère exposé dans les arrêts *Desjardins* et *Coger*. La question que pose ce critère demeure la même, c'est-à-dire celle de savoir si la relation est ou non de nature bilatérale ou tripartite.

[46] In light of Modern's ongoing liability to the Bank, the fact that Mr. Bourque and Modern agreed to a term stating that Mr. Bourque would be an independent contractor does not materially affect the analysis, as the trial judge concluded it did.

[47] Through the operation of the franchise agreement, Mr. Bourque accepted certain risks, including an indemnification clause to the effect that Modern could recover against him for any failure to comply with the terms of the cleaning contracts. Mr. Bourque also assumed some risks relating to any improper use of time, equipment and product. But as the Quebec Court of Appeal noted in *Coger*, artisans, by virtue of their independence, will typically accept some risk in connection with their workplace conditions. There is, however, a fundamental distinction between the risks assumed by workers relating to working conditions, and the *business risk*.

[48] By virtue of its imperfect assignment to Mr. Bourque and the terms of its cleaning service contract with the Bank, Modern retained the risk of contractual non-performance. From the Bank's perspective, as Modern's client, Modern's continued involvement was critical. As a stranger to the franchise agreement with Mr. Bourque, Modern's ability to demand that Mr. Bourque indemnify it was of no relevance to the Bank. Modern's preferred strategy in circumstances where a franchisee failed to perform the cleaning contract was, indeed, to pre-emptively take back the cleaning contract and assign it to another franchisee. This strategy allowed Modern to maintain good relations with its clients while avoiding potentially costly indemnification proceedings against the non-performing franchisee. This preventative strategy and desire to maintain a positive relationship with its clients resulted in the franchise agreement imposing extensive controls on Mr. Bourque so as to detect any non-performance as early as possible.

[49] Modern's ongoing liability to its clients by virtue of the imperfect assignments is inexorably

[46] Compte tenu de la responsabilité continue de Modern envers la Banque, le fait que M. Bourque et Modern ont convenu d'une clause portant que M. Bourque serait un entrepreneur indépendant n'a pas, contrairement à ce qu'a conclu le juge de première instance, d'incidence importante sur l'analyse.

[47] Par l'effet du contrat de franchise, M. Bourque a accepté certains risques, dont une clause d'indemnisation prévoyant que Modern pouvait se faire indemniser par celui-ci pour tout manquement aux conditions des contrats d'entretien ménager. Il assumait aussi certains risques liés à une mauvaise utilisation du temps, du matériel et des produits. Cependant, comme la Cour d'appel du Québec l'a fait remarquer dans l'arrêt *Coger*, les artisans acceptent habituellement, en raison de leur indépendance, certains risques associés à leurs conditions de travail. Il existe toutefois une distinction fondamentale entre les risques assumés par les travailleurs quant aux conditions de travail et le *risque d'entreprise*.

[48] En raison de sa cession imparfaite à M. Bourque et des conditions de son contrat de services d'entretien ménager avec la Banque, Modern a continué d'assumer le risque de la non-exécution du contrat. Du point de vue de la Banque — en tant que cliente de Modern —, la participation continue de Modern était cruciale. Par ailleurs, la capacité de Modern d'exiger que M. Bourque l'indemnise n'intéressait aucunement la Banque — en tant que partie étrangère au contrat de franchise conclu avec M. Bourque. En cas d'inexécution du contrat d'entretien ménager par un franchisé, la stratégie privilégiée de Modern consistait en fait à prendre les devants en lui enlevant le contrat et en le cédant à un autre franchisé. Cette stratégie permettait à Modern de maintenir de bonnes relations avec ses clients tout en évitant d'avoir à tenter des procédures en indemnisation potentiellement coûteuses contre le franchisé en défaut. En raison de cette stratégie préventive et du désir de Modern de maintenir une relation positive avec ses clients, le contrat de franchise imposait à M. Bourque d'importants contrôles pour que toute éventuelle inexécution de contrat puisse être détectée aussitôt que possible.

[49] La responsabilité continue de Modern envers ses clients du fait des cessions imparfaites est

linked to the controls it placed on Mr. Bourque through the franchise agreements. Modern, at all times, remained liable to its clients. The controls it placed on Mr. Bourque aimed to limit this liability. Modern's strategy to strictly control its franchisees, like Mr. Bourque, is the context for examining Modern's assumption of risk. These controls were critical because from the Bank's perspective it was Modern, not Mr. Bourque, who bore the risk of contractual non-performance. As Kasirer J.A. noted, Modern was well-rewarded for assuming this risk: Mr. Bourque could owe Modern up to 43% of his revenue.

[50] As part of its scheme, Modern limited Mr. Bourque's ability to organize his own business, and therefore also limited Mr. Bourque's prospect of making a profit. The terms of the agreement limited Mr. Bourque's ability to transfer his cleaning contracts to third parties. Despite the fact that Mr. Bourque had paid for obtaining the cleaning contracts, he was not free to transfer them — either by sale or assignment. Once Mr. Bourque terminated his relationship with Modern, it was Modern, *not* Mr. Bourque, who re-assigned the contracts which Mr. Bourque had paid to obtain. Modern had the option of repurchasing the cleaning contract if a franchisee decided either that he or she wanted to cease operating a particular franchise or leave the Modern network altogether, and Modern retained the right to oppose the transfer or sale of a cleaning contract to a third party. These measures permitted Modern to retain control over its network of franchises, critical for Modern's ongoing contractual relationship with — and liability to — its business clients.

[51] Further, the franchise agreement tightly controlled how franchisees could get new business. Mr. Bourque was bound by a non-competition clause. Any new cleaning contracts Mr. Bourque sought to obtain had to be submitted to Modern. Modern would then negotiate the master service contract with the new client. A franchisee would then be able to purchase the rights to the new client,

inexorablement liée aux contrôles qu'elle exerçait sur M. Bourque au moyen du contrat de franchise. Modern demeurait en tout temps responsable envers ses clients. Les contrôles qu'elle exerçait sur M. Bourque visaient à limiter cette responsabilité. La stratégie de Modern consistant à contrôler strictement ses franchisés, comme M. Bourque, constitue le contexte dont il faut tenir compte dans l'examen du risque assumé par Modern. Ces contrôles étaient cruciaux parce que, du point de vue de la Banque, c'était Modern, et non M. Bourque, qui assumait le risque de la non-exécution du contrat. Comme l'a souligné le juge Kasirer, Modern était bien dédommagée du risque qu'elle assumait, car M. Bourque pouvait devoir verser à cette entreprise jusqu'à 43 % de ses revenus.

[50] Le régime élaboré par Modern limitait la capacité de M. Bourque d'organiser sa propre entreprise et donc aussi sa possibilité de réaliser un profit. Les conditions de l'entente limitaient le pouvoir de M. Bourque de transférer ses contrats d'entretien ménager à des tiers. Bien qu'il ait payé pour obtenir les contrats en question, il ne lui était pas loisible de les transférer, ni par vente ni par cession. Après que M. Bourque a eu mis fin à sa relation avec Modern, c'est Modern, et *non* M. Bourque, qui a recédé les contrats pour l'obtention desquels ce dernier avait payé. Modern avait la possibilité de racheter le contrat d'entretien ménager si un franchisé décidait qu'il voulait cesser d'exploiter une franchise donnée ou quitter complètement son réseau, et conservait le droit de s'opposer au transfert ou à la vente d'un contrat d'entretien ménager à un tiers. Ces mesures permettaient à Modern de conserver le contrôle de son réseau de franchises, contrôle crucial pour la relation contractuelle continue de Modern avec ses clients d'entreprise et sa responsabilité envers eux.

[51] De plus, le contrat de franchise contrôlait rigoureusement la façon dont les franchisés pouvaient obtenir de nouveaux clients. M. Bourque était lié par une clause de non-concurrence. Tout nouveau contrat d'entretien ménager que M. Bourque voulait obtenir devait être soumis à Modern. Cette dernière pouvait alors négocier le contrat de services-cadres avec le nouveau client. Le franchisé pouvait ensuite

despite having brought the client to Modern's attention to begin with.

[52] Beyond these constraints on Mr. Bourque's ability to organize his own business, Modern exercised ongoing supervision over Mr. Bourque's work. At any time, Modern could access the locations serviced by Mr. Bourque. He was also required to document the work he completed. Ongoing supervision allowed Modern to minimize its business risk vis-à-vis its clients, which was critical to the success of Modern's business model given that it remained directly liable to its clients for non-performance. In contrast, Mr. Bourque had limited dealings with the employees of the Bank, which reported any complaints to Modern, not Mr. Bourque. When a Bank branch complained to Modern about Mr. Bourque's services, it was Modern which had the ability to — and did in fact — deduct Mr. Bourque's pay without discussing the complaint with Mr. Bourque.

[53] Moreover, Mr. Bourque's receipt of payment from Modern more closely resembled a salary than business revenue. Mr. Bourque received no direct payment from the clients, who paid Modern. Modern paid Mr. Bourque through direct deposit, *after* deducting amounts for franchising fees, the loans and the products sold by Modern to Mr. Bourque.

[54] Because of the imperfect assignments, Modern remained responsible to its clients. The extensive supervision and limits imposed on Mr. Bourque through the franchise agreement, restricting his ability to control, organize and expand his own business, were designed to protect Modern from the possibility of liability generated by Mr. Bourque's conduct. Modern, however, argues, unpersuasively, that the terms of its franchise agreement with Mr. Bourque merely complied with its obligations as a franchisor, that is, it controlled Mr. Bourque, a franchisee, in a manner that discharged its duties to support and enhance its brand.

acheter les droits à l'égard du nouveau client, même si c'était lui qui avait en premier lieu présenté le client à Modern.

[52] Outre l'imposition de ces limites à la capacité de M. Bourque d'organiser sa propre entreprise, Modern assurait la surveillance continue du travail de celui-ci. Modern pouvait se rendre en tout temps sur les sites où M. Bourque fournissait ses services. Ce dernier avait aussi l'obligation de documenter le travail effectué. La surveillance continue permettait à Modern de minimiser son risque d'entreprise à l'égard de ses clients, ce qui était crucial pour le succès de son modèle de gestion, puisqu'elle demeurerait directement responsable envers ses clients de la non-exécution des contrats. Pour sa part, M. Bourque avait des interactions limitées avec les employés de la Banque, lesquels adressaient leurs plaintes à Modern, et non à lui. Lorsqu'une succursale de la Banque se plaignait à Modern des services de M. Bourque, c'était Modern qui pouvait effectuer une déduction sur la rémunération de M. Bourque — et elle l'a effectivement fait — sans discuter de la plainte avec celui-ci.

[53] De plus, les paiements que M. Bourque recevait de Modern s'apparentaient beaucoup plus à un salaire qu'à un revenu d'entreprise. M. Bourque ne recevait aucun paiement direct des clients, qui payaient Modern. Cette dernière rémunérait M. Bourque au moyen d'un dépôt direct, *après* avoir déduit les sommes dues pour les redevances de franchise, les prêts et les produits que Modern vendait à M. Bourque.

[54] En raison des cessions imparfaites, Modern demeurerait responsable envers ses clients. La surveillance et les restrictions importantes imposées à M. Bourque par le contrat de franchise, qui limitaient la capacité de ce dernier de contrôler, d'organiser et d'agrandir sa propre entreprise, avaient pour but de protéger Modern d'une éventuelle responsabilité découlant de la conduite de M. Bourque. Modern fait toutefois valoir de façon peu convaincante que les conditions du contrat de franchise qu'elle a conclu avec M. Bourque visaient tout simplement à respecter ses obligations en tant que franchisseur, c'est-à-dire à contrôler M. Bourque, un franchisee, de manière à s'acquitter de son devoir de promouvoir et de rehausser sa marque.



[55] There is no provision of the *C.C.Q.* or any other Quebec legislation dealing specifically with franchise agreements. In *Dunkin' Brands Canada Ltd. v. Bertico Inc.* (2015), 41 B.L.R. (5th) 1, the Quebec Court of Appeal set out the obligations owed by a franchisor to its franchisees in a franchise relationship. Writing for the court, Kasirer J.A. emphasized that franchisors have an implied obligation to take reasonable measures to support their franchisees and maintain the strength and relevance of the brand, including measures to preserve the brand's goodwill in the marketplace. The franchisor owes this duty to each individual franchisee *and* to its entire network of franchisees in order to preserve the integrity of the franchise. To enhance the brand, the franchisor has a duty to assist the franchisees in adapting to a changing marketplace, in implementing reasonable measures to remain competitive, and in promoting ongoing innovation.

[56] The controls put in place by Modern undoubtedly align with some of the supervisory authority contemplated by *Dunkin' Brands*, since Modern, as franchisor, owed all of its franchisees a duty to protect and enhance the Modern brand. But, as previously noted, the fact that the relationship between Modern and Mr. Bourque was one of franchisor-franchisee does not answer the question of who assumed the acceptance of and remuneration for business risk. As *Desjardins* and *Coger* delineate, it is substance, not form, that is determinative. In the case before us, the extent of the controls placed on Mr. Bourque by Modern were necessary for Modern to organize and supervise the business risk since it remained in a direct contractual relationship with its clients. Modern limited Mr. Bourque's ability to organize his own business so that it could limit its own risk in its ongoing relationship with its clients, a risk it retained because of its imperfect assignment of cleaning contracts. Whether the arrangement is also consistent with the franchisor's obligations as set out in *Dunkin' Brands* is immaterial.

[55] Aucune disposition du *C.c.Q.* ou de tout autre texte législatif québécois ne porte précisément sur les contrats de franchise. Dans l'arrêt *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.* (2015), 41 B.L.R. (5th) 1, la Cour d'appel du Québec a énoncé les obligations du franchiseur envers ses franchisés dans une relation de franchise. S'exprimant au nom de la cour, le juge Kasirer a insisté sur le fait que les franchiseurs ont l'obligation implicite de prendre des mesures raisonnables pour appuyer leurs franchisés et maintenir la force et la pertinence de la marque, notamment des mesures pour préserver la clientèle de la marque au sein du marché. Le franchiseur a cette obligation envers chaque franchisé à titre individuel *et* tout son réseau de franchisés afin de préserver l'intégrité de la franchise. Pour rehausser la marque, le franchiseur est tenu d'aider les franchisés à s'adapter à un marché en évolution, en mettant en œuvre des mesures raisonnables pour demeurer concurrentiel et en favorisant l'innovation continue.

[56] Il ne fait aucun doute que les contrôles mis en place par Modern concordent en partie avec le pouvoir de surveillance prévu dans l'affaire *Dunkin' Brands*, étant donné que Modern, en tant que franchiseur, avait l'obligation envers tous ses franchisés de protéger et de rehausser la marque Modern. Cependant, comme je l'ai déjà mentionné, le fait que Modern avait une relation de franchiseur-franchisé avec M. Bourque ne répond pas à la question de savoir qui assumait l'acceptation et la rémunération du risque d'entreprise. Comme le précisent les arrêts *Desjardins* et *Coger*, c'est le fond, et non la forme, qui est déterminant. En l'espèce, l'étendue des contrôles exercés par Modern sur M. Bourque était nécessaire pour permettre à celle-ci d'organiser et de surveiller le risque d'entreprise puisqu'elle continuait d'avoir une relation contractuelle directe avec ses clients. Modern a limité la capacité de M. Bourque d'organiser sa propre entreprise afin de limiter son propre risque dans le cadre de sa relation continue avec ses clients, risque qu'elle a continué d'assumer en raison de sa cession imparfaite des contrats d'entretien ménager. La question de savoir si l'arrangement est également compatible avec les obligations du franchiseur énoncées dans *Dunkin' Brands* est non pertinente.



[57] Determining who bears the business risk is, of course, a fact-specific, contextual inquiry. There may be other circumstances in which a franchisee could be said to bear sufficient risks so as to assume the business risk of his or her enterprise and thus be considered an independent contractor.

[58] In this case, the trial judge's failure to consider the effect of the imperfect assignment of the cleaning contracts from Modern to Mr. Bourque, caused him to err in his application of the *Desjardins/Coger* test. At all times, both the cleaning services contract and franchise agreement governed Modern's business model. The effect of Modern's business model was that it, not Mr. Bourque, assumed the "risk and profit" of the business. Because of its tripartite business model and ongoing liability to its clients, Modern placed extensive controls on Mr. Bourque to limit its own business risk. Mr. Bourque did not assume the business risk and therefore it cannot be said that he was an independent contractor. I agree with the majority of the Court of Appeal that the trial judge's failure to consider the nature of the imperfect assignments at the heart of Modern's business model, and the resulting tripartite nature of the relationship between Modern, its clients and Mr. Bourque, was a palpable and overriding error which led to the improper application of the *Desjardins* and *Coger* tests.

[59] When Modern's tripartite business model is properly brought into the analysis, it becomes clear, as the Court of Appeal held, that it was Modern who assumed the business risk and ability to make a profit. Mr. Bourque therefore was an artisan, making him an employee under the *Act*. Given that Mr. Bourque and Ms. Fortin are employees within the meaning in the *Act*, Modern is correspondingly a "professional employer".

[60] The mandatory provisions of the *Act* and *Décret* therefore govern the relationship between Modern and Mr. Bourque. As a result, both Mr. Bourque

[57] Pour déterminer qui assume le risque d'entreprise, il faut évidemment effectuer une analyse factuelle et contextuelle. Il peut y avoir d'autres circonstances où il est possible de soutenir que les risques assumés par le franchisé sont suffisants pour permettre de considérer que celui-ci assume le risque d'entreprise et est donc un entrepreneur indépendant.

[58] Dans la présente affaire, l'omission du juge de première instance d'examiner l'effet de la cession imparfaite des contrats d'entretien ménager de Modern à M. Bourque l'a amené à commettre une erreur dans son application du critère énoncé dans les arrêts *Desjardins* et *Coger*. Le contrat de services d'entretien ménager et le contrat de franchise régissaient en tout temps le modèle de gestion de Modern. Suivant ce modèle de gestion, c'était Modern, et non M. Bourque, qui assumait les « risque et profit » de l'entreprise. En raison de son modèle de gestion tripartite et de sa responsabilité continue envers ses clients, Modern exerçait d'importants contrôles sur M. Bourque pour limiter son propre risque d'entreprise. M. Bourque n'assumait pas le risque d'entreprise et, par conséquent, ne pouvait être considéré comme un entrepreneur indépendant. Comme les juges majoritaires de la Cour d'appel, je suis d'avis que l'omission du juge du procès d'examiner la nature des cessions imparfaites au cœur du modèle de gestion de Modern, ainsi que la nature tripartite de la relation entre Modern, ses clients et M. Bourque qui en découle, constituait une erreur manifeste et déterminante qui a mené à une application irrégulière des critères établis dans les arrêts *Desjardins* et *Coger*.

[59] Lorsque le modèle de gestion tripartite de Modern est dûment pris en considération dans l'analyse, il devient manifeste, comme l'a conclu la Cour d'appel, que c'était Modern qui assumait le risque d'entreprise et pouvait réaliser un profit. M. Bourque était donc un artisan, ce qui faisait de lui un salarié aux termes de la *Loi*. Comme M. Bourque et M<sup>me</sup> Fortin sont des salariés au sens de la *Loi*, Modern est en conséquence un « employeur professionnel ».

[60] Les dispositions impératives de la *Loi* et du *Décret* régissent donc la relation entre Modern et M. Bourque. En conséquence, M. Bourque et

and Ms. Fortin are entitled to the wages and benefits claimed on their behalf by the Comité.

[61] Accordingly, the Court of Appeal properly intervened. I would dismiss the appeal with costs.

English version of the reasons delivered by

CÔTÉ, BROWN AND ROWE JJ. (dissenting) —

M<sup>me</sup> Fortin ont tous deux droit au salaire et aux avantages que réclame en leur nom le Comité.

[61] Par conséquent, la Cour d'appel est intervenue à bon droit. Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LES JUGES CÔTÉ, BROWN ET ROWE (dissidents) —

## TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Background and Judicial History</u> .....	63
II. <u>Issues and Standards for Intervention</u> .....	66
III. <u>Statutory Framework of the ACAD</u> .....	72
A. <i>History and Scheme of the ACAD</i> .....	72
B. <i>Scope of a Decree</i> .....	77
IV. <u>Status of Mr. Bourque Under the ACAD</u> .....	81
A. <i>Concept of Employee in the ACAD</i> .....	81
B. <i>Business Risk Test</i> .....	87
C. <i>Application to the Facts</i> .....	96
(1) <u>Trial Judge's Analysis of the Evidence</u> .....	98
(2) <u>Effect of the Imperfect Assignment of Cleaning Contracts on Business Risk</u> .....	106
V. <u>Status of Modern Under the ACAD</u> .....	116
A. <i>Concept of Professional Employer in the ACAD</i> .....	117
B. <i>Application to the Facts</i> .....	128
(1) <u>Supervision Exercised by the Franchisor</u> ...	129

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Contexte et historique judiciaire</u> .....	63
II. <u>Questions en litige et normes d'intervention</u> .....	66
III. <u>Le cadre législatif de la LDCC</u> .....	72
A. <i>L'historique et l'économie de la LDCC</i> .....	72
B. <i>Le champ d'application d'un décret</i> .....	77
IV. <u>Le statut de M. Bourque au regard de la LDCC</u> .....	81
A. <i>La notion de salarié au sens de la LDCC</i> .....	81
B. <i>Le critère du risque d'entreprise</i> .....	87
C. <i>Application aux faits</i> .....	96
(1) <u>L'analyse de la preuve par le juge du procès</u> .....	98
(2) <u>L'incidence de la cession imparfaite des contrats d'entretien sur le risque d'entreprise</u> .....	106
V. <u>Le statut de Modern au regard de la LDCC</u> .....	116
A. <i>La notion d'employeur professionnel dans la LDCC</i> .....	117
B. <i>Application aux faits</i> .....	128
(1) <u>La surveillance exercée par le franchiseur</u> ...	129

(2) Economic Dependence ..... 136  
 VI. Conclusion ..... 138

[62] We have carefully read our colleague’s reasons, which essentially reiterate the position stated by the majority of the Quebec Court of Appeal with regard to the effect of imperfect assignments of contracts. With respect, we believe that the reasoning underlying that position is flawed. The fact that the assignments of contracts between Modern Cleaning Concept Inc. (“Modern”) and Mr. Bourque were imperfect did not significantly affect the business risk assumed by Mr. Bourque, and therefore the trial judge’s failure to deal with this aspect of the contractual relationship between Modern and Mr. Bourque is not a reviewable error. The appeal should be allowed and the trial judge’s decision restored.

I. Background and Judicial History

[63] The appellant, Modern, operates a large network of cleaning and maintenance franchises. Francis Bourque, a contractor in the same field of activity, decided to join the network as a franchisee in the hope of enlarging his client base and expanding his own business. Modern therefore assigned him cleaning contracts with commercial clients, including branches of the National Bank (“Bank”). After just a few months, Mr. Bourque, who was not satisfied with the results, gave up his franchise and continued carrying on business under his own name.

[64] The respondent, the Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics de la région de Québec (“Parity Committee”), argued that Mr. Bourque and his spouse, Jocelyne Fortin, who worked with him, were in fact “employees” of Modern for the purposes of a specific statute, the *Act respecting collective agreement decrees*, CQLR, c. D-2 (“ACAD”). On this basis, the Parity Committee claimed \$9,219.32 on their behalf for wages that had allegedly not been paid.

[65] The Court of Quebec dismissed the action, finding that Mr. Bourque had been engaged in a

(2) La dépendance économique..... 136  
 VI. Conclusion ..... 138

[62] Nous avons lu avec attention les motifs de notre collègue, lesquels reprennent en substance la position exprimée par la Cour d’appel du Québec à la majorité quant à l’incidence des cessions imparfaites de contrats. Avec égards, nous croyons que le raisonnement qui sous-tend cette position est erroné. Le caractère imparfait des cessions de contrats entre Modern Concept d’entretien inc. (« Modern ») et M. Bourque n’a pas d’incidence significative sur le risque d’entreprise assumé par celui-ci, si bien que l’omission par le juge du procès de traiter de cet aspect de la relation contractuelle entre Modern et M. Bourque ne constitue pas une erreur révisable. Le pourvoi devrait être accueilli et le jugement de première instance rétabli.

I. Contexte et historique judiciaire

[63] L’appelante, Modern, exploite un vaste réseau de franchises dans le milieu de l’entretien ménager. M. Francis Bourque, un entrepreneur dans ce même secteur d’activités, décide d’adhérer au réseau à titre de franchisé dans l’espoir de développer sa clientèle et de faire croître sa propre entreprise. Modern lui cède alors des contrats d’entretien ménager auprès de clients commerciaux, notamment des succursales de la Banque Nationale (« Banque »). Après quelques mois seulement, insatisfait des résultats, M. Bourque abandonne sa franchise et poursuit ses affaires sous son propre nom.

[64] L’intimé, le Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics de la région de Québec (« Comité paritaire »), soutient que M. Bourque, ainsi que sa conjointe M<sup>me</sup> Jocelyne Fortin, qui travaillait avec lui, étaient en fait des « salariés » de Modern pour l’application d’une loi particulière, la *Loi sur les décrets de convention collective*, RLRQ, c. D-2 (« LDCC »). Sur cette base, le Comité paritaire réclame en leur nom une somme de 9 219,32 \$ en salaires qui n’auraient pas été payés.

[65] La Cour du Québec a rejeté l’action, estimant que M. Bourque était engagé dans un projet d’affaires

business venture involving a business risk that was incompatible with the status of “employee” under the *ACAD* (2016 QCCQ 1789). The Court of Appeal reversed that decision after concluding that the trial judge had erred in assessing that risk by failing to consider the imperfect nature of the assignments of contracts between Modern and its franchisees (2017 QCCA 1237). Morin J.A., dissenting, was of the view that Mr. Bourque could not be characterized as an employee for the purposes of the *ACAD* in the absence of a contract of employment within the meaning of the *Civil Code* (“C.C.Q.”).

## II. Issues and Standards for Intervention

[66] The appeal to this Court essentially raises two issues: was Mr. Bourque an employee within the meaning of the *ACAD* and, if so, was Modern his “professional employer” for the purposes of that statute?

[67] We begin by noting, with regard to Modern’s status under the *ACAD*, that the judge did not analyze this second issue directly. There is therefore no need to discuss the applicable standard for intervention in this regard, other than to note that the Court must defer to the relevant findings of fact made by the trial judge.

[68] The determination of Mr. Bourque’s status under the *ACAD* raises a question of mixed fact and law, since it involves applying a legal test — specifically the business risk test — to the facts of the case (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 26-37; *Prud’homme v. Prud’homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, at para. 66). One of the main points to consider is what the parties to the franchise agreement intended, including what risk Mr. Bourque intended to assume. In this regard, this Court recently noted in *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46, [2018] 3 S.C.R. 101, at paras. 49 and 147, that the interpretation of a contract is generally a question of mixed fact and law. The same is true with the characterization of a contract where it rests on the determination of the parties’ common intention, at least when regard must be had to extrinsic evidence, as is the case here (3091-5177 *Québec inc.*

qui comportait un risque d’entreprise incompatible avec le statut de « salarié » au sens de la *LDCC* (2016 QCCQ 1789). La Cour d’appel a infirmé cette décision après avoir conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans l’appréciation de ce risque en ne prenant pas en considération le caractère imparfait des cessions de contrats entre Modern et ses franchisés (2017 QCCA 1237). Le juge Morin, dissident, a estimé pour sa part que M. Bourque ne pouvait pas être qualifié de salarié pour l’application de la *LDCC* en l’absence d’un contrat de travail au sens du droit commun.

## II. Questions en litige et normes d’intervention

[66] Le pourvoi devant la Cour soulève essentiellement deux questions : M. Bourque est-il un salarié au sens de la *LDCC* et, dans l’affirmative, Modern est-elle son « employeur professionnel » pour l’application de cette loi?

[67] En ce qui concerne d’abord le statut de Modern au regard de la *LDCC*, le juge n’a pas analysé directement cette seconde question. Il n’y a donc pas lieu de débattre de la norme d’intervention applicable à cet égard, autrement que pour rappeler que la Cour doit faire preuve de déférence à l’endroit des conclusions de fait pertinentes du juge du procès.

[68] La détermination du statut de M. Bourque au regard de la *LDCC* soulève une question mixte de fait et de droit puisqu’il s’agit d’appliquer un critère juridique aux faits du dossier, en l’occurrence le critère du risque d’entreprise (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 26-37; *Prud’homme c. Prud’homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 66). L’un des principaux aspects à prendre en considération a trait à la détermination de l’intention des parties au contrat de franchise, notamment quant au risque que M. Bourque entendait assumer. À cet égard, notre Cour a rappelé récemment dans l’arrêt *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46, [2018] 3 R.C.S. 101, par. 49 et 147, que l’interprétation d’un contrat est en règle générale une question mixte de fait et de droit. Il en est de même de la qualification du contrat lorsque celle-ci repose sur la recherche de l’intention commune des parties, du moins s’il est nécessaire de recourir à des éléments de

(*Éconolodge Aéroport*) v. *Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2018 SCC 43, [2018] 3 S.C.R. 8, at paras. 18 and 59).

[69] Unless an exception applies, the standard for intervention in respect of questions of mixed fact and law is that of palpable and overriding error, which is a “highly deferential” standard (*Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at para. 38, citing *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31, at para. 46). Under this standard, an appellate court’s role is not to reconsider the evidence globally and reach its own conclusions, but simply to ensure that the trial judge’s conclusions — including the trial judge’s legal inferences — are supported by the evidence (*Housen*, at paras. 1, 4, 22-23 and 26; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 55; *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 79 (CanLII)).

[70] It is important to remember that “failure to discuss a relevant factor in depth, or even at all, is not in itself a sufficient basis for an appellate court to reconsider the evidence” (*Housen*, at para. 39). The trial judge is presumed to have considered the evidence in its entirety (*Housen*, at para. 72). As the Court noted in *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, at para. 15, “an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion”.

[71] Appellate intervention is warranted only where it is shown that a palpable error, that is, an error that is “plainly seen”, has affected the result (*Nelson (City) v. Mowatt*, 2017 SCC 8, [2017] 1 S.C.R. 138, at para. 38). If no palpable and overriding error is properly established, this Court must restore the trial judge’s decision, even if it considers the appellate court’s conclusions to be more persuasive in some respects (*H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at para. 74; see also *Nelson (City)*, at para. 38; *Salomon v.*

preuve extrinsèques, comme c’est le cas en l’espèce (3091-5177 *Québec inc. (Éconolodge Aéroport) c. Cie canadienne d’assurances générales Lombard*, 2018 CSC 43, [2018] 3 R.C.S. 8, par. 18 et 59).

[69] Sauf exception, les questions mixtes de fait et de droit sont soumises à la norme d’intervention de l’erreur manifeste et déterminante, une norme qui commande un « degré élevé de retenue » (*Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, par. 38, citant *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31, par. 46). En vertu de cette norme, le rôle d’une cour d’appel ne consiste pas à réexaminer la preuve globalement et à tirer ses propres conclusions, mais simplement à s’assurer que les conclusions du juge du procès — y compris ses inférences juridiques — trouvent appui dans la preuve (*Housen*, par. 1, 4, 22-23 et 26; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 55; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 79 (CanLII)).

[70] Il convient de rappeler que « l’omission d’examiner en profondeur un facteur pertinent, voire de ne pas l’examiner du tout, n’est pas en soi un fondement suffisant pour justifier une cour d’appel de réexaminer la preuve » (*Housen*, par. 39). De fait, le juge du procès est présumé avoir tenu compte de l’ensemble de la preuve (*Housen*, par. 72). Comme l’a signalé la Cour dans *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, par. 15, « une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d’examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée ».

[71] L’intervention d’une cour d’appel n’est justifiée que dans la mesure où il est démontré qu’une erreur manifeste, c’est-à-dire « évidente », a eu une incidence sur le résultat (*Nelson (City) c. Mowatt*, 2017 CSC 8, [2017] 1 R.C.S. 138, par. 38). Si l’existence d’une erreur manifeste et déterminante n’est pas dûment établie, il incombe à la Cour de rétablir la décision de première instance, et ce, même si les conclusions tirées par la cour d’appel lui paraissent à certains égards plus convaincantes (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1



*Matte-Thomson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729, at paras. 33 and 110; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at para. 36).

### III. Statutory Framework of the ACAD

#### A. *History and Scheme of the ACAD*

[72] The purpose of the ACAD is to provide for the juridical extension of a collective agreement, by means of a government decree, so that it binds all employees and employers working in a specific field of activity. The initial version of the statute, which was inspired by European legislation, was enacted in Quebec in 1934,<sup>1</sup> at a time when the labour movement was still relatively weak and legislated minimum labour standards were not stringent. The statute's original purpose was to promote the establishment of decent conditions of employment while ensuring that employers that granted concessions to their employees would remain competitive. In authorizing the government to issue a decree imposing conditions of employment negotiated by an association of employees and an employer on an entire field of activity, the statute reflected a compromise between state intervention, on the one hand, and negotiation on a voluntary basis by workers and employers, on the other (see J.-L. Dubé, *Décrets et comités paritaires: L'extension juridique des conventions collectives* (1990), at pp. 5-22).

[73] Over time, the mechanism of juridical extension of collective agreements has declined in importance. Whereas in 1948 there were nearly 100 decrees in Quebec governing labour relations between approximately 18,000 employers and 200,000 employees (Dubé, at p. 21), today there are only 15 decrees in force under the ACAD. In fields of activity like hairdressing, automotive services, cartage and cleaning and maintenance, to name just a few, juridical extension is still aimed at maintaining decent conditions of employment for certain classes of employees while preserving healthy competition among employers.

<sup>1</sup> *Collective Labour Agreements Extension Act*, S.Q. 1934, c. 56.

R.C.S. 401, par. 74; voir aussi *Nelson (City)*, par. 38; *Salomon c. Matte-Thomson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729, par. 33 et 110; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 36).

### III. Le cadre législatif de la LDCC

#### A. *L'historique et l'économie de la LDCC*

[72] La LDCC vise à permettre l'extension juridique, par décret du gouvernement, d'une convention collective de manière à lier tous les salariés et tous les employeurs œuvrant dans un secteur d'activité précis. D'inspiration européenne, la première mouture de la loi a été adoptée au Québec en 1934<sup>1</sup>, à une époque où le mouvement syndical était encore relativement faible et les normes minimales du travail établies par voie législative peu contraignantes. À l'origine, le but visé par la loi était de favoriser la mise en place de conditions de travail décentes, tout en assurant aux employeurs ayant consenti des concessions à leurs salariés qu'ils demeureraient concurrentiels. En permettant au gouvernement d'imposer par décret à l'ensemble d'un secteur d'activité des conditions de travail négociées entre une association de salariés et un employeur, la loi était le fruit d'un compromis entre, d'une part, l'intervention de l'État et, d'autre part, la négociation sur une base volontaire entre travailleurs et employeurs (voir J.-L. Dubé, *Décrets et comités paritaires : L'extension juridique des conventions collectives* (1990), p. 5-22).

[73] Le mécanisme de l'extension juridique des conventions collectives a perdu en importance au fil du temps. Si, en 1948, près de 100 décrets encadraient au Québec les relations de travail entre environ 18 000 employeurs et 200 000 salariés (Dubé, p. 21), seulement 15 décrets sont aujourd'hui en vigueur sous le régime de la LDCC. Dans des secteurs d'activités, tels la coiffure, les services automobiles, le camionnage ou l'entretien ménager, pour ne nommer que ceux-là, l'extension juridique vise, encore aujourd'hui, à maintenir des conditions de travail décentes pour certaines catégories de salariés, tout en préservant une saine concurrence entre employeurs.

<sup>1</sup> *Loi relative à l'extension des conventions collectives de travail*, S.Q. 1934, c. 56.



[74] The juridical extension mechanism works as follows. When a collective agreement is entered into by an association of employees and an employer, any party to the agreement may apply to the government to have its content imposed on others in the industry in a particular region (*ACAD*, s. 3). If, upon inspection, the application is considered admissible, the Minister must publish a notice specifying that any objection to the draft collective agreement extension must be filed within 45 days (or a shorter time in certain cases) (*ACAD*, s. 5). At the expiry of that time, the Minister may recommend that the government issue a decree ordering the extension of the collective agreement, with or without changes, if the Minister considers that the application meets the conditions set out in s. 6 *ACAD*, which concern matters such as the scope of the decree, the preponderant importance of the proposed conditions of employment and the absence of serious inconvenience for the enterprises concerned. Where appropriate, the government may then order that the collective agreement will, by juridical extension, bind all employees and employers within the geographical and sectoral limits provided for in the decree (*ACAD*, s. 2).

[75] Once in effect, the conditions of employment imposed by decree become minimum standards of public order from which the employers and employees concerned may not derogate (*ACAD*, ss. 11 to 12). However, as under the *Act respecting labour standards*, CQLR, c. N-1.1, the parties may, through a contract of employment, provide for conditions that are more advantageous for employees (*ACAD*, s. 13). A parity committee made up of employer and employee representatives is responsible for overseeing and ascertaining compliance with the decree (*ACAD*, s. 16). The parity committee may, among other things, receive the complaints filed by employers and employees (*ACAD*, s. 24), collect levies (*ACAD*, s. 22 para. 2(i)), inspect worksites (*ACAD*, s. 22 para. 2(e)), make claims on behalf of employees (*ACAD*, s. 22 para. 2(a)) and institute penal proceedings (*ACAD*, s. 52).

[76] The *ACAD* is considered remedial legislation because its purpose is to guarantee minimum conditions of employment and to prevent abuses in the industries concerned (see *Comité paritaire de*

[74] Le mécanisme de l'extension juridique fonctionne de la façon suivante. Lorsqu'une convention collective est conclue entre une association de salariés et un employeur, toute partie à la convention peut demander au gouvernement d'en imposer le contenu aux autres acteurs de l'industrie pour une région donnée (*LDCC*, art. 3). Si la demande est jugée recevable à première vue, le ministre publie un avis donnant 45 jours (ou moins dans certains cas) pour manifester toute objection au projet d'extension de la convention collective (*LDCC*, art. 5). À l'expiration de ce délai, le ministre peut recommander au gouvernement de décréter l'extension de la convention collective, avec ou sans modifications, s'il estime que les conditions de l'art. 6 *LDCC* sont respectées, notamment en ce qui a trait au champ d'application du décret, à l'importance prépondérante des conditions de travail proposées et à l'absence d'inconvénients sérieux pour les entreprises visées. S'il y a lieu, le gouvernement pourra alors décréter que la convention collective liera par extension juridique tous les salariés et employeurs compris à l'intérieur des limites géographiques et sectorielles prévues au décret (*LDCC*, art. 2).

[75] Une fois en vigueur, les conditions de travail ainsi décrétées deviennent des normes minimales d'ordre public auxquelles les employeurs et les salariés visés ne peuvent déroger (*LDCC*, art. 11 à 12). Comme c'est le cas pour la *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1, il sera toutefois loisible aux parties de prévoir par contrat de travail des conditions plus avantageuses pour les salariés (*LDCC*, art. 13). Un comité paritaire constitué de représentants des employeurs et des salariés est chargé de surveiller et d'assurer l'observation du décret (*LDCC*, art. 16). Celui-ci peut, notamment, recevoir les plaintes formulées par les employeurs et les salariés (*LDCC*, art. 24), percevoir des cotisations (*LDCC*, art. 22 al. 2i)), procéder à des inspections sur les lieux de travail (*LDCC*, art. 22 al. 2e)), effectuer des réclamations au nom des salariés (*LDCC*, art. 22 al. 2a)) ou intenter des poursuites pénales (*LDCC*, art. 52).

[76] La *LDCC* est considérée comme une loi remédialrice puisqu'elle vise à garantir des conditions minimales de travail et à prévenir les situations d'abus dans les industries visées (voir *Comité paritaire de*

*l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406, at p. 419; *Comité paritaire d'installation d'équipement pétrolier du Québec v. Entreprises Nipo Inc.* (1994), 65 Q.A.C. 29; *Comité paritaire des agents de sécurité v. Société de services en signalisation SSS inc.*, 2008 QCCS 335, at para. 31 (CanLII), aff'd 2009 QCCA 1787). The ACAD must therefore be given a large and liberal interpretation (*Société de services en signalisation SSS inc.* (Que. Sup. Ct.), at para. 38, citing *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec v. Station de ski Le Valinouët Inc.* (1994), 63 Q.A.C. 143).

#### B. *Scope of a Decree*

[77] In 1996, the government undertook a major reform of the ACAD in order to modernize it and harmonize it with the *Labour Code*, CQLR, c. C-27, and the *Act respecting labour standards (An Act to amend the Act respecting collective agreement decrees*, S.Q. 1996, c. 71). At the time of the reform, one of the legislature's concerns was with countering the practice of [TRANSLATION] "horizontal extension", whereby a decree was extended outside the fields contemplated when it was passed (Commission permanente de l'économie et du travail, "Étude détaillée du projet de loi n° 75 — Loi modifiant la Loi sur les décrets de convention collective", *Journal des débats*, vol. 35, No. 30, 2nd Sess., 35th Leg., December 6, 1996, at pp. 1-2; Ministère du Travail, *Rapport sur l'application de la Loi modifiant la Loi sur les décrets de convention collective* (2000), at pp. 28-29). To address that problem, the legislature amended the ACAD to ensure that the juridical extension mechanism could be used only in relation to employees and employers falling within the scope of a decree.

[78] Since that reform, the scope of a collective agreement decree has been defined by the interplay of ss. 1(g), 1(j) and 2 ACAD and by the sectoral and geographical parameters specified in the decree. Section 2 provides that the juridical extension of a collective agreement binds all *employees* and *professional employers* within the scope determined in the decree. Section 1(j) defines an *employee* as "any apprentice, unskilled labourer or workman, skilled workman, journeyman, artisan, clerk or employee,

*l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406, p. 419; *Comité paritaire d'installation d'équipement pétrolier du Québec c. Entreprises Nipo Inc.* (1994), 65 Q.A.C. 29; *Comité paritaire des agents de sécurité c. Société de services en signalisation SSS inc.*, 2008 QCCS 335, par. 31 (CanLII), conf. par 2009 QCCA 1787). À ce titre, la LDCC fait l'objet d'une interprétation large et libérale (*Société de services en signalisation SSS inc.* (C.S. Qc), par. 38, citant *Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec c. Station de ski Le Valinouët Inc.* (1994), 63 Q.A.C. 143).

#### B. *Le champ d'application d'un décret*

[77] En 1996, le gouvernement a procédé à une importante réforme de la LDCC visant à moderniser et à harmoniser cette loi avec le *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, et la *Loi sur les normes du travail (Loi modifiant la Loi sur les décrets de convention collective*, L.Q. 1996, c. 71). L'une des préoccupations du législateur au moment de la réforme était de contrer le phénomène dit de « l'extension horizontale », par lequel les décrets s'étendaient au-delà des secteurs envisagés au moment de leur adoption (Commission permanente de l'économie et du travail, « Étude détaillée du projet de loi n° 75 — Loi modifiant la Loi sur les décrets de convention collective », *Journal des débats*, vol. 35, n° 30, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 6 décembre 1996, p. 1-2; ministère du Travail, *Rapport sur l'application de la Loi modifiant la Loi sur les décrets de convention collective* (2000), p. 28-29). Pour régler ce problème, le législateur a modifié la LDCC et fait en sorte que le mécanisme de l'extension juridique ne puisse être utilisé qu'à l'égard des salariés et employeurs inclus dans le champ d'application du décret.

[78] Depuis cette réforme, la portée d'un décret de convention collective est définie par l'interaction des art. 1g), j) et 2 de la LDCC, et par les paramètres sectoriels et géographiques prévus au décret. L'article 2 prévoit que l'extension juridique d'une convention collective liera tous les *salariés* et tous les *employeurs professionnels* visés par le champ d'application défini dans le décret. L'article 1j) définit le *salarié* comme « tout apprenti, manœuvre ou ouvrier non spécialisé, ouvrier qualifié ou compagnon,

working individually or in a crew or in partnership”. Section 1(g) defines a *professional employer* as an employer that has in its employ one or more employees covered by the scope of application of a decree.

[79] Whether the conditions provided for in a decree apply to a worker must therefore be determined by first considering (1) whether the worker is an employee within the meaning of the *ACAD* and, if so, (2) whether he or she is within the scope determined in the decree. It is then necessary to identify a debtor bound by the decree, that is, a professional employer that employs the employee covered by the scope of application of the decree.

[80] In the instant case, it is not in dispute that the activities of Modern and its franchisees are within the parameters specified in the *Decree respecting building service employees in the Québec region*, CQLR, c. D-2, r. 16 (“*Decree*”), which applies to maintenance work performed for others in the Quebec region. The only issues before the trial judge were therefore whether Mr. Bourque was an employee within the meaning of the *ACAD* and, if so, whether Modern was his “professional employer”. The judge concluded that Mr. Bourque could not be characterized as an “employee”.

#### IV. Status of Mr. Bourque Under the ACAD

##### A. *Concept of Employee in the ACAD*

[81] The *ACAD* defines the term “employee” as follows:

In this Act and in its application, unless the context requires otherwise, the following words and expressions have the meaning hereinafter given to them:

...

“employee” means any apprentice, unskilled labourer or workman, skilled workman, journeyman, artisan, clerk or employee, working individually or in a crew or in partnership; [s. 1(j)]

[82] The concept of employee in the *ACAD* has been the subject of much discussion in light of the

artisan, commis ou employé qui travaille individuellement, en équipe ou en société ». Selon l’art. 1g), l’*employeur professionnel* est l’employeur qui a à son emploi un ou des salariés visés par le champ d’application d’un décret.

[79] Pour déterminer si un travailleur bénéficie des conditions prévues dans un décret, il faut donc dans un premier temps se demander (1) si ce travailleur est un salarié au sens de la *LDCC* et, dans l’affirmative, (2) s’il est visé par le champ d’application défini dans le décret. Dans un deuxième temps, il faut identifier un débiteur lié par le décret, soit un employeur professionnel qui emploie le salarié visé par le champ d’application du décret.

[80] Dans le présent dossier, il n’est pas contesté que les activités de Modern et de ses franchisés entrent dans les paramètres prévus au *Décret sur le personnel d’entretien d’édifices publics de la région de Québec*, RLRQ, c. D-2, r. 16 (« *Décret* »), c’est-à-dire le travail d’entretien effectué pour autrui dans la région de Québec. Les seules questions auxquelles le juge du procès devait répondre étaient donc de savoir si M. Bourque était un salarié au sens de la *LDCC* et, dans l’affirmative, si Modern était son « employeur professionnel ». Le juge a conclu que M. Bourque ne pouvait être qualifié de « salarié ».

#### IV. Le statut de M. Bourque au regard de la LDCC

##### A. *La notion de salarié au sens de la LDCC*

[81] La *LDCC* définit ainsi le terme « salarié » :

Dans la présente loi et son application, à moins que le contexte ne s’y oppose, les termes suivants ont le sens qui leur est ci-après donné :

...

« salarié » signifie : tout apprenti, manœuvre ou ouvrier non spécialisé, ouvrier qualifié ou compagnon, artisan, commis ou employé qui travaille individuellement, en équipe ou en société; [art. 1j)]

[82] La notion de salarié au sens de la *LDCC* a fait couler beaucoup d’encre étant donné la définition

broad and, to say the least, vague definition in s. 1(j). That being said, both the authors and the courts are of the view that the concept is broader in the *ACAD* than it is under the *Civil Code* because of the inclusion of the term “artisan” in the definition in the *ACAD* (*Comité paritaire de l’industrie de l’automobile des régions Saguenay Lac St-Jean v. Soucy* (1993), 60 Q.A.C. 76, at pp. 77-79; Dubé, at p. 54; R. P. Gagnon, L. LeBel and P. Verge, *Droit du travail* (2nd ed. 1991), at p. 556).

[83] Under the *Civil Code*, the concept of employee refers to a person who undertakes, for remuneration, to do work under the direction or control of an employer under a contract of employment (art. 2085 *C.C.Q.*). An agreement may be characterized as a contract of employment when the following three elements exist: performance of work by the employee, payment of wages by the employer and a relationship of subordination between the parties (*Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co.*, 2004 SCC 55, [2004] 3 S.C.R. 195, at para. 27; R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (7th ed. 2013), at p. 88; F. Morin et al., *Le droit de l’emploi au Québec* (4th ed. 2010), at para. II-52). The most important characteristic of a contract of employment is the legal subordination of the employee to the employer. This is what distinguishes a contract of employment from a contract of enterprise or for services governed by arts. 2098 et seq. of the *C.C.Q.* (see *Cabiakman*, at para. 28; *Dicom Express inc. v. Paiement*, 2009 QCCA 611, [2009] R.J.Q. 924, at para. 15; R. P. Gagnon (2013), at p. 90; M.-F. Bich, “Contracts of Employment”, in *Reform of the Civil Code*, vol. 2-B, *Obligations* (1993), 1, at p. 6).

[84] Unlike an employee within the meaning of the *Civil Code*, an artisan is not, in any true sense, subordinate to an employer in the performance of his or her work. Generally speaking, an artisan is a natural person who does manual work *on his or her own account*, alone or with the help of family members, journeypersons, workers or apprentices (C. Jobin, “Statuts de salarié et d’employeur dans les lois du travail”, in *JurisClasseur Québec — Rapports individuels et collectifs du travail* (loose-leaf), vol. 1, by G. Vallée and K. Lippel, eds., fasc. 8, at para. 146; Dubé, at pp. 40-43; M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de*

large et pour le moins imprécise de l’art. 1j). Cela dit, tant la doctrine que la jurisprudence considèrent que celle-ci déborde la notion de salarié au sens du droit commun compte tenu de l’inclusion du terme « artisan » dans la définition de salarié de la *LDCC* (*Comité paritaire de l’industrie de l’automobile des régions Saguenay Lac St-Jean c. Soucy* (1993), 60 Q.A.C. 76, p. 77-79; Dubé, p. 54; R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail* (2<sup>e</sup> éd. 1991), p. 556).

[83] Aux termes du *Code civil* (« *C.c.Q.* »), la notion de salarié renvoie à une personne qui s’oblige, moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d’un employeur en vertu d’un contrat de travail (art. 2085 *C.c.Q.*). Une convention peut être qualifiée de contrat de travail lorsque sont réunies les trois composantes suivantes : la prestation de travail du salarié, le versement du salaire par l’employeur et le lien de subordination qui prévaut entre les parties (*Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d’Assurance sur la Vie*, 2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195, par. 27; R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (7<sup>e</sup> éd. 2013), p. 88; F. Morin et autres, *Le droit de l’emploi au Québec* (4<sup>e</sup> éd. 2010), par. II-52). La caractéristique la plus importante du contrat de travail est la subordination juridique du salarié à son employeur. C’est elle qui permet de distinguer le contrat de travail du contrat d’entreprise ou de service régi par les art. 2098 et suiv. *C.c.Q.* (voir *Cabiakman*, par. 28; *Dicom Express inc. c. Paiement*, 2009 QCCA 611, [2009] R.J.Q. 924, par. 15; R. P. Gagnon (2013), p. 90; M.-F. Bich, « Le contrat de travail », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés* (1993), 741, p. 752).

[84] Contrairement au salarié au sens du *Code civil*, l’artisan n’est pas subordonné à un employeur au sens propre dans l’exécution de son travail. De façon générale, l’artisan est une personne physique qui travaille manuellement *pour son propre compte*, seul ou aidé des membres de sa famille, de compagnons, ouvriers ou apprentis (C. Jobin, « Statuts de salarié et d’employeur dans les lois du travail », dans *JurisClasseur Québec — Rapports individuels et collectifs du travail* (feuilles mobiles), vol. 1, par G. Vallée et K. Lippel, dir., fasc. 8, par. 146; Dubé, p. 40-43; M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de Droit dans*

*Droit dans les Rapports Collectifs du Travail* (1955), at pp. 143-44).

[85] In fact, an “artisan” will generally be a “contractor” in the civil law (A. Perrault, *Traité de droit commercial* (1936), vol. II, at pp. 225-26). The *Civil Code* defines a contract of enterprise (or for services) as “a contract by which a person, the contractor or the provider of services, as the case may be, undertakes to another person, the client, to carry out physical or intellectual work or to supply a service, for a price which the client binds himself to pay to him” (art. 2098 *C.C.Q.*). Because the artisan works on his or her own account, he or she generally enters into a contract of enterprise (or for services) with the client. As a contractor, the artisan is free to choose the means of performing the contract, and no relationship of subordination exists between him or her and the client (art. 2099 *C.C.Q.*). In other words, the artisan is legally independent of the client.

[86] Nevertheless, once an artisan performs work to which a decree applies, he or she becomes an “employee” within the meaning of the *ACAD* despite having a certain level of independence. The inclusion of the term “artisan” in s. 1(j) therefore means that the concept of “employee” in the *ACAD* has a broader scope than that which results solely from a contract of employment under the *Civil Code* (Jobin, at para. 145). In particular, the “legal subordination” that distinguishes a contract of employment and a contract of enterprise within the meaning of the *Civil Code* is not essential to the status of “employee” under the *ACAD* (Dubé, at pp. 43-44). In short, an artisan who is a contractor — and not an employee — within the meaning of the *Civil Code* may be considered to be an employee to whom the *ACAD* applies.

#### B. *Business Risk Test*

[87] However, not every contractor who personally, on his or her own account, performs manual work to which a decree applies is necessarily an “artisan” within the meaning of the *ACAD*. The prevailing view of the Quebec Court of Appeal is that there are some contractors who *prima facie* fit the definition of an artisan but to whom the *ACAD* does not apply because their activities are organized with a

*les Rapports Collectifs du Travail* (1955), p. 143-144).

[85] En fait, un « artisan » sera généralement, au regard du droit civil, un « entrepreneur » (A. Perrault, *Traité de droit commercial* (1936), t. II, p. 225-226). Le *Code civil* définit le contrat d’entreprise (ou de service) comme « celui par lequel une personne, selon le cas l’entrepreneur ou le prestataire de service, s’engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s’oblige à lui payer » (art. 2098 *C.c.Q.*). Comme l’artisan travaille à son compte, c’est généralement un contrat d’entreprise (ou de service) qu’il conclut avec le donneur d’ouvrage. À titre d’entrepreneur, il a le libre choix des moyens d’exécution du contrat et aucun lien de subordination n’existe entre lui et le client (art. 2099 *C.c.Q.*). En d’autres termes, il est juridiquement indépendant de son donneur d’ouvrage.

[86] Pourtant, à partir du moment où il effectue un travail visé par un décret, l’artisan devient, malgré le fait qu’il jouisse d’un certain niveau d’indépendance, un « salarié » au sens de la *LDCC*. La présence du terme « artisan » à l’art. 1j) signifie donc que la notion de « salarié » en vertu de la *LDCC* a une portée plus large que celle qui découle du seul contrat de travail en vertu du *Code civil* (Jobin, par. 145). Notamment, la « subordination juridique », qui distingue le contrat de travail et le contrat d’entreprise en droit commun, n’est pas essentielle au statut de « salarié » en vertu de la *LDCC* (Dubé, p. 43-44). En somme, l’artisan qui est un entrepreneur — et non un salarié — au sens du *Code civil* pourra être considéré comme un salarié assujetti à la *LDCC*.

#### B. *Le critère du risque d’entreprise*

[87] Cependant, tout entrepreneur qui exerce lui-même, à son compte, un travail manuel visé par un décret n’est pas pour autant un « artisan » au sens de la *LDCC*. La jurisprudence dominante de la Cour d’appel du Québec reconnaît que certains entrepreneurs qui correspondent à première vue à la définition d’artisan échappent à l’application de la *LDCC*, car leurs activités sont organisées à des fins de profit et



view to making a profit and, as a corollary, involve a [TRANSLATION] “business risk” (*Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics v. Confédération des caisses populaires et d’économie Desjardins du Québec*, [1985] C.A. 17 (Que.); *Confection Coger Inc. v. Comité paritaire du vêtement pour dames*, [1986] R.J.Q. 153; *Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics v. Caisse populaire Immaculée Conception de Sherbrooke* (1991), 43 Q.A.C. 1; *Québec (Procureur général) v. Groupe d’entretien Salibec inc.*, 1993 CanLII 4298 (Que. C.A.)).

[88] Indeed, some definitions of “artisan” reflect the limited risk incurred by such a person. For example, the *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2016) defines “artisan” as a person [TRANSLATION] “who works on his or her own account, lives off the profits from his or her manual work and, unlike a merchant, does not speculate on the labour he or she employs or the materials he or she uses” (p. 34; see also *Bérubé v. Tracto Inc.*, [1998] R.J.Q. 93 (C.A.), at pp. 99-100, as regards the distinction between an artisan and a merchant within the meaning of the *Consumer Protection Act*, CQLR, c. P-40.1). For the purposes of the *ACAD*, there is thus a distinction between an artisan, who is a contractor within the meaning of the *Civil Code* but nonetheless an employee subject to the *ACAD*, and other contractors who are not considered to be artisans because of the degree to which their activities are organized and the business risk they assume.

[89] In *Desjardins*, the Court of Appeal found that the primary test for differentiating a contractor from an artisan is [TRANSLATION] “organization for the purpose of profit, that is, acceptance of and remuneration for risk”, which is incompatible with the concept of artisan in the *ACAD*:

[TRANSLATION] However, a contract of enterprise is very similar to the contract entered into by an artisan, given that artisans and contractors are legally independent of their clients [Antonio Perrault. *Traité de droit commercial*. Volume II. Montréal: Albert Lévesque, 1936, at p. 225]. This is a shared characteristic.

Notwithstanding this shared characteristic, the legislature has included artisans in its definition of “employee” in

présentent, corollairement, un « risque d’entreprise » (*Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics c. Confédération des caisses populaires et d’économie Desjardins du Québec*, [1985] C.A. 17 (Qc); *Confection Coger Inc. c. Comité paritaire du vêtement pour dames*, [1986] R.J.Q. 153; *Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics c. Caisse populaire Immaculée Conception de Sherbrooke* (1991), 43 Q.A.C. 1; *Québec (Procureur général) c. Groupe d’entretien Salibec Inc.*, 1993 CanLII 4298 (C.A. Qc)).

[88] Certaines définitions de l’« artisan » font d’ailleurs écho au risque limité auquel s’expose celui-ci. Le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2016), par exemple, le définit comme une personne « qui travaille à son compte et vit du profit de son travail manuel et qui, contrairement au commerçant, ne spéculé pas sur la main-d’œuvre qu’elle emploie ni sur les matériaux qu’elle utilise » (p. 34; voir aussi *Bérubé c. Tracto Inc.*, [1998] R.J.Q. 93 (C.A.), p. 99-100, sur la distinction entre l’artisan et le commerçant au sens de la *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1). Pour l’application de la *LDCC*, il existe donc une distinction entre l’artisan, qui est un entrepreneur au sens du *Code civil*, mais néanmoins un salarié assujéti à la Loi, et les autres entrepreneurs qui ne sont pas considérés comme des artisans en raison du degré d’organisation de leurs activités et du risque d’entreprise qu’ils assument.

[89] C’est dans *Desjardins* que la Cour d’appel a retenu comme principal critère de démarcation l’« organisation dans un but de profit; i.e. l’acceptation et la rémunération du risque », laquelle serait incompatible avec la notion d’artisan au sens de la *LDCC* :

Le contrat d’entreprise se rapproche cependant beaucoup de celui que conclut l’artisan, l’artisan et l’entrepreneur étant indépendants juridiquement du donneur d’ouvrage [Antonio Perrault. *Traité de droit commercial*. Tome II. Montréal : Albert Lévesque, 1936, p. 225]. C’est là une caractéristique commune.

Nonobstant cette coïncidence d’une caractéristique, le législateur a inclus les artisans dans sa définition de



order to provide them with conditions of employment that are not “unjust” [see the preamble to the original statute, the *Minimum Wage Act*, S.Q. 1940, c. 39].

This characteristic is therefore not what distinguishes the case of an artisan who is subject to the decree from that of a contractor who is not.

The most important factor that differentiates a contractor’s contract from an artisan’s is that an enterprise involves organization for the purpose of profit, that is, acceptance of and remuneration for risk, whereas this aspect is missing from the contract entered into by an artisan. This is one of the distinctions identified by the French courts for differentiating a contract of enterprise from a contract of employment [Dalloz. *Répertoire de droit civil*. Volume III. Edited by Pierre Raynaud. Paris: Jurisprudence générale Dalloz. See “contrat d’entreprise”, section 2, paragraph II]:

Nonetheless, *remuneration* based on the work performed is often indicative of a contract of enterprise (Soc., Dec. 2, 1970, *Bull. civ.* V, No. 683), whereas “the absence of an additional amount” as consideration for liability or risk is “likely to preclude the existence of such a contract” (Soc., July 19, 1968, *Bull. civ.* V, No. 400).

In my opinion, acceptance of and remuneration for risk are what differentiate an artisan from a contractor in the strict sense where the statute treats artisans, but not contractors, as employees.

Other secondary factors are freedom to determine work methods and schedules as well as aggregate, lump-sum payment. They may make it possible to characterize the contract where they coexist with business risk. [Emphasis added; p. 20.]

[90] In *Coger*, the Court of Appeal noted that a worker who assumes a [TRANSLATION] “business risk” cannot be characterized as an artisan within the meaning of the *ACAD*. Though not explicitly stated in the relevant case law, it stands to reason that this business risk must go beyond the risk that any artisan assumes, such as the risk of defective work tools or inefficient work methods.

[91] Further, we are of the view that the business risk must be a real one and that the worker must

salariés, et cela, afin de leur assurer des conditions de travail conformes à « l’équité » [voir le préambule de la loi organique *Loi du salaire minimum*, S.Q. 1940, c. 39].

Ce n’est donc pas cette caractéristique qui permet de distinguer le cas de l’artisan soumis au décret de celui de l’entrepreneur qui ne l’est pas.

L’indice le plus important qui différencie le contrat de l’entrepreneur de celui de l’artisan est que l’entreprise comporte une organisation dans un but de profit, i.e. l’acceptation et la rémunération du risque, alors que cet aspect est absent du contrat que conclut l’artisan. C’est là l’une des distinctions retenues par la jurisprudence française pour différencier le contrat d’entreprise du contrat de travail [Dalloz. *Répertoire de droit civil*. Tome III. Publié sous la direction de Pierre Raynaud. Paris : Jurisprudence générale Dalloz. Voir contrat d’entreprise, section 2, paragraphe II] :

Néanmoins la *rémunération* selon le travail fourni est souvent révélatrice du contrat d’entreprise (Soc. 2 déc. 1970, *Bull. civ.* V, n° 683), alors que « l’absence de supplément » en contrepartie d’une responsabilité ou d’un risque est de « nature à exclure l’existence d’un tel contrat » (Soc. 19 juill. 1968, *Bull. civ.* V, n° 400).

Je suis d’avis que l’acceptation et la rémunération du risque s’appliquent pour différencier l’artisan de l’entrepreneur proprement dit lorsque la loi assimile l’artisan à un salarié sans pour autant toucher l’entrepreneur.

D’autres indices secondaires sont la liberté des horaires et des méthodes de travail, le paiement global et forfaitaire. Ils peuvent permettre de qualifier le contrat s’il y a corrélation avec le risque de l’affaire. [Nous soulignons; p. 20.]

[90] Dans *Coger*, la Cour d’appel a précisé qu’un travailleur qui assume le « risque de l’entreprise » ne pourra être qualifié d’artisan au sens de la *LDCC*. Bien que ce ne soit pas mentionné explicitement dans la jurisprudence pertinente, il va de soi que ce risque d’entreprise doit aller au-delà du risque que tout artisan assume lui aussi, par exemple la défektivité de ses outils de travail ou des méthodes de travail inefficaces.

[91] En outre, nous sommes d’avis que le risque d’entreprise doit être réel et que, par ailleurs, le

intend to assume it. In other words, the court must ask whether the worker intended — in fact and in light of the evidence — to *accept* a real business risk in order to make a profit.

[92] In assessing the business risk test, the court must consider a series of factors. The relevant secondary factors include ownership of the work tools, the method of remuneration and the degree of freedom in the performance of the work, to the extent that these factors reflect the risk assumed (see *Desjardins* and *Coger*).

[93] In this regard, the terms of the contracts entered into by the worker and his or her clients or business partners are relevant but not in themselves determinative: [TRANSLATION] “[T]he appellants’ desire to avoid the application of the decree cannot obstruct the reality that penetrates the shield of the contract” (*Salibec*, at p. 3). As summed up by the trial judge in the instant case, [TRANSLATION] “beyond the legal organization of the work activity performed, there is a clear preponderance of facts, **concrete** reality, revealing . . . how the work is actually organized” (para. 123 (emphasis in original)).

[94] The business risk test remains the same regardless of whether the contractual relationship in issue is bipartite or tripartite in nature, including in the context of a franchise agreement. In each case, the purpose of the analysis is simply to determine whether the worker assumes a business risk. Contrary to what our colleague suggests (paras. 37-38), it is not a matter of establishing which party to a contract assumes *the* business risk, as if there could be only one risk. The parties each incur such risks at the same time. With respect, it is completely artificial to say that a business risk always rests with *just one* of the parties to a contract, whatever the nature of the business relationship.

[95] *Desjardins* and *Coger* do not support our colleague’s approach. The former case dealt with the relationship between a contractor and his client,

travailleur doit avoir l’intention de l’assumer. Autrement dit, le tribunal doit se demander si le travailleur avait — dans les faits et à la lumière de la preuve — l’intention d’*accepter* un véritable risque d’entreprise, et ce, afin de réaliser un profit.

[92] Dans son appréciation du critère du risque d’entreprise, le tribunal doit tenir compte d’un ensemble de facteurs. Parmi les indices secondaires pertinents, on compte notamment la propriété des outils de travail, le mode de rémunération et le degré de liberté dans l’exécution du travail, dans la mesure où ces indices témoignent du risque assumé (voir *Desjardins* et *Coger*).

[93] À cet égard, les termes des contrats conclus entre le travailleur et ses donneurs d’ouvrage ou ses partenaires d’affaires sont pertinents, mais ne sont pas en eux-mêmes déterminants : « [L]a volonté des appelants de se soustraire à l’application du décret ne peut faire obstacle à la réalité qui transparait au travers du rempart contractuel » (*Salibec*, p. 3). Comme l’a résumé le juge du procès en l’espèce, « au-delà de l’organisation juridique de l’activité de travail qui est exercée, il y a une nette prédominance des faits, soit la réalité **in concreto**, pour découvrir [. . .] la véritable organisation du travail » (par. 123 (en caractères gras dans l’original)).

[94] Le critère du risque d’entreprise demeure le même que les relations contractuelles en cause soient bilatérales ou tripartites, y compris dans le contexte d’un contrat de franchise. Dans tous les cas, l’analyse vise simplement à déterminer si le travailleur assume ou non un risque d’entreprise. Contrairement à ce que notre collègue suggère (par. 37-38), il ne s’agit pas d’établir qui, parmi les parties à un contrat, assume *le* risque d’entreprise, comme s’il ne pouvait y en avoir qu’un seul. Chaque partie s’expose à de tels risques en parallèle. Avec égards, il est tout à fait artificiel de soutenir qu’un risque d’entreprise pèse toujours sur *une seule* des parties à un contrat, quelle que soit la nature de la relation d’affaires.

[95] Les arrêts *Desjardins* et *Coger* n’appuient pas l’approche de notre collègue. Le premier dossier traitait de la relation entre un entrepreneur et

while the latter dealt with the relationship between an employer and its employees within the meaning of the *Civil Code*. In both cases, only one of the two parties actually assumed a business risk. But it cannot be inferred that this will always be the case, particularly in a tripartite relationship. Fundamentally, the level of risk assumed by the party performing the work is what determines whether that party can be characterized as an artisan within the meaning of the *ACAD*, regardless of the fact that another party also incurs a business risk, for example by assuming liability for the same contractual obligations.

### C. *Application to the Facts*

[96] The trial judge concluded that Mr. Bourque and his spouse, Ms. Fortin, were not employees within the meaning of the *ACAD* and denied the claim made by the Parity Committee on their behalf.<sup>2</sup> His analysis of the evidence shows that Mr. Bourque entered into an agreement with Modern under which he assumed a business risk in order to make a profit. This meant that he could not be characterized as an artisan or, consequently, as an employee. The same is true of Ms. Fortin, who assisted her spouse with his work on an as-needed basis.

[97] The majority of the Court of Appeal found that the trial judge had made a palpable and overriding error by failing to note the imperfect nature of the assignment of cleaning contracts between Mr. Bourque and Modern, which remained fully liable to clients for the performance of the contracts (Que. C.A. reasons, at paras. 147 and 173-76 (CanLII)). Even assuming that this was a palpable error, we are of the view that it did not justify the Court of Appeal's intervention given that it could not affect the trial judge's analysis. He would have reached the same result if he had dealt with the imperfect assignment of the cleaning contracts.

<sup>2</sup> In fact, the trial judge allowed the claim in part for the sole purpose of recognizing Modern's admission that it owed Mr. Bourque \$2,877.22 (paras. 181-82). That amount was not in issue before the Quebec Court of Appeal (paras. 125-26), nor is it in issue in this Court.

son client, et le second, de celle entre un employeur et ses salariées au sens du droit commun. Dans les deux cas, une seule des deux parties assumait véritablement un risque d'entreprise. On ne peut toutefois pas en inférer que ce sera toujours le cas, en particulier lorsqu'il est question de relations tripartites. Fondamentalement, la qualification à titre d'artisan au sens de la *LDCC* repose sur le niveau de risque assumé par celui qui exécute le travail, indépendamment du fait qu'une autre partie s'expose également à un risque d'entreprise, par exemple en engageant sa responsabilité pour les mêmes obligations contractuelles.

### C. *Application aux faits*

[96] Le juge du procès a conclu que M. Bourque et sa conjointe, M<sup>me</sup> Fortin, n'étaient pas des salariés au sens de la *LDCC* et a rejeté la réclamation faite en leur nom par le Comité<sup>2</sup>. Son analyse de la preuve montre que M. Bourque s'est engagé envers Modern dans un contrat où il assumait un risque d'entreprise en vue d'en retirer un profit. Il ne pouvait donc être qualifié d'artisan ni, par le fait même, de salarié. Il en est de même de M<sup>me</sup> Fortin, qui assistait ponctuellement son conjoint dans son travail.

[97] La Cour d'appel à la majorité a estimé que le juge du procès avait commis une erreur manifeste et déterminante en omettant de relever le caractère imparfait de la cession des contrats d'entretien entre M. Bourque et Modern, laquelle demeurait pleinement responsable de l'exécution des contrats envers les clients (motifs de la C.A. Qc, par. 147 et 173-76 (CanLII)). Même à supposer qu'il s'agissait là d'une erreur manifeste, nous sommes d'avis que cette omission ne justifiait pas l'intervention de la Cour d'appel puisqu'elle ne pouvait avoir d'incidence sur l'analyse du juge du procès. Si ce dernier avait traité de la cession imparfaite des contrats d'entretien, il serait arrivé au même résultat.

<sup>2</sup> En fait, le juge du procès a accueilli partiellement la réclamation, à seule fin de donner acte de l'aveu de Modern selon lequel cette dernière devait 2 877,22 \$ à M. Bourque (par. 181-82). La somme de 2 877,28 \$ n'était pas en litige devant la Cour d'appel du Québec (par. 125-126) et ne l'est pas non plus devant notre Cour.

(1) Trial Judge's Analysis of the Evidence

[98] It is clear from the trial judge's reasons that Mr. Bourque genuinely intended to [TRANSLATION] "pursue [a] cleaning services business venture" and to "do business" with Modern, and that as a result he could not be characterized as an employee within the meaning of the *ACAD* (C.Q. reasons, at paras. 176-80 (CanLII); see also the reasons of Morin J.A., dissenting in the Court of Appeal, at paras. 42 and 63).

[99] In arriving at his conclusions, the trial judge considered a series of factors and analyzed the evidence carefully (see, for example, paras. 169-80). As aptly stated by Morin J.A., dissenting in the Court of Appeal, at para. 70, [TRANSLATION] "the trial judge did not merely interpret the franchise agreement based on its terms, but considered all the evidence, including the testimony of Mr. Bourque and his spouse, in reaching his conclusions".

[100] Specifically, to determine whether Mr. Bourque was an employee within the meaning of the *ACAD*, the trial judge analyzed the evidence at three stages: before, during and after the conclusion of the franchise agreement. From that perspective, he stated that, in his view, the following conduct indicated that Mr. Bourque was not an employee to whom the *Decree* applied:

- (a) before the agreement, Mr. Bourque had his own business registered in his name and even performed a contract for Modern as a subcontractor (para. 171);
- (b) at the time the agreement was signed, Mr. Bourque intended to expand his business, hire employees and make the business his main source of income (para. 172);
- (c) during the performance of the agreement, Mr. Bourque tried to obtain new clients and wanted to add lettering to his vehicle showing the name of his franchise; he even subcontracted part of the work to a third party (para. 173).

(1) L'analyse de la preuve par le juge du procès

[98] Il ressort des motifs du juge du procès que M. Bourque avait véritablement l'intention de « poursuivre [un] projet d'entreprise de services d'entretien ménager » et de « faire [. . .] des affaires » avec Modern, et qu'il ne pouvait en conséquence être qualifié de salarié au sens de la *LDCC* (motifs de la C.Q., par. 176-180 (CanLII); voir aussi les motifs du juge Morin, dissident en Cour d'appel, par. 42 et 63).

[99] Pour parvenir à ses conclusions, le juge du procès a pris en considération un ensemble d'éléments et a procédé à une analyse minutieuse de la preuve (voir notamment les par. 169-180). Comme le dit si bien le juge Morin, dissident en Cour d'appel, au par. 70, « le juge de première instance ne s'est pas contenté d'interpréter le contrat de franchise à partir de ses termes, mais il a tenu compte de l'ensemble de la preuve, notamment des témoignages de M. Bourque et de sa conjointe, pour tirer ses conclusions ».

[100] Plus particulièrement, afin de déterminer si M. Bourque était un salarié au sens de la *LDCC*, le juge du procès a analysé la preuve en trois étapes : avant, pendant et après la conclusion de la convention de franchise. Dans cette optique, il a affirmé que les gestes suivants constituaient, à son avis, des indices que M. Bourque n'était pas un salarié visé par le *Décret* :

- a) avant le contrat, M. Bourque possédait sa propre entreprise immatriculée à son nom et exécutait même un contrat en sous-traitance pour Modern (par. 171);
- b) au moment de la signature, M. Bourque avait l'intention de développer son entreprise, d'engager des employés et d'en faire sa principale source de revenus (par. 172);
- c) en cours d'exécution du contrat, M. Bourque a cherché à obtenir de nouveaux clients et a voulu letterer son véhicule au nom de sa franchise; il a même sous-traité une partie des travaux à un tiers (par. 173).

[101] On the other hand, the trial judge stated that the following conduct was more similar to that of an employee (para. 174):

- (a) he accepted the franchise agreement without negotiating its terms;
- (b) his work was supervised by the franchisor's coordinator;
- (c) he obtained supplies from the supplier of the franchisor, which received the invoices directly;
- (d) he did not negotiate directly with clients;
- (e) he had to adhere to a work schedule set out in specifications that he had not negotiated;
- (f) he had to pay up to 43% of his income to the franchisor.

[102] According to the trial judge, this evidence had to be weighed to determine Mr. Bourque's true intention. On the basis of the evidence as a whole, the trial judge found that Mr. Bourque and his spouse had been engaged in a business venture that had unfortunately not turned out as expected. In the trial judge's view, the failure of that business venture did not suffice to characterize Mr. Bourque as an employee within the meaning of the *ACAD*:

[TRANSLATION] The premature termination of Francis Bourque's business venture, which was tied to his dissatisfaction with the defendant's support services and a certain impatience for his business to grow, must not be used to misrepresent the business objective he had at the time he entered into the agreement with the defendant. Indeed, the evidence shows that, after he severed ties with the defendant, he carried on with his cleaning activities in the same form as he had previously, using his name as a registered firm name. [para. 177]

[103] Moreover, according to the uncontradicted testimony of Louis Clavet, Modern's vice-president and general manager at the time, Mr. Bourque obtained a poor return on his investment because he took twice the time that was needed, compared to industry standards, to perform his work (C.Q. reasons, at para. 76; C.A. reasons, at para. 78).

[101] En revanche, le juge du procès a déclaré que les gestes suivants se rapprochaient davantage de ceux d'un salarié (par. 174) :

- a) il a adhéré au contrat de franchise sans en négocier les termes;
- b) son travail était surveillé par le coordonnateur du franchiseur;
- c) il s'approvisionnait chez le fournisseur du franchiseur, lequel recevait directement les factures;
- d) il ne négociait pas directement avec les clients;
- e) il devait respecter un horaire de travail prévu dans un devis qu'il n'avait pas négocié;
- f) il devait verser jusqu'à 43 % de ses revenus au franchiseur.

[102] Selon le juge du procès, ces éléments doivent être pondérés afin de découvrir la réelle intention de M. Bourque. En tenant compte de l'ensemble de la preuve, le juge du procès a déterminé que M. Bourque et sa conjointe poursuivaient un projet d'affaires qui n'a malheureusement pas donné les résultats escomptés. De l'avis du juge du procès, l'échec de ce projet d'affaires ne suffit pas à qualifier M. Bourque de salarié au sens de la *LDCC* :

La fin prématurée de l'entreprise commerciale de Francis Bourque liée à son insatisfaction des services d'encadrement de la défenderesse ainsi qu'à une certaine impatience de voir fructifier ses affaires ne doit pas servir à dénaturer l'objectif commercial qu'il poursuivait au moment de s'engager contractuellement envers la défenderesse. D'ailleurs, la preuve nous apprend qu'après sa rupture avec elle, il a poursuivi ses activités d'entretien ménager sous la même forme qu'antérieurement, soit en utilisant son nom en guise de raison sociale enregistrée. [par. 177]

[103] Par ailleurs, d'après le témoignage non contredit du vice-président et directeur général de Modern de l'époque, Louis Clavet, le faible rendement obtenu par M. Bourque sur son investissement était dû au fait que ce dernier prenait le double du temps requis selon les normes de l'industrie pour exécuter son travail (motifs de la C.Q., par. 76; motifs de la C.A., par. 78).

[104] Finally, the trial judge was well aware of the fact that certain contractual arrangements could be used to conceal a worker's status as an employee in order to circumvent the *ACAD*'s public order provisions. He considered this possibility and expressly rejected it:

[TRANSLATION] . . . the factual framework establishing the relationship between the defendant and Francis Bourque indicates that there was a real contract, which was a contract of adhesion, of course, but which resulted from the clear desire of two parties to do business with each other for their mutual benefit. Just as good faith is presumed, the evidence does not justify disregarding the contractual basis for the agreement between the defendant and Francis Bourque as if it were merely a scheme to get around the requirements of a statute of public order. [Emphasis added; para. 180.]

[105] We agree completely with our colleague that a franchise agreement cannot function to disguise the reality of a relationship between an employee and an employer, as those terms are defined in the *ACAD* (para. 38). As the passages quoted above show, the trial judge also shared this concern. Far from relying blindly on the terms of the agreement, he rendered his decision on the basis of extensive evidence concerning the reality of the relationship between Mr. Bourque and Modern. In the absence of a palpable and overriding error in his assessment of the evidence, the conclusions he reached cannot be called into question.

(2) Effect of the Imperfect Assignment of Cleaning Contracts on Business Risk

[106] Kasirer J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, found that the trial judge's analysis was based on an [TRANSLATION] "incorrect understanding of the tripartite contractual relationship among clients, the franchisor and franchisees" (para. 94). Specifically, in Kasirer J.A.'s opinion, the trial judge had failed "to note that the assignments of cleaning contracts by the franchisor to the franchisee are what are characterized in the civil law as 'imperfect assignments': despite the assignments, the respondent-franchisor (the assignor) remains bound by the cleaning contracts it originally negotiated and is still liable to the client (the assigned party) for

[104] Enfin, le juge du procès était bien conscient du fait que certains arrangements contractuels pouvaient servir à masquer le statut de salarié d'un travailleur afin de contourner l'application des dispositions d'ordre public de la *LDCC*. Il a considéré cette possibilité et l'a expressément rejetée :

. . . la trame factuelle établissant les rapports entre la défenderesse et Francis Bourque témoigne de l'existence d'un véritable contrat, certes d'adhésion mais résultant de la volonté franche de deux parties de faire ensemble des affaires au bénéfice de chacune d'elle. À l'instar de la bonne foi qui se présume, la preuve ne justifie pas d'écarter le fondement contractuel à la base de l'entente entre la défenderesse et Francis Bourque comme s'il s'agissait d'un simple stratagème pour contourner les exigences d'une loi d'ordre public. [Nous soulignons; par. 180.]

[105] Nous sommes entièrement d'accord avec notre collègue lorsqu'elle affirme qu'un contrat de franchise ne peut servir à occulter la réalité d'une relation salarié-employeur au sens de la *LDCC* (par. 38). Comme le démontrent les passages cités ci-haut, le juge du procès partageait également cette préoccupation. Loin de s'en remettre aveuglément aux termes du contrat, celui-ci a rendu sa décision en tenant compte d'une preuve abondante sur la réalité de la relation entre M. Bourque et Modern. En l'absence d'une erreur manifeste et déterminante dans son appréciation de la preuve, on ne peut remettre en question les conclusions auxquelles il est parvenu.

(2) L'incidence de la cession imparfaite des contrats d'entretien sur le risque d'entreprise

[106] S'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, le juge Kasirer a estimé que l'analyse du juge du procès reposait sur une « compréhension inexacte de la relation contractuelle tripartite liant les donneurs d'ouvrage, le franchiseur et les franchiseés » (par. 94). Plus précisément, le juge du procès aurait, à son avis, omis « de relever que les cessions des contrats d'entretien par le franchiseur au franchiseé sont ce que l'on qualifie en droit civil de « cessions imparfaites » : en dépit des cessions, l'intimée-franchiseur (le cédant) demeure lié par les contrats d'entretien qu'il a négociés au départ et se trouve toujours responsable envers le donneur



the provision of cleaning services by the franchisee (the assignee)” (para. 95; see also paras. 147, 154, 156-57, 159, 163 and 173). In Kasirer J.A.’s view, “even though the franchisee was legally independent of the franchisor, the franchisor still assumed the business risk in relation to the client” (para. 96).

[107] In our opinion, the fact that the assignments of contracts were imperfect does not affect the analysis of business risk in the manner suggested by Kasirer J.A. Failure to deal with this aspect is therefore not a palpable and overriding error.

[108] It is true that clause 11 of the cleaning contract with the Bank did not release Modern from its obligations in the event that the contract was assigned to a franchisee. In this sense, the juridical operation by which Modern’s franchisees obtained their cleaning contracts did indeed involve an imperfect assignment. That being said, the fact that the assignment was imperfect did not diminish the liability of the franchisee, in this case Mr. Bourque. Modern certainly remained liable *in solidum* for the performance of the contracts, but this did not eliminate or limit Mr. Bourque’s liability. The assignment of contracts made him a debtor in respect of all the cleaning services to be provided (C.A. reasons, at paras. 158 and 171). The fact that the assignment was imperfect simply meant that the assigned party, Mr. Bourque’s client, obtained a second debtor that was also liable to it for everything under the contract. If the contractual obligations were breached, the client had the choice of suing both debtors or just one of them, as it wished. D. Lluellas and B. Moore explain this as follows:

[TRANSLATION] *Imperfect assignment of a contract.* We use this term by analogy with both delegation and the assignment of a debt. Some authors instead use the expressions “non-releasing assignment” or “cumulative assignment”. In such a case, C becomes, by contract with A, party to a contract with B; C may therefore require B to perform the prestations owed under the contract, and B may require the same of C. The assignment is imperfect because A is not released from its obligations; B therefore has two debtors. There is no substitution of a contracting party, nor is the contract transferred; rather, a new

d’ouvrage (le cédé) pour la prestation d’entretien que doit exécuter le franchisé (le cessionnaire) » (par. 95; voir aussi les par. 147, 154, 156-157, 159, 163 et 173). Selon le juge Kasirer, « même si le franchisé était juridiquement indépendant du franchisseur, le franchisseur assumait toujours le risque de l’entreprise vis-à-vis le donneur d’ouvrage » (par. 96).

[107] À notre avis, le caractère imparfait des cessions de contrats n’a pas l’incidence que lui prête le juge Kasirer quant à l’analyse du risque d’entreprise. L’omission de traiter de cet élément ne constitue donc pas une erreur manifeste et déterminante.

[108] Il est vrai que l’art. 11 de la convention d’entretien avec la Banque ne dégage pas Modern de ses obligations en cas de cession du contrat à un franchisé. En ce sens, l’opération juridique par laquelle les franchisés de Modern obtiennent leurs contrats d’entretien relève effectivement d’une cession imparfaite de contrat. Cela dit, le caractère imparfait de la cession ne réduit pas la responsabilité du franchisé, en l’occurrence celle de M. Bourque. Certes, Modern demeure responsable *in solidum* de l’exécution des contrats, mais cela ne fait pas disparaître, et ne limite pas, la responsabilité de M. Bourque. À la suite des cessions de contrats, ce dernier devient débiteur pour l’ensemble de la prestation d’entretien (motifs de la C.A., par. 158 et 171). Le caractère imparfait de la cession signifie simplement que le cédé, le client de M. Bourque, obtient un deuxième débiteur qui est lui aussi tenu pour le tout. En cas de manquements aux obligations contractuelles, le client a le choix de poursuivre les deux débiteurs ou un seul des deux, à sa guise. Les auteurs D. Lluellas et B. Moore l’expliquent ainsi :

*La cession imparfaite de contrat.* Nous utilisons cette appellation par analogie à la fois avec la délégation et avec la cession de dette. Certains auteurs utilisent plutôt les expressions « cession non libératoire » ou « cession cumulative ». Dans ce cas, « C » devient, par contrat avec « A », le cocontractant de « B »; « C » peut donc exiger de « B » l’exécution des prestations dues au contrat, et « B » peut faire de même à l’égard de « C ». L’imperfection découle de ce que « A » n’est pas libéré de ses obligations; « B » a donc deux débiteurs. Il n’y a ici ni substitution d’une partie contractante, ni transfert du contrat mais, plutôt,

contracting party is *added*. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(*Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at No. 3217)

[109] The comments of Jobin and Vézina are to the same effect:

[TRANSLATION] **Imperfect assignment that does not release the assignor from the obligations resulting from the assigned contract** — Where the assigned party expressly refuses to release the assignor or where there is no tacit intention that is sufficiently clear to find a perfect delegation of payment, there is said to be an imperfect assignment of a contract. The assignor will not be released from its obligations to the assigned party, and that party can require the assignor to perform them. If called upon to do so, the assignor can bring a recursory action against the assignee, in keeping with the relationship that exists between a delegator and a delegate in the context of an imperfect delegation of payment.

...

**Assignee's obligation to assume the debts resulting from the assigned contract** — By definition, there must be a personal undertaking by the assignee to pay the assignor's debts under the contract that is the subject of the assignment in order to find that the contract has actually been assigned. If there is no such undertaking, the situation does not involve a delegation of payment but at most merely an indication of payment that does not bind the assignee's patrimony (art. 1667 C.C.Q.). In the absence of a delegation of payment that can transfer the assignor's debt, the transfer between the assignor and the assignee will be limited to an assignment of claims.

The assignee is subject to the same obligations and restrictions initially imposed on the assignor. The assignee must therefore perform the obligations, monetary or otherwise, resulting from the contract. [Emphasis added; citations omitted.]

(J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at Nos. 1048 and 1051)

[110] In the instant case, the clients, including the Bank, could therefore sue Modern *and* Mr. Bourque

*adjonction* d'un nouveau contractant. [Nous soulignons; notes en bas de page omises.]

(*Droit des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 2012), n<sup>o</sup> 3217)

[109] Les commentaires des auteurs Jobin et Vézina vont dans le même sens :

**Cession imparfaite qui ne libère pas le cédant des obligations résultant du contrat cédé** — Lorsque le cédé refuse explicitement de libérer le cédant ou s'il n'existe pas une intention tacite suffisamment claire pour conclure à une délégation parfaite de paiement, on parle d'une cession imparfaite de contrat. Le cédant ne sera pas libéré de ses obligations envers le cédé et ce dernier pourra le contraindre à s'exécuter. S'il est appelé à le faire, le cédant pourra exercer un recours récursoire contre le cessionnaire, conformément aux rapports applicables entre un déléguant et un délégué dans le contexte d'une délégation imparfaite de paiement.

...

**Obligation du cessionnaire d'assumer les dettes qui résultent du contrat cédé** — Par définition, il doit y avoir un engagement personnel du cessionnaire au paiement des dettes du cédant en vertu du contrat qui fait l'objet de la cession pour conclure qu'il s'agit véritablement d'une cession de contrat. S'il n'existe pas de tel engagement, la situation ne comporte pas de délégation de paiement et il sera tout au plus question d'une simple indication de paiement qui n'engage pas le patrimoine du cessionnaire (art. 1667 C.c.Q.). La transmission effectuée entre le cédant et le cessionnaire, en l'absence d'une délégation de paiement susceptible de transmettre la dette du cédant, se limitera alors à une cession de créances.

Le cessionnaire est assujéti aux mêmes obligations et restrictions que celles initialement imposées au cédant. Il doit donc exécuter les obligations qui résultent du contrat, qu'elles soient pécuniaires ou autres. [Nous soulignons; références omises.]

(J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7<sup>e</sup> éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, n<sup>os</sup> 1048 et 1051)

[110] En l'espèce, les clients, notamment la Banque, pouvaient donc poursuivre directement Modern *et*

directly if the obligations provided for in the cleaning contracts were breached. In this sense, the fact that the assignments were imperfect benefited the clients without limiting the franchisees' liability. In addition, Modern could bring a recursory action against Mr. Bourque if it were required to perform obligations. Although Modern's practice was generally to avoid suing its franchisees for breach of contract (C.Q. reasons, at para. 80), such an action remained a possibility and therefore a risk for Mr. Bourque. In fact, the franchise agreement expressly provided that, if Modern was sued, Mr. Bourque undertook to indemnify it and even to pay its lawyers' fees (clause 8.19.1; see Que. C.A. reasons, at para. 184). Plainly, Mr. Bourque's ultimate liability was in no way reduced.

[111] In short, the fact that the assignments were imperfect affected Mr. Bourque's business risk only to a limited extent, if at all. Indeed, Kasirer J.A. recognized that Mr. Bourque accepted certain risks, including because he assumed liability for non-performance of the cleaning contracts and was also subject to a risk of bad debts (paras. 182-86 and 211). In this context, it is indisputable that the trial judge's conclusions were supported by the evidence and that no palpable and overriding error was established. In reality, the majority of the Court of Appeal based its intervention on a simple difference of opinion concerning the assessment of business risk (*Housen*, at para. 56; *Nadeau*, at para. 79). In our view, this is sufficient to dispose of this appeal. In the absence of an actual reviewable error, the majority could not reassess the entire record and substitute its own conclusions for those of the trial judge.

[112] At the same time, we acknowledge that the very existence of a franchise agreement may lessen the business risk, since a franchisee can generally count on a proven business model, a recognized trademark and the franchisor's support with management and marketing. These are precisely the advantages of a franchise when compared with other forms of enterprise. In this regard, the following definition by J. H. Gagnon was referred to by

M. Bourque en cas de manquement aux obligations prévues aux contrats d'entretien. En ce sens, le caractère imparfait des cessions profite aux clients sans pour autant limiter la responsabilité des franchisés. De surcroît, Modern pouvait exercer une action récursoire contre M. Bourque si elle était contrainte à s'exécuter. Bien que la pratique de Modern ait généralement été d'éviter de poursuivre ses franchisés en cas de rupture contractuelle (motifs de la C.Q., par. 80), une telle poursuite demeurerait néanmoins une possibilité et donc un risque pour M. Bourque. La convention de franchise prévoyait d'ailleurs expressément que M. Bourque s'engageait, en cas de poursuite contre Modern, à indemniser celle-ci et même à payer les honoraires de ses avocats (art. 8.19.1; voir les motifs de la C.A. Qc, par. 184). En clair, la responsabilité ultime de M. Bourque n'était aucunement réduite.

[111] Somme toute, le caractère imparfait des cessions n'a qu'une incidence limitée — sinon nulle — sur le risque d'entreprise de M. Bourque. Le juge Kasirer a d'ailleurs reconnu que ce dernier acceptait certains « risques », notamment parce qu'il assumait la responsabilité de l'inexécution des contrats d'entretien et qu'il s'exposait aussi à un risque de mauvaises créances (par. 182-86 et 211). Dans ce contexte, il est indéniable que les conclusions du juge du procès trouvaient appui dans la preuve et qu'aucune erreur manifeste et déterminante n'a été établie. En réalité, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont fondé leur intervention sur une simple divergence d'opinions quant à l'appréciation du risque d'entreprise (*Housen*, par. 56; *Nadeau*, par. 79). À notre avis, ce constat est suffisant pour disposer du présent pourvoi. En l'absence d'une véritable erreur révisable, les juges majoritaires ne pouvaient réévaluer l'ensemble du dossier et substituer leurs conclusions à celles du juge du procès.

[112] Nous reconnaissons par ailleurs que l'existence même d'un contrat de franchise est susceptible d'atténuer le risque d'entreprise, puisque le franchisé peut généralement compter sur un modèle d'affaires éprouvé, une marque de commerce reconnue et le soutien du franchiseur en matière de gestion et de mise en marché. Il s'agit précisément des avantages de la franchise par rapport à d'autres formes d'entreprises. À cet égard, le juge Morin de la Cour

Morin J.A. of the Court of Appeal in his dissenting reasons (para. 48):

[TRANSLATION] A long-term commercial and contractual relationship between two enterprises that are legally independent of each other, in which one of them (called the “franchisor”) grants the other (called the “franchisee”) the right to carry on business in a particular manner, which has been developed and already tested out successfully by the franchisor, within a specified territory, in accordance with a uniform, defined standards, using one or more specific trademarks or signs, for a limited time, for remuneration. Under the agreement, the franchisor also provides the franchisee with certain additional services, including support services for the management of the franchisee’s business and marketing services for the products or services offered by the network, and the franchisor undertakes to monitor the uniformity of the defined methods and to improve them continuously based on the needs of the marketplace.

(*La franchise au Québec* (loose-leaf), at p. 21)

[113] As a general rule, however, the mere existence of a franchise agreement does not eliminate a franchisee’s business risk (*Provigo Distribution Inc. v. Supermarché A.R.G. Inc.*, [1998] R.J.Q. 47, at p. 57). A franchisor must, of course, exercise some supervision with respect to the services provided by franchisees in order to ensure the quality of those services and thereby limit its own business risk, but this does not mean that a franchisee does not also incur such a risk. In other words, it cannot be presumed — absent any evidence in this regard — that the degree of supervision exercised by a franchisor is inversely proportional to the risk assumed by a franchisee. If this reasoning were accepted, any franchisee could be considered to be an employee within the meaning of the *ACAD*, since significant supervisory powers are an inherent part of a franchise agreement (see, for example, *Dunkin’ Brands Canada Ltd. v. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1, at paras. 59-65 and 77-87). We will come back to this point when discussing Modern’s status under the *ACAD*.

[114] In the case at bar, despite the tripartite relationship among Modern, the franchisees and their clients, it was open to the trial judge to find that Mr. Bourque had assumed a business risk in order

d’appel se réfère à la définition suivante de l’auteur J. H. Gagnon dans ses motifs dissidents (par. 48) :

Une relation commerciale et contractuelle à long terme entre deux entreprises juridiquement indépendantes l’une de l’autre par laquelle l’une d’entre elles (appelé le « franchiseur ») accorde à l’autre (appelé le « franchiseé ») le droit de faire affaires d’une manière particulière, développée et préalablement expérimentée avec succès par le franchiseur, dans un territoire délimité, selon des normes uniformes et définies, et sous une ou des marques de commerce ou enseignes données, pour une durée limitée, contre rémunération. De plus, par cette entente, le franchiseur accorde au franchiseé certains services additionnels notamment au niveau du soutien à la gestion des affaires du franchiseé et de la mise en marché des produits ou services offerts par le réseau et le franchiseur s’oblige à contrôler l’uniformité des méthodes définies et à les améliorer constamment en fonction des besoins du marché.

(*La franchise au Québec* (feuilles mobiles), p. 21)

[113] Cependant, en règle générale, la simple présence d’un contrat de franchise n’élimine pas le risque d’entreprise d’un franchiseé (*Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc.*, [1998] R.J.Q. 47, p. 57). Certes, le franchiseur doit exercer une certaine surveillance sur les services offerts par les franchiseés afin d’en assurer la qualité et ainsi limiter son propre risque d’entreprise, mais cela n’empêche pas que le franchiseé s’expose lui aussi à un tel risque. En d’autres termes, on ne peut présumer — en l’absence de toute preuve à cet égard — que le degré de surveillance exercé par un franchiseur est inversement proportionnel au risque assumé par le franchiseé. Si ce raisonnement était adopté, tout franchiseé serait susceptible d’être assimilé à un salarié au sens de la *LDCC*, puisque d’importants pouvoirs de surveillance sont inhérents au contrat de franchise (voir, p. ex., *Dunkin’ Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1, par. 59-65 et 77-87). Nous y reviendrons d’ailleurs lorsque nous traiterons du statut de Modern au regard de la *LDCC*.

[114] Dans le présent dossier, en dépit de la relation tripartite entre Modern, les franchiseés et leurs clients, il était loisible au juge du procès de conclure que M. Bourque assumait un risque d’entreprise afin

to make a profit. He remained liable to his clients under the cleaning contracts, he sought out potential clients (C.Q. reasons, at para. 173), he could, in principle, sell his franchise or his contracts and hope to make a profit (paras. 72 and 85), he acquired the necessary tools and products himself (para. 20), he subcontracted certain tasks (paras. 50 and 173), and he planned to hire staff (para. 172). It is true that Mr. Bourque paid a substantial share of his income to Modern, but contrary to what our colleague suggests (para. 50), it cannot be inferred from this that Modern alone assumed the business risk. In fact, the payments were made partly in exchange for management and advertising services (C.Q. reasons, at para. 18). As well, the lump sum paid to Mr. Bourque by clients cannot be considered wages simply because the payments went through Modern at the clients' request and as a matter of administrative convenience (see our colleague's reasons, at para. 56; C.Q. reasons, at paras. 60 and 82-83; Que. C.A. reasons, at para. 32, reasons of Morin J.A.). The profits generated by Mr. Bourque's business remained contingent on his ability to organize his activities efficiently. All things considered, the trial judge could certainly conclude that, based on the evidence in the record, Mr. Bourque was not an "employee" for the purposes of the *ACAD*.

[115] To be clear, there is nothing in our reasons that precludes a franchisee from being characterized as an artisan, and therefore as an employee within the meaning of the *ACAD*, in certain circumstances. This will be the case where a franchisee personally performs work to which a decree applies but does not assume any business risk. In the instant case, however, the trial judge found that Mr. Bourque was engaged in a business venture that was incompatible with the status of artisan. In our view, that conclusion is entitled to deference.

#### V. Status of Modern Under the *ACAD*

[116] In light of the foregoing, it is not necessary to rule on Modern's status under the *ACAD* in order to decide this appeal. However, because this question was raised, albeit briefly, in this Court and was discussed by the majority and the dissent in the Court of

d'en retirer un profit. Celui-ci demeurait responsable des contrats d'entretien à l'égard de ses clients, il sollicitait des clients potentiels (motifs de la C.Q., par. 173), il pouvait en principe vendre sa franchise ou ses contrats et espérer en tirer un profit (par. 72 et 85), il se procurait lui-même les outils et les produits nécessaires (par. 20), il sous-traitait certaines tâches (par. 50 et 173) et prévoyait embaucher du personnel (par. 172). Certes, M. Bourque versait une part significative de ses revenus à Modern, mais contrairement à ce que notre collègue suggère (par. 50), on ne peut en inférer que Modern assumait seule le risque d'entreprise. Les versements étaient d'ailleurs effectués en partie en échange des services de gestion et de publicité (motifs de la C.Q., par. 18). De même, la somme forfaitaire versée à M. Bourque par les clients ne peut être assimilée à un salaire du simple fait que les versements passaient par Modern à la demande des clients et pour des raisons de commodité administrative (voir les motifs de notre collègue, par. 56; motifs de la C.Q., par. 60 et 82-83; motifs de la C.A. Qc, par. 32, motifs du juge Morin). Les profits générés par l'entreprise de M. Bourque demeuraient tributaires de sa capacité à organiser ses activités de manière efficace. Somme toute, le juge du procès pouvait certainement conclure que, selon la preuve au dossier, M. Bourque n'était pas un « salarié » pour l'application de la *LDCC*.

[115] Pour être clair, rien dans nos motifs n'exclut qu'un franchisé puisse, dans certaines circonstances, être qualifié d'artisan, et donc de salarié au sens de la *LDCC*. Ce sera le cas lorsqu'un franchisé exécute lui-même un travail visé par un décret sans accepter, par ailleurs, un risque d'entreprise. En l'espèce toutefois, le juge du procès a estimé que M. Bourque s'était engagé dans un projet d'affaires incompatible avec le statut d'artisan. À notre avis, la déférence s'impose à l'égard de cette conclusion.

#### V. Le statut de Modern au regard de la *LDCC*

[116] Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire pour décider du présent pourvoi de nous prononcer sur le statut de Modern au regard de la *LDCC*. Cette question a toutefois été soulevée devant la Cour, quoique brièvement, et a été traitée



Appeal, certain comments are in order. In our view, even if Mr. Bourque could be considered to be an employee for the purposes of the *ACAD*, Modern could not be characterized as a “professional employer” and thus be bound by the conditions provided for in the *Decree*.

#### A. *Concept of Professional Employer in the ACAD*

[117] Our colleague is of the opinion that it suffices to find that Mr. Bourque is an employee within the meaning of the *ACAD* in order to conclude that Modern is a “professional employer” within the meaning of s. 1(g) (para. 59). This corresponds to Kasirer J.A.’s position (paras. 233 et seq.) that status as a professional employer is contingent on status as an employee. According to this reasoning, once a person has work to which a decree applies done by an “employee”, that person is necessarily, through the interplay of ss. 1(f), 1(g) and 1(j), a “professional employer”. The relevant definitions are as follows:

1. In this Act and in its application, unless the context requires otherwise, the following words and expressions have the meaning hereinafter given to them:

...

(f) “employer” includes any person, partnership or association who or which has work done by an employee;

(g) “professional employer” means an employer who has in his employ one or more employees covered by the scope of application of a decree;

...

(j) “employee” means any apprentice, unskilled labourer or workman, skilled workman, journeyman, artisan, clerk or employee, working individually or in a crew or in partnership;

[118] In Kasirer J.A.’s view, a corollary of the expansiveness of the concept of employee in the *ACAD* is that the concept of professional employer is equally broad and depends not on the existence of a contract of employment within the meaning of the

par les juges majoritaires et le juge dissident de la Cour d’appel. Certaines remarques s’imposent donc. À notre avis, même si M. Bourque pouvait être considéré comme un salarié pour l’application de la *LDCC*, Modern ne pourrait être qualifiée d’« employeur professionnel » et être donc soumise aux conditions du *Décret*.

#### A. *La notion d’employeur professionnel dans la LDCC*

[117] De l’avis de notre collègue, il suffit de déterminer que M. Bourque est un salarié au sens de la *LDCC* pour conclure que Modern est un « employeur professionnel » visé à l’art. 1g) (par. 59). Cela correspond à la position du juge Kasirer (par. 233 et suiv.) selon laquelle le statut d’employeur professionnel est tributaire de celui de salarié. Suivant ce raisonnement, à partir du moment où une personne fait exécuter un travail prévu dans un décret par un « salarié », cette personne est forcément, par le jeu des art. 1f), g) et j), un « employeur professionnel ». Les définitions pertinentes se lisent ainsi :

1. Dans la présente loi et son application, à moins que le contexte ne s’y oppose, les termes suivants ont le sens qui leur est ci-après donné :

...

f) « employeur » comprend : toute personne, société ou association qui fait exécuter un travail par un salarié;

g) « employeur professionnel » désigne : un employeur qui a à son emploi un ou des salariés visés par le champ d’application d’un décret;

...

j) « salarié » signifie : tout apprenti, manœuvre ou ouvrier non spécialisé, ouvrier qualifié ou compagnon, artisan, commis ou employé qui travaille individuellement, en équipe ou en société;

[118] Du point de vue du juge Kasirer, le corollaire de l’acception élargie de la notion de salarié dans la *LDCC* est une acception tout aussi large de celle d’employeur professionnel, laquelle ne dépendrait pas de l’existence d’un contrat de travail



*Civil Code*, but simply on having work to which a decree applies done by an “employee”. This reasoning led Kasirer J.A. to assert, citing *Desjardins* and *Coger*, that [TRANSLATION] “it may well be that an employee within the meaning of the *Act* is ‘legally independent’ of the person that is said to be his or her professional employer” (para. 240).

[119] That conclusion needs to be qualified. Not every person who has work to which a decree applies done by an “employee” can, on that basis alone, be treated as a professional employer and be required to assume the obligations that flow from that status, such as those relating to overtime, annual vacation, sick leave, maternity leave or notices of termination of employment. This is so because of the nature of certain activities covered by the decrees passed under the *ACAD*, in respect of which a member of the public may sometimes enter into a contract directly with the person doing the work as an “artisan”. An example would be the case of a hairdresser who provides customers with one of the services listed in the *Decree respecting hairdressers in the Outaouais region*, CQLR, c. D-2, r. 4, in his or her home. Does such a customer become a “professional employer” solely by having work done by a person who is an employee for the purposes of the decree? Of course not. Although an artisan hairdresser is an “employee” for the purposes of the *ACAD*, he or she is not in the employ of a “professional employer” that the hairdresser could require to comply with the minimum conditions provided for in the decree. I would add that this is what R. P. Gagnon, L. LeBel and P. Verge state in *Droit du travail* (1987), at p. 484:

[TRANSLATION] The persons whom the statute deems to be employees include artisans, even though in common parlance artisans are self-employed persons who work alone, without the help of employees. Do the provisions of a decree nevertheless apply to them? That seems doubtful for the most part. Insofar as they remain artisans, that is, self-employed, no employer is responsible for paying them benefits under a decree, although there has been a temptation to argue that they receive wages from their clients. On the other hand, artisans will have administrative obligations to the committee responsible for administering a decree, such as paying levies and providing certain reports or information. [Emphasis added; footnotes omitted.]

au sens du *Code civil*, mais simplement du fait de faire exécuter un travail prévu dans un décret par un « salarié ». Ce raisonnement pousse le juge Kasirer à affirmer, en prenant appui sur les arrêts *Desjardins* et *Coger*, « [qu’]il se peut fort bien que le salarié au sens de la *Loi* soit “juridiquement indépendant” de celui que l’on dit être son employeur professionnel » (par. 240).

[119] Cette conclusion mérite d’être nuancée. En effet, toute personne qui fait exécuter un travail prévu dans un décret par un « salarié » ne peut, de ce seul fait, se voir imposer le statut d’employeur professionnel et les obligations qui en découlent, par exemple celles relatives aux heures supplémentaires, aux congés annuels, aux congés de maladie ou de maternité ou aux avis de cessation d’emploi. Il en est ainsi en raison de la nature de certaines activités visées par les décrets pris en vertu de la *LDCC*, dans le cadre desquelles le public peut parfois contracter directement avec ceux qui exécutent le travail à titre « d’artisans ». On peut penser notamment au coiffeur qui reçoit ses clients à domicile pour leur fournir l’un des services prévus au *Décret sur les coiffeurs de la région de l’Outaouais*, RLRQ, c. D-2, r. 4. Dans un tel cas, le client devient-il « employeur professionnel » du seul fait qu’il fait exécuter un travail par un salarié visé par le décret? À l’évidence, non. Bien qu’étant un « salarié » pour l’application de la *LDCC*, l’artisan coiffeur n’est à l’emploi d’aucun « employeur professionnel » de qui il pourrait exiger le respect des conditions minimales prévues au décret. C’est d’ailleurs ce qu’enseignent les auteurs R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail* (1987), p. 484 :

Parmi les personnes que la loi assimile aux salariés, on retrouve l’artisan, bien qu’il soit dans le langage commun un travailleur indépendant qui travaille seul sans l’aide de salariés. Bénéficie-t-il pour autant des stipulations du décret? Cela paraît généralement douteux. Pour autant qu’il demeure artisan, c’est-à-dire indépendant, aucun employeur n’est responsable à son égard du paiement des prestations du décret, même si on était tenté de soutenir qu’il reçoit un salaire du client. En revanche, il sera soumis à des obligations administratives envers le comité administrateur du décret, comme celle de cotiser et de fournir certains rapports ou renseignements. [Nous soulignons; notes en bas de page omises.]

[120] In fact, the Court of King’s Bench firmly rejected the idea that an artisan’s client could be an “employer” within the meaning of the *ACAD* in 1940:

[TRANSLATION]

Sir MATHIAS TELLIER. . . .

...

A customer who takes or sends shoes to a cobbler’s workshop or establishment to have them restored or simply to have the soles, the heels, an upper, or everything at once, repaired does not thereby become the cobbler’s master or employer, nor does the cobbler become the customer’s employee or workman. The relationship established between them is quite different from that of a master and servant or of an employer and workman or employee. As a result, it cannot be governed either directly or indirectly by the decree or order-in-council authorized by the above-mentioned statute.

...

[ORIGINAL IN ENGLISH]

Mr. Justice BARCLAY. . . .

...

Upon a true construction of the Act itself, it is clear that the object and purport of the Act is to regulate the relationship between employers and employees *inter se*, and when recognized bodies make what appears to be a reasonable agreement considering local conditions, their agreement may be extended to and enforced against all other in the same industry, even though not parties to the agreement, and the Act is careful to set forth what kind of arrangements can be made obligatory under such circumstances. But the class of persons thus affected must be employers and employees only. Other individuals and the public at large are not concerned and are not contemplated. [Emphasis added.]

(*Québec (Procureur général) v. Lazarovitch* (1940), 69 B.R. 214, at pp. 222-23 and 228)

[121] In short, there are “employees” within the meaning of the *ACAD* who quite simply do not have

[120] En fait, dès 1940, la Cour du Banc du Roi a fermement rejeté l’idée que le client d’un artisan puisse être un « employeur » au sens de la *LDCC* :

Sir MATHIAS TELLIER. . . .

...

Le client, qui porte ou qui envoie porter ses chaussures à l’atelier ou à l’établissement d’un cordonnier, pour en faire renouveler ou simplement réparer les semelles, les talons, l’empeigne, ou le tout à la fois, ne devient pas, par le fait même, le maître ou le patron de ce cordonnier, pas plus que ce dernier ne devient son employé ou son ouvrier. Les rapports qui s’établissent entre eux sont tout autres que ceux de maître à employé ou de patron à ouvrier ou à salarié. Ils ne peuvent donc être réglés ni de près ni de loin, par le décret ou arrêté ministériel autorisé par la loi susmentionnée.

...

[TRADUCTION]

M. le juge BARCLAY. . . .

...

Une interprétation juste de la Loi elle-même montre clairement que celle-ci vise à régir les relations entre employeurs et salariés et que, lorsque des organismes reconnus concluent ce qui semble constituer une entente raisonnable eu égard aux conditions locales, l’entente en question peut s’étendre et être opposée à tous les autres organismes du même secteur, même s’ils ne sont pas parties à l’entente; par ailleurs, la Loi prend soin de préciser quel type d’arrangements peut être rendu obligatoire en pareilles circonstances. Cependant, la catégorie de personnes ainsi touchées doit être formée d’employeurs et de salariés uniquement. Les autres personnes et le grand public ne sont pas touchés ni visés. [Nous soulignons.]

(*Québec (Procureur général) c. Lazarovitch* (1940), 69 B.R. 214, p. 222-223 et 228)

[121] En somme, certains « salariés » au sens de la *LDCC* n’ont tout simplement aucun employeur

a professional employer. Indeed, the *ACAD* provides expressly for the case of an employee who is required to pay levies despite not serving a professional employer. Section 22 para. 2(i) provides that a parity committee may, by regulation, “levy upon the professional employer alone or upon both the professional employer and the employee, or upon the employee alone, the sums required for the carrying out of the decree”. In s. 22 para. 2(i)(3), this power is expressly extended to include artisans who are covered by a decree but who are not serving a professional employer:

... the regulation may determine the basis for the calculation of the levy in the case of a workman or artisan who is not serving a professional employer, and determine that the levy shall be collectable from such workman or artisan although demandable only from the professional employer;

[122] In *Soucy*, the Court of Appeal considered the case of an artisan who had failed to pay the levies authorized by s. 22 para. 2(i)(3). Mr. Soucy worked alone as a painter and body repairer of motor vehicles, an activity covered at the time by the *Decree respecting garage employees in the Saguenay — Lac-Saint-Jean region*, R.R.Q. 1981, c. D-2, r. 50. The Court of Appeal held that he was an employee to whom the *ACAD* applied even though he was not serving a professional employer. He was accordingly ordered to pay a fine.

[123] Thus, while it is correct to say that the *ACAD* imposes certain obligations on “employees” regardless of whether there is a contract of employment within the meaning of the *Civil Code*, it does not follow that every person who has work done by someone who is an employee for the purposes of a decree is, on that basis, a “professional employer” for the purposes of the statute. For a “professional employer” to be required to meet the obligations provided for in a decree, it is also necessary that the work be done in the context of a relationship that is sufficiently similar to an employment relationship within the meaning of the *Civil Code*.

[124] In fact, Morin J.A., dissenting in the Court of Appeal, was of the opinion that there could not

professionnel. La *LDCC* prévoit d’ailleurs expressément le cas où un salarié est soumis aux obligations de cotisation sans pour autant être au service d’un employeur professionnel. En vertu de l’art. 22 al. 2i), le Comité paritaire peut par règlement « prélever de l’employeur professionnel seul ou de l’employeur professionnel et du salarié ou du salarié seul, les sommes nécessaires à l’application du décret ». Au sous-para. 3 de cette disposition, ce pouvoir s’étend expressément aux artisans visés par le décret, mais qui ne sont pas au service d’un employeur professionnel :

... le règlement peut déterminer la base de calcul du prélèvement dans le cas de l’ouvrier ou artisan qui n’est pas au service d’un employeur professionnel, et déterminer que le prélèvement sera exigible de tels ouvriers ou artisans alors même qu’il n’est exigible que de l’employeur professionnel;

[122] Dans l’affaire *Soucy*, la Cour d’appel s’est penchée sur le cas d’un artisan qui avait omis de payer les cotisations autorisées par l’art. 22 al. 2i)(3). M. Soucy travaillait seul comme peintre et débosseleur de véhicules automobiles, activité alors visée par le *Décret sur les salariés de garages de la région du Saguenay — Lac Saint-Jean*, R.R.Q. 1981, c. D-2, r. 50. La Cour d’appel a conclu que M. Soucy était un salarié assujéti à la *LDCC* même s’il n’était pas au service d’un employeur professionnel. Il a par conséquent été condamné à payer une amende.

[123] Ainsi, s’il est correct d’affirmer que la *LDCC* impose certaines obligations aux « salariés » sans égard à l’existence d’un contrat de travail au sens du *Code civil*, il ne s’ensuit pas que toute personne faisant exécuter un travail par un salarié visé par un décret est, par le fait même, un « employeur professionnel » pour l’application de la Loi. Pour qu’un « employeur professionnel » soit tenu aux obligations prévues à un décret, encore faut-il que le travail soit effectué dans le cadre d’une relation suffisamment apparentée à une relation de travail au sens du droit commun.

[124] Le juge Morin, dissident en Cour d’appel, était d’ailleurs d’avis qu’il ne pouvait y avoir

be a professional employer within the meaning of the *ACAD* in the absence of a true contract of employment (paras. 58-62 and 85-88; see also *Comité paritaire de l'industrie de l'automobile de Montréal et du district v. Giguère*, [1987] R.J.Q. 1176 (Prov. Ct.), at p. 1181). He relied in particular on s. 13 *ACAD* and on the term “employment contract” used in it, as well as on s. 2 *ACAD*, which, in his view, suggests that the relationship between an “employee” and a “professional employer” must be in the nature of a “collective agreement”, that is, a contract of employment.

[125] It should be made clear in this regard that, contrary to what Kasirer J.A. suggested at para. 233, note 76, this Court’s case law does *not* support the proposition that *any* contractual relationship *whatsoever* suffices to make one of the contracting parties an “employer” or a “professional employer” within the meaning of the *ACAD* as long as the object of the obligation assumed by the other party is the performance of work to which a decree applies. Thus, in *Quebec (Construction Industry Commission) v. M.U.C.T.C.*, [1986] 2 S.C.R. 327, there was no doubt that the “employers” concerned were employers for the purposes of the *Civil Code* and the *Labour Code* (see also *Comité Paritaire de l’Industrie de l’Imprimerie de Montréal et du District v. Dominion Blank Book Co.*, [1944] S.C.R. 213).

[126] It is not necessary in this appeal to specify the exact nature of the minimum relationship that will be needed for a person who has work done by an employee to qualify as a professional employer and for an employee to be able to claim the benefits provided for in a decree from that professional employer. That being said, even if it were agreed that a person can be characterized as a “professional employer” in the absence of a contract of employment within the meaning of the *Civil Code*, it would at the very least be necessary to establish that there is a relationship that resembles one of subordination, either because of the degree of control exercised by the client or because of the worker’s position of economic dependence (to the same effect, see, for example, *Gagnon, LeBel et Verge* (1987), at pp. 485-86). Therefore, a simple contract of enterprise or for services could not generally serve as a basis for the application of a decree.

d’employeur professionnel au sens de la *LDCC* en l’absence d’un véritable contrat de travail (par. 58-62 et 85-88, voir également *Comité paritaire de l’industrie de l’automobile de Montréal et du district c. Giguère*, [1987] R.J.Q. 1176 (C.P.), p. 1181). Il s’appuyait notamment sur l’art. 13 *LDCC* et sur les termes « contrat de travail » y figurant, ainsi que sur l’art. 2 *LDCC* qui, selon lui, tend à indiquer que la relation entre un « salarié » et un « employeur professionnel » doit être de la nature d’une « convention collective », c’est-à-dire d’un contrat de travail.

[125] Il faut préciser à cet égard que, contrairement à ce que suggère le juge Kasirer, au par. 233, note 76, la jurisprudence de la Cour *n’appuie pas* la proposition selon laquelle un lien contractuel *quelconque* suffirait à transformer l’une des parties contractantes en un « employeur » ou en un « employeur professionnel » au sens de la *LDCC* dès lors que l’objet de l’obligation contractée par l’autre partie est l’exécution d’un travail visé par un décret. Ainsi, dans l’arrêt *Québec (Commission de l’industrie de la construction) c. C.T.C.U.M.*, [1986] 2 R.C.S. 327, il n’y avait aucun doute que les « employeurs » en cause étaient des employeurs pour l’application du *Code civil* et du *Code du travail* (voir aussi *Comité Paritaire de l’Industrie de l’Imprimerie de Montréal et du District c. Dominion Blank Book Co.*, [1944] R.C.S. 213).

[126] Il n’est pas nécessaire, dans le cadre du présent pourvoi, de préciser la nature exacte du lien minimal qui confère au donneur d’ouvrage le statut d’employeur professionnel et permet au salarié de réclamer de ce dernier les avantages prévus au décret. Cela dit, même en acceptant que la qualification à titre d’« employeur professionnel » ne requière pas la présence d’un contrat de travail au sens du *Code civil*, il faudrait à tout le moins établir l’existence d’un lien qui s’apparente à une relation de subordination, soit en raison du degré de contrôle exercé par le donneur d’ouvrage ou de la situation de dépendance économique du travailleur (dans le même sens, voir à titre d’exemple *Gagnon, LeBel et Verge* (1987), p. 485-86). Un simple contrat d’entreprise ou de service ne pourrait donc servir de fondement, de manière générale, à l’application du décret.

[127] By analogy, it is helpful to note that there are employment and labour statutes under which the conditions of employment of persons who are employees within the meaning of the *Civil Code* can apply to “dependent” contractors in certain circumstances (*Act respecting labour standards*, s. 1(10); *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 3(1); *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 1(1); see, for example, *Dicom*, at paras. 14-16; *McKee v. Reid’s Heritage Homes Ltd.*, 2009 ONCA 916, 315 D.L.R. (4th) 129, at paras. 31-36). Under such statutes, a person who has work done by another person can be treated as an employer even in the absence of a contract of employment under the *Civil Code*, but a certain degree of control or economic dependence is nonetheless required. In our view, this is also the minimum relationship required under the *ACAD* for a “professional employer” to exist. However, it is not essential to decide here whether a contract of employment within the meaning of the *Civil Code* is necessary for this purpose.

#### B. *Application to the Facts*

[128] Even if it is assumed that the concept of “professional employer” has a meaning broader than that of an employer under the *Civil Code*, the franchise agreement at issue in this case does not readily support a conclusion that Modern was subject to the *Decree*. This is confirmed by a brief review of the business relationship between Modern and Mr. Bourque, specifically as regards (a) the supervision exercised by the franchisor and (b) the economic independence of the franchisee.

##### (1) Supervision Exercised by the Franchisor

[129] As a general rule, simply acting as a franchisor is not sufficient to qualify as a professional employer for the purposes of the *ACAD*. In *Dunkin’ Brands*, at para. 59, Kasirer J.A., writing for the court, stated that a franchise agreement is characterized by long-term collaboration between two *independent businesses*. In this sense, it is fundamentally different from a contract of employment (Gagnon, at p. 213). Although the franchisee is obligated to comply with the standards defined in the franchise agreement and the franchisor exercises some supervision

[127] Par analogie, il est utile de rappeler que certaines lois en matière d’emploi et de travail admettent que des entrepreneurs « dépendants » puissent bénéficier, dans certaines circonstances, des mêmes conditions que les salariés au sens du droit commun (*Loi sur les normes du travail*, art. 1(10)); *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 3(1); *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 1(1); voir, par exemple, *Dicom*, par. 14-16; *McKee c. Reid’s Heritage Homes Ltd.*, 2009 ONCA 916, 315 D.L.R. (4th) 129, par. 31-36). En vertu de telles lois, un donneur d’ouvrage peut être assimilé à un employeur même en l’absence d’un contrat de travail au sens du droit commun, mais un certain degré de contrôle ou de dépendance économique doit néanmoins être présent. Nous estimons qu’il s’agit aussi du lien minimal requis sous le régime de la *LDCC* afin qu’il existe un « employeur professionnel ». Il n’est cependant pas essentiel de décider ici si un contrat de travail au sens du droit commun est nécessaire à cette fin.

#### B. *Application aux faits*

[128] Même en supposant que la notion d’« employeur professionnel » ait un sens plus large que celle d’employeur au sens du *Code civil*, le contrat de franchise en cause dans le présent dossier permet difficilement de conclure que Modern était assujettie au *Décret*. C’est ce que confirme un examen sommaire de la relation d’affaires entre Modern et M. Bourque, en ce qui a trait plus particulièrement a) à la surveillance exercée par le franchiseur et b) à l’indépendance économique du franchisé.

##### (1) La surveillance exercée par le franchiseur

[129] En règle générale, le simple fait d’agir à titre de franchiseur ne suffit pas pour être assujetti à la *LDCC* à titre d’employeur professionnel. Dans l’arrêt unanime *Dunkin’ Brands*, par. 59, le juge Kasirer écrit au nom de la cour que le contrat de franchise se caractérise par la collaboration à long terme entre deux *entreprises indépendantes*. En ce sens, le contrat de franchise se distingue fondamentalement du contrat de travail (Gagnon, p. 213). Quoique le franchisé ait l’obligation de se conformer aux normes définies par le contrat de franchise



in this regard, the franchisor does not, in principle, *control* the franchisee (Gagnon, at p. 206). This is in fact what is said by M. Coutu et al.:

[TRANSLATION] [I]n *Jan-Pro Canada inc.*, the Court of Québec [*Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec v. Jan-Pro Canada Inc.*, D.T.E. 97T-869 (C.Q.), aff'd D.T.E. 98T-79 (Sup. Ct.) and AZ-50074347 (C.A., 1998-11-09)] found that the principal franchisor was not a professional employer within the meaning of the Act. The *Act respecting collective agreement decrees* applies only to contracts of employment and not to contracts of enterprise [See *Comité paritaire de l'industrie de l'automobile de Montréal et du district v. Giguère*, [1987] R.J.Q. 1176, at p. 1181 (Prov. Ct.)]. Because the relationship between the franchisor and the franchisees involves a contract of enterprise and not a contract of employment, and given the acceptance of risk by the franchisees and the absence of a relationship of subordination, the Act does not apply to the contractual relationship between the franchisor and the franchisees. [Emphasis added.]

(*Droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2nd ed. 2013), vol. 2, *Les régimes particuliers*, at No. 704)

[130] The case at bar is no exception. It is true that Modern retained significant powers over the franchisees' performance of cleaning contracts, over the payment of their income and over their right to assign cleaning contracts or to assign them back (Que. C.A. reasons, at paras. 96, 164-67, 174 and 187-220). But that is not uncommon. It is inherent in a franchise agreement that the franchisor exercises a power of supervision over its franchisees:

[TRANSLATION] In practice, the franchisor will use a variety of inspection and verification mechanisms to ensure that the franchise is administered properly. For example, the franchisor will require the franchisee to accept that it can enter the establishment at any reasonable time in order to, first, conduct an inspection and, where appropriate, take samples of products or accessories for analysis and, second, ensure that the operation is in compliance with established standards.

(P.-A. Mathieu, *La nature juridique du contrat de franchise* (1989), at p. 22)

et que le franchiseur exerce à cet égard une certaine surveillance, le franchiseur ne *contrôle* pas, en principe, le franchiseé (Gagnon, p. 206). C'est d'ailleurs ce qu'enseignent les auteurs M. Coutu et autres :

[D]ans l'affaire *Jan-Pro Canada inc.*, la Cour du Québec [*Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec c. Jan-Pro Canada Inc.*, D.T.E. 97T-869 (C.Q.), confirmé par D.T.E. 98T-79 (C.S.) et AZ-50074347 (C.A., 1998-11-09)], a conclu que le franchiseur principal n'était pas un employeur professionnel au sens de la Loi. La *Loi sur les décrets de convention collective* ne vise que le contrat de travail et non le contrat d'entreprise [Voir *Comité paritaire de l'industrie de l'automobile de Montréal et du district c. Giguère*, [1987] R.J.Q. 1176, 1181 (C.P.)]. Puisque la relation entre le franchiseur et les franchiseés relève du contrat d'entreprise et non du contrat de travail et compte tenu de l'acceptation du risque par les franchiseés ainsi que de l'absence de lien de subordination, la relation contractuelle entre le franchiseur et ses franchiseés échappe à l'application de la Loi. [Nous soulignons.]

(*Le droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2<sup>e</sup> éd. 2013), vol. 2, *Les régimes particuliers*, n<sup>o</sup> 704)

[130] Le présent dossier ne fait pas exception. Il est vrai que Modern se réservait d'importants pouvoirs sur l'exécution des contrats d'entretien par le franchiseé, sur le versement de ses revenus, ainsi que sur son droit de céder ou rétrocéder les contrats d'entretien (motifs de la C.A. Qc, par. 96, 164-167, 174 et 187-220). Cela n'a toutefois rien d'inusité. Il est de la nature même du contrat de franchise que le franchiseur exerce un pouvoir de surveillance à l'égard de ses franchiseés :

En pratique pour s'assurer de la saine administration de la concession, le franchiseur a recours à divers mécanismes d'inspection et de vérification. Il impose ainsi au franchiseé d'accepter qu'il puisse entrer dans l'établissement, en tout temps raisonnable, afin d'une part, de faire une inspection et, s'il y a lieu, d'y prendre des échantillons de produits ou accessoires pour fins d'analyse, et afin, d'autre part, de s'assurer de la conformité de l'exploitation avec les normes établies.

(P.-A. Mathieu, *La nature juridique du contrat de franchise* (1989), p. 22)



[TRANSLATION] In granting a franchise, the franchisor is not merely allowing a name to be used, but is requiring the franchisee to follow to the letter a set of instructions that it has devised, formulated, developed and tested and that have already made it a success. Most of them will in fact be part of the “operations manual”, the central element of the franchise. [Footnote omitted.]

(C. Sylvestre, “Le contrat de franchise”, in *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2, *Les contrats relatifs à l’entreprise* (1999), by D.-C. Lamontagne, ed., at para. 13)

[131] In our opinion, the supervision exercised by Modern did not differ significantly from [TRANSLATION] “what is ordinarily seen in a franchise agreement” (Que. C.A. reasons, at para. 202). In reality, every franchisor has an interest in supervising its franchisees and even, to some degree, an obligation to do so in order to protect the network of franchisees (*Dunkin’ Brands*, at paras. 59-65 and 77-87). We therefore cannot agree with Kasirer J.A.’s conclusion that Modern’s powers were much broader than those of the franchisor in *Dunkin’ Brands* (Que. C.A. reasons, at para. 209). In that case, the franchisor’s powers were, as Kasirer J.A. himself put it, “especially wide-ranging” and included control over the materials and ingredients used, a power to inspect premises, a power to examine the books of the business and the franchisee’s income tax returns, and even some control if the franchisee were to sell or to transfer his or her rights to a third party (*Dunkin’ Brands*, at para. 85; see also paras. 61-67 and 78). Those powers are quite comparable to the ones exercised by Modern in the instant case.

[132] Modern certainly may have had a greater interest in supervising its franchisees because of the imperfect assignment of the cleaning contracts, given that it was still exposed to liability. But as can be seen from the evidence in the record, Mr. Bourque retained considerable independence from Modern. Thus, on the condition that he satisfied his clients’ requirements, Mr. Bourque was [TRANSLATION] “free to do his work at the times and using the methods that suited him” as well as to “choose the equipment

En octroyant une franchise, le franchiseur ne permet pas seulement l’utilisation d’un nom, il oblige le franchisé à suivre à la lettre un ensemble de directives qu’il a conçues, élaborées, développées, expérimentées et qui ont déjà fait son succès. La plupart d’entre elles feront d’ailleurs partie du « manuel d’exploitation », l’élément central de la franchise. [Note en bas de page omise.]

(C. Sylvestre, « Le contrat de franchise », dans *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2, *Les contrats relatifs à l’entreprise* (1999), par D.-C. Lamontagne, dir., par. 13)

[131] À notre avis, la surveillance exercée par Modern ne diffère pas notablement de « ce que l’on voit ordinairement dans un contrat de franchise » (motifs de la C.A. Qc, par. 202). En réalité, tout franchiseur a intérêt à surveiller ses franchisés et a même l’obligation de le faire, dans une certaine mesure, afin de protéger le réseau de franchisés (*Dunkin’ Brands*, par. 59-65 et 77-87). Nous ne pouvons donc pas souscrire à la conclusion du juge Kasirer selon laquelle les pouvoirs de Modern étaient nettement plus étendus que ceux du franchiseur dans *Dunkin’ Brands* (motifs de la C.A. Qc, par. 209). Dans cette affaire, les pouvoirs du franchiseur étaient, de l’avis du juge Kasirer lui-même, [TRADUCTION] « particulièrement étendus » et incluaient entre autres les éléments suivants : un contrôle sur le matériel et les ingrédients utilisés, un pouvoir d’inspection des lieux, un pouvoir d’inspection des documents comptables de l’entreprise et des déclarations de revenus du franchisé, et même un certain contrôle lors de la vente ou du transfert des droits du franchisé à un tiers (*Dunkin’ Brands*, par. 85; voir également par. 61-67 et 78). Ces pouvoirs sont tout à fait comparables à ceux exercés par Modern en l’espèce.

[132] Certes, Modern avait peut-être un intérêt accru à surveiller ses franchisés en raison de la cession imparfaite des contrats d’entretien, puisque sa responsabilité demeurerait engagée. Cependant selon la preuve au dossier, M. Bourque conservait une indépendance appréciable à l’égard de Modern. Ainsi, à condition de respecter les exigences de ses clients, M. Bourque était « libre d’effectuer son travail aux heures et selon les méthodes qui lui [convenaient] » et de « choisir l’équipement et les produits qu’il

and products that he liked” (Que. C.A. reasons, at para. 44, dissenting reasons of Morin J.A.). Although Modern reserved the right to visit work sites without notice in order to verify the quality of the services (franchise agreement, clause 8.6.4), such visits occurred at most on a monthly basis (C.Q. reasons, at paras. 78 and 94). It cannot be argued that Modern controlled Mr. Bourque’s cleaning work.

[133] It should also be mentioned that Mr. Bourque was not required to do the work provided for in the cleaning contracts personally. He could therefore subcontract part of his work, which he in fact did for the washing of windows (paras. 50 and 173). The franchise agreement also authorized him to hire his own employees. Thus, Mr. Bourque could if he wished have had employees whom he could ask to do all the work (franchise agreement, clauses 8.8.1 and 8.8.2; see Que. C.A. reasons, at para. 44, dissenting reasons of Morin J.A.). According to clause 16.1 of the agreement, such employees would not have been subject to Modern’s control. It should also be noted that the *Decree* would in all likelihood have applied to them, which means that Mr. Bourque would, with respect to them, have been characterized as a “professional employer” within the meaning of the *ACAD*.

[134] In this regard, the Court of Appeal held in *Dicom* that there was, at least under the *Civil Code*, [TRANSLATION] “incompatibility between the status of employee and that of employer” (para. 29):

[TRANSLATION] It is not possible to be both one person’s employee and another person’s employer in respect of the performance of the same task, as the type of control that legal subordination of an employee to an employer entails cannot support such a division. A person to whom the performance of a task is entrusted and who can for that purpose call on his or her own employees cannot claim to have a contract of employment with the client. Such a person has necessarily entered into a contract for services that, although it may be demanding and may leave little room for autonomy, is nonetheless a contract for services. [Emphasis added.]

[135] In the context of the *ACAD*, the fact that the franchise agreement expressly granted Mr. Bourque

désir[ait] » (motifs de la C.A. Qc, par. 44, motifs dissidents du juge Morin). Bien que Modern se soit réservée le droit d’effectuer des visites à l’improviste sur les sites d’entretien afin de s’assurer de la qualité des services (contrat de franchise, art. 8.6.4), ces visites avaient lieu tout au plus une fois par mois (motifs de la C.Q., par. 78 et 94). On ne peut prétendre que Modern contrôlait les travaux d’entretien effectués par M. Bourque.

[133] Il faut aussi noter que M. Bourque n’avait pas à effectuer lui-même les tâches prévues aux contrats d’entretien. Il pouvait donc sous-traiter une partie de son travail, ce qu’il a d’ailleurs fait pour le lavage des vitres (par. 50 et 173). Le contrat de franchise lui accordait également la possibilité d’embaucher ses propres salariés. M. Bourque pouvait donc employer à sa guise des salariés à qui il aurait pu demander de faire tout le travail (contrat de franchise, art. 8.8.1 et 8.8.2; voir les motifs de la C.A. Qc, par. 44; motifs dissidents du juge Morin). Selon l’article 16.1 du contrat, ces salariés n’auraient pas été soumis au contrôle de Modern. De plus, il convient de noter que ceux-ci auraient selon toute vraisemblance été visés par le *Décret*, de sorte que M. Bourque aurait été qualifié, à leur égard, d’« employeur professionnel » au sens de la *LDCC*.

[134] À ce propos, dans l’arrêt *Dicom*, la Cour d’appel a déjà conclu qu’il y avait, à tout le moins en droit commun, « antinomie entre le statut de salarié et celui d’employeur » (par. 29) :

L’on ne peut pas être à la fois le salarié de quelqu’un et l’employeur d’un autre dans l’exécution d’une même tâche, car le type de contrôle que comporte la subordination juridique d’un employeur vis-à-vis son salarié ne peut se satisfaire d’un tel partage. Celui à qui on confie l’exécution d’une tâche et qui peut, pour ce faire, faire appel à ses propres salariés ne peut pas prétendre être lié par un contrat de travail envers le donneur d’ouvrage. Il a nécessairement conclu un contrat de service qui peut être exigeant et laisser peu de place à l’autonomie, mais qui est néanmoins un contrat de service. [Nous soulignons.]

[135] Dans le contexte de la *LDCC*, le fait que le contrat de franchise accorde expressément à

the right to hire employees to do the work seems to indicate that Modern could exercise only limited control over his activities. This is one more factor that tends to confirm that the supervision exercised by Modern did not suffice to characterize it as a professional employer. In sum, it would be an error to confuse Modern's powers as a franchisor, with the relationship of subordination that characterizes a contract of employment.

(2) Economic Dependence

[136] It is true that Mr. Bourque undertook, as a franchisee, to perform his cleaning contracts only within the framework of his franchise and not to enter into competition with the franchisor (franchise agreement, clauses 8.2.1 and 8.3). Be that as it may, Mr. Bourque did not “depend” economically on any particular client. Thus, between January and March 2014, he was assigned five cleaning contracts for an outlet of the Société des alcools du Québec and for branches of the Bank (C.Q. reasons, at para. 27; Que. C.A. reasons, at para. 111). As we mentioned above, Mr. Bourque also tried to obtain new clients during the short time he was associated with Modern (C.Q. reasons, at para. 173). In addition, the franchise agreement authorized Mr. Bourque, under certain conditions, to sell his franchise or a particular cleaning contract (franchise agreement, clause 25). Nothing in the evidence indicates that Modern prevented its franchisees from exercising their rights in this regard. Finally, it was in fact possible for Mr. Bourque to terminate his business relationship with Modern and to continue operating his business outside the franchise agreement. It is thus difficult to argue that he was in a position of economic dependence.

[137] In summary, even on the basis of an expansive definition of the concept of “professional employer”, it is our view that Modern did not, as a franchisor, exercise sufficient control over Mr. Bourque's activities for the *Decree* to apply to it. As well, Mr. Bourque was not in a position of economic dependence toward Modern. In this context, the parties' business relationship was not such as to make the conditions

M. Bourque le droit d'embaucher des employés pour exécuter le travail semble indiquer que Modern ne pouvait exercer qu'un contrôle limité sur ses activités. Il s'agit d'un indice additionnel qui tend à confirmer que la surveillance exercée par Modern était insuffisante pour que cette dernière puisse être qualifiée d'employeur professionnel. En somme, ce serait une erreur de confondre ses pouvoirs à titre de franchiseur avec le lien de subordination qui caractérise le contrat de travail.

(2) La dépendance économique

[136] Il est vrai que M. Bourque s'engageait, à titre de franchisé, à n'exploiter ses contrats d'entretien que dans le cadre de sa franchise et à ne pas faire concurrence au franchiseur (contrat de franchise, art. 8.2.1 et 8.3). Toutefois, M. Bourque ne « dépendait » économiquement d'aucun donneur d'ouvrage en particulier. Ainsi, entre janvier et mars 2014, cinq contrats d'entretien lui ont été cédés, contrats visant des succursales de la Société des alcools du Québec et de la Banque (motifs de la C.Q., par. 27; motifs de la C.A. Qc, par. 111). Comme nous l'avons déjà souligné, M. Bourque a également cherché à obtenir de nouveaux clients pendant la courte durée de son association avec Modern (motifs de la C.Q., par. 173). De même, le contrat de franchise permettait à M. Bourque de vendre, à certaines conditions, sa franchise ou un contrat d'entretien particulier (contrat de franchise, art. 25). Rien dans la preuve n'indique que Modern empêchait ses franchisés d'exercer leurs droits à cet égard. Enfin, M. Bourque a été en mesure, dans les faits, de mettre fin à sa relation d'affaires avec Modern et de poursuivre l'exploitation de son entreprise en dehors du contrat de franchise. Il est donc difficile de soutenir qu'il se trouvait dans une situation de dépendance économique.

[137] En somme, même en adoptant une définition élargie de la notion d'« employeur professionnel », nous estimons que Modern n'exerçait pas, à titre de franchiseur, un contrôle suffisant sur les activités de M. Bourque pour être assujettie au *Décret*. M. Bourque ne se trouvait pas, par ailleurs, dans une situation de dépendance économique à son égard. Dans ce contexte, la relation d'affaires

provided for in the *Decree* applicable to Mr. Bourque as a franchisee. We do not, however, rule out the possibility that in different circumstances a franchisor might, on an exceptional basis, be considered to be a professional employer within the meaning of the *ACAD*.

## VI. Conclusion

[138] For these reasons, we are of the view that the trial judge made no reviewable error in concluding that Mr. Bourque was not an employee within the meaning of the *ACAD* and that the Parity Committee's claim on his behalf and on behalf of Ms. Fortin therefore had to be dismissed. Furthermore, even if it were assumed that Mr. Bourque was an employee, Modern could not have been considered to be his professional employer. We would accordingly allow the appeal, with costs.

*Appeal dismissed with costs, CÔTÉ, BROWN and ROWE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal; Laframboise Gutkin, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Joli-Coeur Lacasse, Québec.*

*Solicitors for the interveners: Corporation d'avocats Mathieu inc., Montréal.*

entre les parties ne permettait pas à M. Bourque de bénéficiaire, comme franchisé, des conditions prévues au *Décret*. Nous n'excluons pas cependant que, dans d'autres circonstances, un franchiseur puisse exceptionnellement être considéré comme un employeur professionnel tel que l'entend la *LDCC*.

## VI. Conclusion

[138] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis que le juge du procès n'a commis aucune erreur révisable en concluant que M. Bourque n'était pas un salarié au sens de la *LDCC*, de sorte que la réclamation du Comité paritaire en son nom et au nom de M<sup>me</sup> Fortin devait être rejetée. De plus, même en supposant que M. Bourque ait été un salarié, Modern n'aurait pu être considérée comme son employeur professionnel. En conséquence, nous accueillerions le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges CÔTÉ, BROWN et ROWE sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal; Laframboise Gutkin, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé : Joli-Coeur Lacasse, Québec.*

*Procureurs de l'intervenant : Corporation d'avocats Mathieu inc., Montréal.*

**Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and Attorney General of Canada** *Appellants*

v.

**Tusif Ur Rehman Chhina** *Respondent*

and

**End Immigration Detention Network, Canadian Association of Refugee Lawyers, Defence for Children International-Canada, Amnesty International Canada (English Branch), Community & Legal Aid Services Programme, Canadian Council for Refugees, Queen’s Prison Law Clinic, Egale Canada Human Rights Trust, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Civil Liberties Association and Canadian Prison Law Association** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) v. CHHINA**

**2019 SCC 29**

File No.: 37770.

2018: November 14; 2019: May 10.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté and Brown JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA**

*Courts — Jurisdiction — Habeas corpus — Exceptions to exercise of jurisdiction by provincial superior courts — Immigration detainee applying for habeas corpus — Superior court declining jurisdiction to hear application on basis that detention review scheme in Immigration and Refugee Protection Act is complete, comprehensive and expert statutory scheme providing for review at least as broad as that available by way of habeas corpus and no less advantageous — Whether superior court erred in*

**Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et procureur général du Canada** *Appellants*

c.

**Tusif Ur Rehman Chhina** *Intimé*

et

**End Immigration Detention Network, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Defence for Children International-Canada, Amnesty International Canada (English Branch), Community & Legal Aid Services Programme, Conseil canadien pour les réfugiés, Queen’s Prison Law Clinic, Fonds Égale Canada pour les droits de la personne, British Columbia Civil Liberties Association, Association canadienne des libertés civiles et Canadian Prison Law Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) c. CHHINA**

**2019 CSC 29**

N° du greffe : 37770.

2018 : 14 novembre; 2019 : 10 mai.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté et Brown.

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

*Tribunaux — Compétence — Habeas corpus — Exceptions à l’exercice de la compétence des cours supérieures provinciales — Demande d’habeas corpus présentée par un détenu aux fins de l’immigration — Refus par la cour supérieure d’exercer sa compétence d’entendre la demande pour le motif que le régime de contrôle de la détention créé par la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés est un régime législatif complet, exhaustif et spécialisé qui prévoit une procédure d’examen au moins*

*declining jurisdiction — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27.*

After C's refugee status was vacated and a deportation order was issued, he was placed in immigration detention in a maximum security unit. Immigration officials reviewed C's detention on a monthly basis, each time upholding the decision that he should be detained. After 13 months in detention, C filed an application for *habeas corpus* on the ground that his detention was unlawful both because it had become lengthy and indeterminate and because the conditions of his detention were inappropriate, thus breaching his rights under ss. 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The chambers judge declined jurisdiction to consider C's application on the basis that the scheme set out in the *Immigration and Refugee Protection Act* ("IRPA") satisfied one of the two limited exceptions to the availability of *habeas corpus*, as the legislator had put in place a complete, comprehensive and expert statutory scheme which provides for a review at least as broad as that available by way of *habeas corpus* and no less advantageous (the *Peiroo* exception). The Court of Appeal allowed C's appeal, holding that the exception did not apply and that the chambers judge should have exercised his discretion to hear the application.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté and Brown JJ.: The IRPA does not provide a review procedure that is at least as broad and advantageous as *habeas corpus* regarding the specific challenges to the legality of the detention raised by C's *habeas corpus* application. Accordingly, C was entitled to have his application heard by the chambers judge.

The writ of *habeas corpus* is an ancient legal remedy that remains fundamental to liberty and the rule of law. Entrenched in s. 10(c) of the *Charter*, the right to *habeas corpus* permits those in detention to go before a provincial superior court and demand to know whether the detention is justified in law. A limited exception to this right arises where the legislator has put in place a complete, comprehensive and expert statutory scheme which provides for a review at least as broad as that available by way of *habeas corpus* and no less advantageous. However, exceptions

*aussi large et aussi avantageuse que celle de l'habeas corpus — La cour supérieure a-t-elle commis une erreur en déclinant sa compétence? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27.*

Après l'annulation du statut de réfugié de C et le prononcé de son interdiction de territoire, il a été placé dans un centre de détention aux fins de l'immigration, dans une unité à sécurité maximale. Les agents de l'immigration ont contrôlé le bien-fondé de la détention de C mensuellement, et ils ont conclu chaque fois qu'il y avait lieu de confirmer la décision de le détenir. Après avoir passé 13 mois en détention, C a déposé une demande d'*habeas corpus*, faisant valoir que sa détention était illégale, à la fois parce qu'elle était devenue trop longue et d'une durée indéterminée, et parce que les conditions dont elle est assortie étaient inappropriées, ce qui portait atteinte à ses droits protégés par les art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge siégeant en son cabinet a refusé d'exercer sa compétence pour examiner la demande de C. À son avis, le régime établi par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (« LIPR ») satisfait à l'une des deux exceptions restreintes qui empêchent d'avoir recours à l'*habeas corpus*, puisque le législateur a mis en place un régime complet, exhaustif et spécialisé prévoyant une procédure d'examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l'*habeas corpus* (l'exception établie par l'arrêt *Peiroo*). La Cour d'appel a accueilli l'appel de C, jugeant que l'exception ne s'appliquait pas et que le juge siégeant en son cabinet aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre la demande.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : L'appel est rejeté.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté et Brown : La LIPR ne prévoit pas une procédure d'examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l'*habeas corpus* concernant les remises en cause spécifiques de la légalité de la détention formulées par C dans sa demande d'*habeas corpus*. En conséquence, C avait droit à ce que sa demande soit entendue par le juge siégeant en son cabinet.

Le bref d'*habeas corpus* est une ancienne mesure de réparation juridique qui demeure fondamentale aujourd'hui pour la liberté individuelle et la primauté du droit. Enchâssé dans la *Charte*, à l'al. 10c), le droit à l'*habeas corpus* permet à ceux qui sont détenus de s'adresser à une cour supérieure provinciale et de revendiquer de savoir si la détention est justifiée en droit. Il existe une exception restreinte à ce droit lorsque le législateur a mis en place un régime complet, exhaustif et spécialisé prévoyant une procédure d'examen au moins aussi large et aussi avantageuse



to the availability of *habeas corpus* must be interpreted restrictively. The determination of whether a scheme is as broad and advantageous as *habeas corpus* must be considered with respect to the particular basis upon which the lawfulness of the detention is challenged in the *habeas corpus* application. It is necessary to ask upon what basis the legality of the detention is being challenged, and whether there is a complete, comprehensive and expert scheme that is as broad and advantageous as *habeas corpus* in relation to the specific grounds in the application. The scheme will not be as broad and advantageous as *habeas corpus* if it fails entirely to include the grounds set out in the application, or if it provides for review on the grounds in the application but the review process is not as broad and advantageous as that available through *habeas corpus*, considering both the nature of the process and any advantages each procedural vehicle may offer.

Applying this framework to C's case reveals that the statutory scheme set out in the *IRPA* is unable to effectively address the challenge raised by his application in a manner that is as broad and advantageous as *habeas corpus*. The *IRPA* provides a detailed scheme to deal with the review of detention in the immigration context. Once an initial detention order has been made, the *IRPA* review process provides for periodic internal review of detention, for judicial review of those decisions by the Federal Court, and for appeals to the Federal Court of Appeal. Immigration officials are experts in applying their statutory mandates, and the Federal Court contributes an additional layer of immigration-related expertise. The grounds for ordering or continuing detention are clear. However, *IRPA* proceedings do not provide for review as broad and advantageous as *habeas corpus* with respect to the specific basis upon which C has challenged the legality of his detention — that is, the length, uncertain duration and conditions of his detention. Once the Minister has established grounds for detention, immigration officers must consider factors which may weigh in favour of release, which include: the reason for detention; the length of time in detention; whether detention is likely to continue and, if so, how long; any unexplained delays or unexplained lack of diligence; alternatives to detention; and, the principles applicable to s. 7 of the *Charter*. Although the length and likely duration of detention can be reviewed under the *IRPA* scheme, that review is not as broad and advantageous as that available through *habeas corpus*. The *IRPA* scheme falls short in at least three important ways: the onus in detention review is less advantageous to detainees than in *habeas corpus* proceedings; the scope of immigration detention review

que celle de l'*habeas corpus*. Toutefois, il faut interpréter restrictivement les exceptions qui limitent l'accès à l'*habeas corpus*. Pour décider si un régime est aussi large et avantageux que celui de l'*habeas corpus*, il faut l'examiner en fonction des motifs particuliers qui sont invoqués dans la demande d'*habeas corpus* pour contester la légalité de la détention. Il faut se demander quel est le fondement de la remise en cause de la légalité de la détention et s'il existe une procédure complète, exhaustive et spécialisée qui soit aussi large et avantageuse que l'*habeas corpus* relativement aux fondements spécifiques de la demande. Le régime n'est pas aussi large et avantageux que l'*habeas corpus* s'il est muet quant aux fondements énoncés dans la demande ou s'il prévoit un examen fondé sur les motifs invoqués dans la demande, mais que cet examen n'est pas aussi large et avantageux que celui de l'*habeas corpus*, en prenant en considération tant la nature de la procédure d'examen que tous les avantages pouvant être offerts par chacun des véhicules procéduraux.

Si on applique ce cadre aux faits de l'affaire de C, il appert que le régime établi par la *LIPR* ne peut répondre efficacement à la remise en cause formulée dans sa demande d'une manière aussi large et avantageuse que ne le ferait l'*habeas corpus*. La *LIPR* prévoit un régime détaillé qui permet le contrôle de la détention dans le contexte de l'immigration. Une fois que la mesure initiale de mise en détention a été prise, la procédure d'examen prévue par la *LIPR* prévoit un contrôle interne périodique, un contrôle judiciaire de ces décisions par la Cour fédérale et un appel des décisions de la Cour fédérale devant la Cour d'appel fédérale. Les agents de l'immigration sont experts dans l'exercice du mandat que leur confère la loi et la Cour fédérale apporte un surcroît d'expertise en cette matière. Les motifs pour ordonner la détention ou son maintien sont clairs. Toutefois, la procédure prescrite par la *LIPR* ne prévoit pas un contrôle aussi large et avantageux que celle en *habeas corpus*, en ce qui a trait au fondement spécifique de la contestation par C de la légalité de sa détention, soit sa durée, le caractère incertain de sa durée et les conditions dont elle est assortie. Une fois que le ministre a établi les motifs de la détention, les agents d'immigration doivent prendre en compte des critères qui peuvent favoriser la mise en liberté, soit notamment : le motif de la détention; la durée de la détention; la possibilité que la détention se prolonge et, si c'est le cas, la durée de cette prolongation; les retards inexplicables ou le manque inexplicable de diligence; l'existence de solutions de rechange à la détention; et les principes applicables à l'art. 7 de la *Charte*. S'il est vrai que la durée de la détention et le fait qu'elle est susceptible de se prolonger peuvent faire l'objet d'un contrôle en application du régime établi par la *LIPR*, ce contrôle

before the federal courts is narrower than that of a superior court's consideration of a *habeas corpus* application; and *habeas corpus* provides a more timely remedy than that afforded by judicial review. The *IRPA* scheme therefore fails to provide relief that is as broad and advantageous as *habeas corpus* in response to C's challenge to the legality of the length and uncertain duration of his detention.

*Per* Abella J. (dissenting): The appeal should be allowed. The superior court properly declined to exercise its *habeas corpus* jurisdiction in favour of the complete, comprehensive and expert scheme to which C was entitled under the *IRPA*.

There should be assertive and rigorous scrutiny of the lawfulness of any deprivation of liberty. That is why the *IRPA* should be interpreted in a way that guarantees the fullest possible range of scrutiny for detention, including the conditions of detention. Nothing in the language of the *IRPA* precludes such a comprehensive review. Rather, the basis for the entire scheme in the *IRPA* requires it. Excluding the possibility of reviewing all aspects of immigration detention, including its conditions and lawfulness, essentially and inappropriately reads out the detention review process in the *IRPA* and elevates *habeas corpus* into the only meaningful route offering detainees a full review of their detention. The better approach is to continue to read the language of the *IRPA* in a manner that is as broad and advantageous as *habeas corpus* and that ensures the complete, comprehensive and expert review of immigration detention, as all of the Court's previous jurisprudence has done.

*Habeas corpus* has historic roots which have spawned a variety of statutory remedies whose goal is to preserve the same protections. These can be found in the *IRPA*. Their legitimacy as a genuine alternative to *habeas corpus* was judicially considered and endorsed in *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821, *Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253, *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, and *May v. Ferndale Institution*, [2005] 3 S.C.R. 809. Each of these decisions emphasized that the *habeas corpus*-like remedies available in the *IRPA* scheme are as broad as or broader than the

n'est pas aussi large et avantageux que celui qui découle d'une demande d'*habeas corpus*. Le régime établi par la *LIPR* est insuffisant à au moins trois égards importants : le fardeau dont doit s'acquitter le détenu sous ce régime est moins favorable que celui qui lui incombe dans le cadre d'une instance d'*habeas corpus*; la portée du contrôle de la détention aux fins de l'immigration devant les cours fédérales est plus étroite que celle de l'examen par les cours supérieures des demandes d'*habeas corpus*; enfin, l'*habeas corpus* permet d'obtenir une réparation plus rapidement que ne le permet le contrôle judiciaire. La *LIPR* n'offre donc pas un recours aussi large et avantageux que la demande d'*habeas corpus* pour répondre à la remise en cause de C quant à la légalité de la durée de sa détention ou de son caractère incertain.

La juge Abella (dissidente) : L'appel devrait être accueilli. La cour supérieure a refusé à bon droit d'exercer sa compétence en matière d'*habeas corpus* au profit du régime complet, exhaustif et spécialisé auquel C pouvait avoir recours en application de la *LIPR*.

Toute privation de liberté devrait faire l'objet d'un examen ferme et rigoureux. C'est pourquoi la *LIPR* doit être interprétée de telle sorte qu'elle garantit le contrôle le plus exhaustif qui soit des motifs de la détention, notamment des conditions de détention. Rien dans la *LIPR* n'empêche un contrôle aussi exhaustif. En fait, l'économie de la *LIPR* exige de mener un tel contrôle. Écarter la possibilité d'examiner tous les aspects de la détention aux fins de l'immigration, y compris ses conditions et sa légalité, exclut à toutes fins utiles et de manière inappropriée le processus de contrôle des motifs de la détention établi par la *LIPR* et fait en sorte que l'*habeas corpus* devient le seul recours utile dont disposent les détenus qui souhaitent obtenir un contrôle complet de leur détention. Il est préférable de continuer à interpréter les dispositions de la *LIPR* d'une manière qui soit aussi large et avantageuse que l'*habeas corpus* et qui assure l'examen complet, exhaustif et spécialisé des motifs de la détention aux fins de l'immigration comme l'a fait toute la jurisprudence antérieure de la Cour.

Les fondements historiques de l'*habeas corpus* sont aussi la source de différents recours d'origine législative qui visent à offrir les mêmes protections. C'est le cas des recours prévus par la *LIPR*. Leur légitimité en tant que solution de rechange valable à la procédure d'*habeas corpus* a été examinée par les tribunaux et reconnue dans les arrêts *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821, *Peiroo c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253, *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, et *May c. Établissement Ferndale*, [2005] 3 R.C.S. 809. Dans chacune de ces décisions, il a été reconnu que les recours

traditional scope of review by way of *habeas corpus*. The *IRPA* scheme was intended to provide the same fulsome, *Charter*-compliant review of immigration detention as *habeas corpus*. The *Charter* informs the interpretation of the *IRPA* in a manner that allows for the fullest possible review of a detainee's loss of liberty. The *IRPA* must therefore be interpreted in a way that gives it the widest possible scope for implementing its objectives. The suggestion that a full review of detention can only occur under *habeas corpus* departs from a long-standing jurisprudential consensus. There is no principled reason to abandon the sound logic in *Pringle, Peiroo, Reza* and *May*. The Court has consistently endorsed the exception limiting the availability of *habeas corpus* review for immigration matters. Disturbing this jurisprudence will lead to forum shopping, inconsistent decision-making, and multiplicity of proceedings.

Nothing in the language of the statutory scheme restricts the scope of *IRPA* detention review to a partial review which must be supplemented by *habeas corpus*. On the contrary, the *IRPA* scheme is structured to provide detainees with at least the same rights they would receive on *habeas corpus* review. All detentions must be reviewed regularly, and review hearings are structured to be expeditious and accessible. Immigration officers are responsible for bringing the detainee before the Immigration Division for all review hearings. The Immigration Division can require the parties to appear, and may order the continued detention of a detainee, their unconditional release, or their release on conditions. A detainee may also apply for leave and judicial review to the Federal Court. In addition, no onus is placed on the detainee, unlike in the case of *habeas corpus* applications. The *IRPA* scheme must be interpreted harmoniously with the *Charter* values that shape the contours of its application and the scheme must be applied in a manner that is at least as rigorous and fair as *habeas corpus* review. The Immigration Division must weigh the purposes served by immigration detention against the detained individual's ss. 7, 9 and 12 *Charter* rights. That necessarily includes consideration of the conditions of detention, and it ensures the protection of *Charter* rights.

semblables à l'*habeas corpus* qui peuvent être exercés en application du régime de la *LIPR* ont une portée au moins aussi large que celle traditionnelle de l'*habeas corpus*. Le régime établi par la *LIPR* vise à assurer le même contrôle complet et conforme à la *Charte* des motifs de la détention aux fins de l'immigration que celui qu'offre l'*habeas corpus*. La *Charte* encadre l'interprétation de la *LIPR* d'une manière qui assure le contrôle le plus complet possible de la privation de liberté du détenu. Il faut donc interpréter la *LIPR* d'une manière qui n'en restreint pas l'objet et qui lui donne la plus large portée qui soit. L'idée selon laquelle un examen complet de la détention ne peut avoir lieu que dans le cadre de l'*habeas corpus* fait fi du consensus qui ressort depuis longtemps de la jurisprudence. Il n'y a aucune raison de principe qui justifie d'écarter le raisonnement solide suivi dans les arrêts *Pringle, Peiroo, Reza* et *May*. La Cour a constamment reconnu l'exception qui limite la possibilité d'exercer un recours en *habeas corpus* en matière d'immigration. Écarter cette jurisprudence se traduirait par la recherche du tribunal le plus accommodant, un manque d'uniformité dans les décisions et une multiplication des instances.

Rien dans le libellé de la loi ne limite la portée du contrôle des motifs de la détention prévue par la *LIPR* à un contrôle partiel qu'il faut compléter par un *habeas corpus*. Au contraire, le régime de la *LIPR* est structuré de manière à accorder aux détenus au moins les mêmes droits que ceux qu'ils obtiendraient dans le cadre d'un contrôle par voie d'*habeas corpus*. Toute détention doit faire l'objet de contrôles réguliers et ces contrôles sont structurés de manière à être rapides et accessibles. L'agent d'immigration est chargé d'amener le détenu devant la Section de l'immigration pour tous les contrôles de sa détention. La Section de l'immigration peut exiger que les parties comparaissent et peut ordonner le maintien en détention du détenu, sa mise en liberté sans condition ou sa libération aux conditions qu'elle juge nécessaires. Le détenu peut aussi saisir la Cour fédérale d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. En outre, dans ce contexte, il n'incombe aucun fardeau de preuve au détenu contrairement à ce qui est le cas dans le cadre des demandes d'*habeas corpus*. Le régime de la *LIPR* doit être interprété en harmonie avec les valeurs consacrées par la *Charte* qui définissent les paramètres de son application et ce régime doit être appliqué d'une manière au moins aussi rigoureuse et équitable que n'est appliqué le recours en *habeas corpus*. La Section de l'immigration a l'obligation de mettre en balance les objets de la détention aux fins de l'immigration et les droits garantis aux détenus par les art. 7, 9 et 12 de la *Charte*. Cela comprend nécessairement l'examen des conditions de détention et assure la protection des droits protégés par la *Charte*.

Section 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* requires the Immigration Division to consider factors to determine if detention should continue. The factors ensure that extended periods of detention do not violate the *Charter*. The Immigration Division must weigh the state's immigration objectives against the detained individual's right to be free from arbitrary or indefinite restraints on liberty. A prior, fact-driven determination that the individual constitutes a flight risk or a danger to the public is entitled to deference. The justification for continued detention decreases as the length of time in detention increases, and the evidentiary burden on the detaining authority increases as the length of detention increases. The Immigration Division must consider conditions of and alternatives to detention, including release. Delays or lack of diligence on the part of the immigration authorities must be considered. The anticipated future length of detention must also be considered, which requires an estimation of how long detention is likely to continue. The Immigration Division is better positioned to assess and address this factor than the superior courts on *habeas corpus*. The process of review demands that the Immigration Division consider at least the same considerations that superior courts weigh on *habeas corpus* review. Properly interpreted, therefore, the *IRPA* scheme provides for the fullest possible review of immigration detention, and, where detention is said to violate ss. 7, 9 and 12 of the *Charter*, the review process allows for at least the same substantive assessment as that undertaken by superior courts on *habeas corpus* review. Since the Court has repeatedly affirmed that *habeas corpus* will not lie if the statutory alternative provides a remedy that is at least as favourable, the superior court properly declined to exercise its *habeas corpus* jurisdiction.

## Cases Cited

By Karakatsanis J.

**Distinguished:** *Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253; **considered:** *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; **referred to:** *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *R. v. Bird*,

L'article 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* exige que la Section de l'immigration tienne compte de certains critères pour décider si la détention doit être maintenue. Ces facteurs garantissent qu'aucune période de détention prolongée n'enfreint la *Charte*. La Section de l'immigration doit mettre en balance les objectifs de l'État en matière d'immigration et le droit du détenu de ne pas être privé de façon arbitraire ou indéfinie de sa liberté. Une décision antérieure, reposant sur des faits, selon laquelle l'individu risque de s'évader ou constitue un danger pour le public appelle la retenue. La force des motifs justifiant le maintien en détention faiblit au fur et à mesure que la durée de la détention se prolonge et le fardeau de la preuve dont doivent s'acquitter les autorités qui détiennent l'intéressé s'alourdit au fur et à mesure que la détention se prolonge. La Section de l'immigration doit prendre en compte les conditions de la détention et l'existence de solutions de rechange, y compris la mise en liberté. Les retards ou le manque de diligence de la part des autorités de l'immigration doivent être pris en compte, tout comme la durée prévue de la détention, ce qui suppose d'estimer la durée probable de la détention. La Section de l'immigration est mieux placée pour évaluer et se prononcer sur ce facteur que ne le sont les cours supérieures saisies de demandes d'*habeas corpus*. Le processus de contrôle exige que la Section de l'immigration examine au moins les mêmes considérations de fond que celles examinées par les cours supérieures saisies de demandes d'*habeas corpus*. Si on l'interprète correctement, le régime établi par la *LIPR* offre donc l'examen le plus complet possible du bien-fondé de la détention aux fins de l'immigration, et, lorsqu'il est invoqué que la détention constitue une atteinte aux droits protégés par les art. 7, 9 et 12 de la *Charte*, le processus de contrôle permet au moins le même examen approfondi que celui qu'effectuent les cours supérieures saisies de demandes d'*habeas corpus*. Comme la Cour a affirmé à maintes reprises qu'il n'y a pas ouverture à l'*habeas corpus* si la solution de rechange prévue par la loi offre un recours au moins aussi favorable, la cour supérieure a refusé à bon droit d'exercer sa compétence en matière d'*habeas corpus*.

## Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

**Distinction d'avec l'arrêt :** *Peiroo c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253; **arrêt examiné :** *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; **arrêts mentionnés :** *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Miller*, [1985] 2



2019 SCC 7, [2019] 1 S.C.R. 409; *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. (1962); *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459; *Chaudhary v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401; *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *In re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111; *In re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140; *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431; *Morrison v. The Queen*, [1966] S.C.R. 356; *Karchesky v. The Queen*, [1967] S.C.R. 547; *Korponay v. Kulik*, [1980] 2 S.C.R. 265; *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *Canada (Minister of Citizenship & Immigration) v. Thanabalasingham*, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572; *Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 710, 25 Admin. L.R. (6th) 191; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Lunyamila*, 2016 FC 1199, [2017] 3 F.C.R. 428; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Mehmedovic*, 2018 FC 729; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Torres*, 2017 FC 918; *Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) v. Karimi-Arshad*, 2010 FC 964, 373 F.T.R. 292; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2018 FCA 132; *Canada (Citizenship and Immigration) v. B386*, 2011 FC 175, [2012] 4 F.C.R. 220; *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350.

By Abella J. (dissenting)

*Chaudhary v. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *Staetter v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2017 BCCA 68; *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *Peiroo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253, leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. x; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526; *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam*, [1973] 2 All E.R. 741, aff'd [1973] 2 All E.R. 765; *Reference re Constitution Act, 1867, s. 92(10)(a)* (1988), 64 O.R. (2d) 393; *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Canada (Minister of Citizenship & Immigration) v. Thanabalasingham*, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Brown v. Canada*

R.C.S. 613; *R. c. Bird*, 2019 CSC 7, [2019] 1 R.C.S. 409; *Jones c. Cunningham*, 371 U.S. (1962); *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459; *Chaudhary c. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401; *Ogiamien c. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *In re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111; *In re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140; *Goldhar c. The Queen*, [1960] R.C.S. 431; *Morrison c. The Queen*, [1966] R.C.S. 356; *Karchesky c. The Queen*, [1967] R.C.S. 547; *Korponay c. Kulik*, [1980] 2 R.C.S. 265; *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham*, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572; *Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 710, 25 Admin. L.R. (6th) 191; *Canada (Sécurité Publique et Protection civile) c. Lunyamila*, 2016 CF 1199, [2017] 3 R.C.F. 428; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Mehmedovic*, 2018 CF 729; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Torres*, 2017 CF 918; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Karimi-Arshad*, 2010 CF 964; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2018 CAF 132; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. B386*, 2011 CF 175, [2012] 4 R.C.F. 220; *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Chaudhary c. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *Staetter c. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2017 BCCA 68; *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *Peiroo c. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253, autorisation d'appel refusée, [1989] 2 R.C.S. x; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; *Ogiamien c. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220; *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526; *R. c. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam*, [1973] 2 All E.R. 741, conf. par [1973] 2 All E.R. 765; *Reference re Constitution Act, 1867, s. 92(10)(a)* (1988), 64 O.R. (2d) 393; *Sahin c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214; *Charkaoui c. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Canada (Minister of Citizenship & Immigration) c. Thanabalasingham*, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*,

(*Public Safety*), 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124; *Ali v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 ONSC 2660, 137 O.R. (3d) 498; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Li*, 2009 FCA 85, [2010] 2 F.C.R. 433; *Canada v. Dadzie*, 2016 ONSC 6045; *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Reza v. Canada* (1992), 11 O.R. (3d) 65; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, s. 2.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 9, 10(c), 12.  
*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, art. 82 para. 3.  
*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20.  
*Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, s. 81(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.  
*Criminal Procedure Rules of the Supreme Court of the Northwest Territories*, SI/98-78, rr. 103 to 107.  
*Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, rr. 10(1), 11, 13.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 302.  
*Habeas Corpus Act*, R.S.O. 1990, c. H.1, s. 1(1).  
*Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h), (3)(d), 57, 58, 72, 74(d), 151, 162(1), 172(2).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 244 to 249, 248.  
*Immigration Division Rules*, SOR/2002-229, rr. 9, 20(1), 21, 23.  
*Nova Scotia Civil Procedure Rules*, r. 7.13(1).  
*Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22.

### Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III: *Of Private Wrongs*, by Thomas P. Galanis. Oxford: Oxford University Press, 2016.  
 Del Buono, Vincent M. “The Right to Appeal in Indictable Cases: A Legislative History” (1978), 16 *Alta. L.R.* 446.  
 Farbey, Judith, Robert J. Sharpe and Simon Atrill. *The Law of Habeas Corpus*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2011.

2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Brown c. Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124; *Ali c. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 ONSC 2660, 137 O.R. (3d) 498; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) c. Li*, 2009 CAF 85, [2010] 2 R.C.F. 433; *Canada c. Dadzie*, 2016 ONSC 6045; *R. v. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Reza c. Canada* (1992), 11 O.R. (3d) 65; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 9, 10(c), 12.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.  
*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 82 al. 3.  
*Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44, art. 2.  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22.  
*Loi sur l'habeas corpus*, L.R.O. 1990, c. H.1, art. 1(1).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 3(1)(h), (3)(d), 57, 58, 72, 74(d), 151, 162(1), 172(2).  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 244 à 249, 248.  
*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 81(1).  
*Règles de la Section de l'immigration*, DORS/2002-229, règles 9, 20(1), 21, 23.  
*Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse*, règle 7.13(1).  
*Règles de procédure en matière criminelle de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest*, TR/98-78, règles 103 à 107.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 302.  
*Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, règles 10(1), 11, 13.

### Doctrine et autres documents cités

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III : *Of Private Wrongs*, by Thomas P. Galanis, Oxford, Oxford University Press, 2016.  
 Del Buono, Vincent M. « The Right to Appeal in Indictable Cases : A Legislative History » (1978), 16 *Alta. L.R.* 446.  
 Farbey, Judith, Robert J. Sharpe and Simon Atrill. *The Law of Habeas Corpus*, 3rd ed., New York, Oxford University Press, 2011.



Sharpe, Robert J. *The Law of Habeas Corpus*. Oxford: Clarendon Press, 1976.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Paperny, O’Ferrall and Greckol JJ.A.), 2017 ABCA 248, 56 Alta. L.R. (6th) 1, [2017] 11 W.W.R. 637, 25 Admin. L.R. (6th) 279, 415 D.L.R. (4th) 732, [2017] A.J. No. 840 (QL), 2017 CarswellAlta 1432 (WL Can.), setting aside a decision of Mahoney J. of the Alberta Court of Queen’s Bench, Number 160576914X1, dated September 2, 2016, dismissing an application for *habeas corpus*. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

*Donnaree Nygard and Liliane Bantourakis*, for the appellants.

*Nico G. J. Breed, Barbara Jackman, Chris Reid and Farah Saleem*, for the respondent.

*Swathi Sekhar and Maija Martin*, for the intervener End Immigration Detention Network.

*Jared Will and Joshua Blum*, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

*Farrah Hudani, Jeffrey Wilson and Christina Doris*, for the intervener Defence for Children International-Canada.

*Laïla Demirdache and Jamie Liew*, for the intervener Amnesty International Canada (English Branch).

*Subodh Bharati and Suzanne Johnson*, for the intervener the Community & Legal Aid Services Programme.

*Erica Olmstead, Molly Joeck and Peter H. Edelmann*, for the intervener Canadian Council for Refugees.

*Nader Hasan, Gillian Moore and Paul Quick*, for the intervener the Queen’s Prison Law Clinic.

*Michael Battista and Adrienne Smith*, for the intervener the Egale Canada Human Rights Trust.

Sharpe, Robert J. *The Law of Habeas Corpus*, Oxford, Clarendon Press, 1976.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Paperny, O’Ferrall et Greckol), 2017 ABCA 248, 56 Alta. L.R. (6th) 1, [2017] 11 W.W.R. 637, 25 Admin L.R. (6th) 279, 415 D.L.R. (4th) 732, [2017] A.J. No. 840 (QL), 2017 Carswell-Alta 1432 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Mahoney de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, numéro 160576914X1, datée du 2 septembre 2016, rejetant une demande d’*habeas corpus*. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

*Donnaree Nygard et Liliane Bantourakis*, pour les appelants.

*Nico G. J. Breed, Barbara Jackman, Chris Reid et Farah Saleem*, pour l’intimé.

*Swathi Sekhar et Maija Martin*, pour l’intervenant End Immigration Detention Network.

*Jared Will et Joshua Blum*, pour l’intervenante l’Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

*Farrah Hudani, Jeffrey Wilson et Christina Doris*, pour l’intervenante Defence for Children International-Canada.

*Laïla Demirdache et Jamie Liew*, pour l’intervenant Amnesty International Canada (English Branch).

*Subodh Bharati et Suzanne Johnson*, pour l’intervenant Community & Legal Aid Services Programme.

*Erica Olmstead, Molly Joeck et Peter H. Edelmann*, pour l’intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

*Nader Hasan, Gillian Moore et Paul Quick*, pour l’intervenante Queen’s Prison Law Clinic.

*Michael Battista et Adrienne Smith*, pour l’intervenant le Fonds Égale Canada pour les droits de la personne.

*Frances Mahon*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Ewa Krajewska* and *Pierre N. Gemson*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Simon Borys* and *Simon Wallace*, for the intervener the Canadian Prison Law Association.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté and Brown JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

## I. Overview

[1] The writ of *habeas corpus* is an ancient legal remedy that remains fundamental to individual liberty and the rule of law today. Dating back to the 13th century, this writ guarantees the individual's protection from unlawful deprivations of liberty. Entrenched in s. 10(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the right to *habeas corpus* permits those in detention to go before a provincial superior court and demand to know whether the detention is justified in law. If the relevant authority cannot provide sufficient justification, the person must be released.

[2] Despite the importance of *habeas corpus*, this Court has carved out two limited exceptions to its availability. First, a provincial superior court should decline jurisdiction to entertain an application for *habeas corpus* where a prisoner is using the application to attack the legality of their conviction or sentence, as this is properly accomplished through the ordinary appeal mechanisms set out in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (see *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at pp. 636-37). Second, a provincial superior court should also decline jurisdiction where the legislator has put in place “a complete, comprehensive and expert statutory scheme which provides for a review at least as broad as that available by way of *habeas corpus* and no less advantageous” (*May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809, at para. 40). This second exception has come to be known as the *Peiroo* exception (see

*Frances Mahon*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Ewa Krajewska* et *Pierre N. Gemson*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Simon Borys* et *Simon Wallace*, pour l'intervenante Canadian Prison Law Association.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté et Brown rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

## I. Aperçu

[1] Le bref d'*habeas corpus* est une ancienne mesure de réparation juridique qui demeure fondamentale aujourd'hui pour la liberté individuelle et la primauté du droit. Remontant au 13<sup>e</sup> siècle, ce bref garantit la protection de la personne contre les privations illégales de liberté. Enchâssé dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, à l'al. 10c), le droit à l'*habeas corpus* permet à ceux qui sont détenus de s'adresser à une cour supérieure provinciale et de revendiquer de savoir si la détention est justifiée en droit. Si l'autorité compétente ne peut fournir une justification suffisante, la personne doit être libérée.

[2] Malgré l'importance de l'*habeas corpus*, la Cour a élaboré deux exceptions restreintes qui empêchent d'y avoir recours. Premièrement, la cour supérieure provinciale devrait refuser d'exercer sa compétence pour entendre une demande d'*habeas corpus* lorsqu'un détenu utilise cette demande pour contester la légalité de sa déclaration de culpabilité ou de la peine qui lui a été infligée, puisque c'est au moyen des mécanismes d'appel habituels qui sont énoncés dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qu'il convient de présenter une telle contestation (voir *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 636-637). Deuxièmement, la cour supérieure provinciale devrait également refuser d'exercer sa compétence lorsque le législateur a mis en place « un régime complet, exhaustif et spécialisé prévoyant une procédure d'examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l'*habeas corpus* » (*May*

*Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.)).

[3] In this case, Mr. Chhina applied for *habeas corpus*, arguing that his immigration detention had become unlawful under the *Charter* because of its length and uncertain duration. He also challenged his detention on the basis that he was being held in inappropriate lockdown conditions at a maximum security unit.

[4] This Court must determine whether the Alberta Court of Queen's Bench erred in declining its jurisdiction to entertain Mr. Chhina's application for *habeas corpus* on the basis that the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (*IRPA*), satisfies the second exception.

[5] The parties do not contest that the statutory scheme set out in the *IRPA* provides a complete, comprehensive and expert procedure for the review of immigration matters generally. This was the conclusion reached by the Ontario Court of Appeal in *Peiroo*. What this case emphasizes, however, is that the determination of whether such a scheme is as broad and advantageous as *habeas corpus* must be considered with respect to the *particular basis* upon which the lawfulness of the detention is challenged.

[6] Therefore, the *Peiroo* exception does not bar *habeas corpus* applications with respect to all deprivations of liberty arising from the immigration scheme. Rather the question here is whether the *IRPA* provides a review procedure that is at least as broad and advantageous as *habeas corpus* regarding the specific challenges to the legality of the detention raised by the *habeas corpus* application.

*c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809, par. 40). Cette seconde exception est maintenant appelée l'exception établie par l'arrêt *Peiroo* (voir *Peiroo c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.)).

[3] En l'espèce, M. Chhina a présenté une demande d'*habeas corpus*, faisant valoir que sa détention aux fins d'immigration était devenue illégale au regard de la *Charte*, en raison de sa longueur et de sa durée incertaine. Il a également contesté sa détention au motif qu'il était détenu dans des conditions de confinement cellulaire inappropriées dans une unité à sécurité maximale.

[4] La Cour doit trancher la question de savoir si la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a commis une erreur en refusant d'exercer sa compétence pour entendre la demande d'*habeas corpus* de M. Chhina au motif que la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (*LIPR*), satisfait à la seconde exception.

[5] Les parties ne contestent pas le fait que le régime législatif établi par la *LIPR* prévoit une procédure complète, exhaustive et spécialisée pour l'examen en général de questions en matière d'immigration. C'est la conclusion qu'avait tirée la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Peiroo*. Ce que la présente affaire souligne cependant, c'est que, pour décider si un régime est aussi large et aussi avantageux que celui de l'*habeas corpus*, il faut l'examiner en fonction des *motifs particuliers* qui sont invoqués pour contester la légalité de la détention.

[6] L'exception établie par l'arrêt *Peiroo* n'empêche donc pas de présenter des demandes d'*habeas corpus* relativement à toutes les privations de liberté découlant du régime législatif applicable en matière d'immigration. La question à trancher en l'espèce est donc plutôt celle de savoir si la *LIPR* prévoit une procédure d'examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l'*habeas corpus* en ce qui a trait aux remises en cause spécifiques de la légalité de la détention formulées dans la demande d'*habeas corpus*.

[7] In my view, it does not. Mr. Chhina did not challenge his immigration status, deportation order or detention order as failing to respect the *IRPA*. Rather, he claimed that his continued detention had become unlawful because its length, conditions and uncertain duration violated his *Charter* rights. The *IRPA* does not provide for review that is at least as broad and advantageous as *habeas corpus* for such matters. Mr. Chhina was therefore entitled to have his application for *habeas corpus* heard by a judge of the Alberta Court of Queen's Bench.

## II. Background

[8] The respondent, Tusif Chhina, entered Canada under another name in December 2006 and obtained refugee status approximately two years later. In February 2012, Mr. Chhina's refugee status was vacated and he was declared inadmissible to Canada due to both misrepresentations in his refugee application and his involvement in criminal activity. A deportation order was issued against him.

[9] Following time spent in criminal custody, Mr. Chhina was taken into immigration detention in April 2013. However, in light of delays in obtaining travel documents from Pakistan, Mr. Chhina was released with conditions seven months later. Mr. Chhina failed to respect his conditions and disappeared for a year, but he was eventually taken back into immigration custody in November 2015. He was detained in the Calgary Remand Centre, a maximum security unit which keeps inmates on lockdown 22 and a half hours a day. Pursuant to s. 57 of the *IRPA*, immigration officials reviewed Mr. Chhina's detention on a monthly basis, each time upholding the decision that he should be detained.

[10] Mr. Chhina filed his *habeas corpus* application in May 2016, arguing that his immigration

[7] À mon avis, ce n'est pas le cas. M. Chhina n'a pas remis en cause son statut d'immigration ni n'a contesté les mesures d'expulsion ou de mise en détention prises à son égard en soutenant que ces mesures ne respectaient pas la *LIPR*. Il a plutôt allégué que son maintien en détention était devenu illégal parce que la longueur de sa détention, les conditions dont elle était assortie ainsi que sa durée incertaine portaient atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte*. La *LIPR* ne prévoit pas de contrôle aussi large et aussi avantageux que ne le fait le recours en *habeas corpus* pour de telles questions. M. Chhina avait donc droit à ce que sa demande d'*habeas corpus* soit entendue par un juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

## II. Faits

[8] L'intimé, Tusif Chhina, est entré au Canada sous un autre nom en décembre 2006, et il a obtenu le statut de réfugié approximativement deux ans plus tard. En février 2012, le statut de réfugié de M. Chhina a été annulé, et il a été déclaré interdit de territoire au Canada, à la fois parce que sa demande d'asile comportait de fausses déclarations et parce qu'il avait participé à des activités criminelles. Une mesure d'expulsion a été prise contre lui.

[9] Après avoir passé du temps en détention au criminel, M. Chhina a été mis en détention aux fins de l'immigration en avril 2013. Toutefois, étant donné les délais pour obtenir des documents de voyage de la part du Pakistan, M. Chhina a été mis en liberté sous conditions sept mois plus tard. Il n'a pas respecté les conditions qui lui avaient été infligées et il a disparu pendant un an. Il a toutefois fini par être remis en détention aux fins de l'immigration en novembre 2015. Il a été placé au Calgary Remand Center, une unité à sécurité maximale qui garde les détenus en confinement cellulaire 22 heures et demie par jour. Les agents de la fonction publique ont contrôlé le bien-fondé de la détention de M. Chhina mensuellement, conformément à l'art. 57 de la *LIPR*, et ils ont conclu chaque fois qu'il y avait lieu de confirmer la décision de le détenir.

[10] M. Chhina a déposé sa demande d'*habeas corpus* en mai 2016, faisant valoir que sa détention

detention had become unlawful both because it had become lengthy and indeterminate and because the conditions of his detention were “inappropriate” (Court of Queen’s Bench of Alberta Reasons, No. 160576914X1, September 2, 2016 (unreported), at p. 2). At the time of his application before the Alberta Court of Queen’s Bench, he had spent a total of 13 months in immigration detention.

[11] The chambers judge declined jurisdiction to consider Mr. Chhina’s application for *habeas corpus*, citing the *IRPA* as a comprehensive legislative framework that would satisfy the *Peiroo* exception.

[12] The Alberta Court of Appeal (2017 ABCA 248, 56 Alta. L.R. (6th) 1) reversed that decision, holding that the chambers judge should have exercised his discretion to hear Mr. Chhina’s *habeas corpus* application. Given the importance of the writ, the court noted that exceptions to the availability of *habeas corpus* must be limited and well-defined. As such, a chambers judge should decline to hear *habeas corpus* applications only in limited circumstances, beyond which the decision to decline jurisdiction constitutes an error of law.

[13] While acknowledging the holding in *Peiroo*, Greckol J.A., writing for the court, concluded that the exception does not bar *habeas corpus* applications in all immigration-related matters. She distinguished Mr. Chhina’s challenge noting that, unlike the applicant in *Peiroo*, Mr. Chhina did not contest determinations regarding his inadmissibility or deportation. Instead, he challenged the legality of his detention, incidental to those determinations, on *Charter* grounds. The outcome of Mr. Chhina’s *habeas corpus* application would have no effect on his immigration status or deportation order but, if successful, would affect his immediate liberty.

aux fins de l’immigration était rendue illégale, parce qu’elle était devenue trop longue et d’une durée indéterminée, et parce que les conditions dont elle était assortie étaient [TRADUCTION] « inappropriées » (motifs de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, n° 160576914X1, 2 septembre 2016 (décision non publiée), p. 2). Au moment de la présentation de sa demande devant la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, il avait passé un total de 13 mois en détention aux fins de l’immigration.

[11] Le juge siégeant en son cabinet a refusé d’exercer sa compétence pour examiner la demande d’*habeas corpus* de M. Chhina puisque, selon lui, la *LIPR* constituait un cadre législatif exhaustif qui satisfaisait à l’exception établie par l’arrêt *Peiroo*.

[12] La Cour d’appel de l’Alberta (2017 ABCA 248, 56 Alta. L.R. (6th) 1) a infirmé cette décision, et elle a déclaré que le juge siégeant en son cabinet aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre la demande d’*habeas corpus* de M. Chhina. Étant donné l’importance du bref, elle a aussi fait remarquer que les exceptions à la disponibilité de l’*habeas corpus* devaient être restreintes et bien définies. Ainsi, un juge siégeant en son cabinet ne devrait refuser d’entendre des demandes d’*habeas corpus* que dans des circonstances limitées, au-delà desquelles la décision par un tribunal de décliner sa compétence constitue une erreur de droit.

[13] Tout en prenant acte de ce qui avait été décidé dans l’arrêt *Peiroo*, la juge Greckol, s’exprimant au nom de la Cour d’appel, a conclu que l’exception n’empêchait pas de présenter des demandes d’*habeas corpus* dans toutes les affaires liées à l’immigration. Elle a distingué la remise en cause formulée par M. Chhina de celle plaidée dans *Peiroo* en soulignant que, contrairement à la demanderesse dans cette dernière affaire, M. Chhina ne contestait pas les décisions sur son interdiction de territoire ou sur son expulsion. Il remettait plutôt en cause la légalité de sa détention, accessoire à ces décisions, en se fondant sur la *Charte*. L’issue de la demande d’*habeas corpus* de M. Chhina n’aurait aucun effet sur son statut d’immigration ou sur la mesure d’expulsion prise contre lui, mais, si elle était accueillie, cela entraînerait immédiatement sa mise en liberté.



[14] Through this lens, Greckol J.A. saw clear differences between the review and relief available via the *IRPA* process as compared to an application for *habeas corpus*, finding the latter broader and more advantageous where the challenge related to the length and indeterminate nature of the detention. As such, the *Peiroo* exception did not apply to Mr. Chhina's case and the matter was remitted to the Court of Queen's Bench for a hearing on the merits of the *habeas corpus* application.

[15] Travel documents were subsequently obtained for Mr. Chhina and he was removed from Canada in September 2017. Thus, the arguments regarding his detention are now moot. But as Mr. Chhina's case illustrates, *habeas corpus* applications are often evasive of review, as the shifting factual circumstances frequently render the application moot before appellate review can be obtained (*Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at para. 14). Given the importance of clearly delineating the exceptions to *habeas corpus*, it is appropriate for this Court to consider the legal issues raised by Mr. Chhina's appeal notwithstanding its mootness. No party has objected to this Court doing so.

### III. Issues

[16] This appeal concerns the scope and application of the *Peiroo* exception, providing the Court with an opportunity to clarify when a complete, comprehensive and expert statutory scheme provides for review that is as broad and advantageous as *habeas corpus* such that an applicant will be precluded from bringing an application for *habeas corpus*.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Although Mr. Chhina sought to argue before this Court that the common law *Peiroo* exception violates s. 10(c) of the *Charter* and cannot be saved under s. 1, he failed to file a notice of constitutional question within the specified timeline. Accordingly, that argument is not before the Court in this appeal.

[14] De ce point de vue, la juge Greckol a perçu des différences manifestes entre le contrôle ainsi que la mesure de réparation qui existent dans le cadre du processus établi par la *LIPR* et ceux qui sont applicables dans le contexte d'une demande d'*habeas corpus*, ces derniers étant, selon elle, plus larges et plus avantageux lorsque la remise en cause est liée à la longueur et à la durée indéterminée de la détention. Ainsi, l'exception établie par l'arrêt *Peiroo* ne s'appliquait pas au cas de M. Chhina, et l'affaire a été renvoyée à la Cour du Banc de la Reine pour que celle-ci tienne une audience sur le fond de la demande d'*habeas corpus*.

[15] Par la suite, des documents de voyage ont été obtenus pour M. Chhina et il a été renvoyé du Canada en septembre 2017. Les arguments au sujet de sa détention sont donc maintenant théoriques. Cela dit, comme l'illustre le cas de M. Chhina, les demandes d'*habeas corpus* échappent souvent à l'examen judiciaire, puisqu'un changement dans les faits a fréquemment pour résultat que la demande devient théorique avant de pouvoir être examinée en appel (*Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, par. 14). Étant donné l'importance de définir clairement les limites des exceptions à l'*habeas corpus*, il convient que la Cour étudie les questions juridiques soulevées par le pourvoi de M. Chhina, malgré son caractère théorique. Aucune partie ne s'est opposée à ce que la Cour procède à cet examen.

### III. Questions en litige

[16] Le présent pourvoi a trait à la portée et à l'application de l'exception établie par l'arrêt *Peiroo*, ce qui donne à la Cour une occasion de clarifier quand un régime législatif complet, exhaustif et spécialisé prévoit un examen aussi large et aussi avantageux que l'*habeas corpus*, de sorte qu'il sera interdit à un détenu de présenter une demande d'*habeas corpus*.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Même si M. Chhina a tenté de plaider devant la Cour que l'exception de common law établie par l'arrêt *Peiroo* contrevient à l'al. 10c) de la *Charte* et ne peut pas être justifiée au regard de l'article premier, il n'a pas déposé d'avis de question constitutionnelle dans les délais impartis. La Cour n'est donc pas saisie de cet argument dans le cadre du présent pourvoi.



#### IV. Analysis

[17] Provincial superior courts have inherent jurisdiction to hear *habeas corpus* applications (*May*, at para. 29). An application for *habeas corpus* requires the applicant to establish a deprivation of liberty and to raise a legitimate ground for questioning the legality of that deprivation. If this is accomplished, the onus then shifts to the authority in question to show that the deprivation of liberty is lawful. In order for detention to be lawful, the decision-maker must have authority to order detention, the decision-making process must be fair, and the decision to detain must be both reasonable and compliant with the *Charter* (*May*, at para. 77; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at para. 72). Changes in conditions or orders leading to further deprivations of liberty may also be challenged in the same manner. Where, as here, the application is brought with *certiorari* in aid, the court hearing the application conducts its review on the basis of the record that resulted in the decision (J. Farbey, R. J. Sharpe and S. Atrill, *The Law of Habeas Corpus* (3rd ed. 2011), at p. 45; *Mission Institution v. Khela*, at para. 35; *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, at p. 624).

[18] The writ of *habeas corpus* is not a discretionary remedy; it issues as of right where the applicant successfully challenges the legality of a detention. A provincial superior court may not decline jurisdiction to hear such an application merely because alternative remedies are available (*May*, at paras. 34 and 44). Such a court may only decline jurisdiction where the legislator has put in place “a complete, comprehensive and expert statutory scheme which provides for a review at least as broad as that available by way of *habeas corpus* and no less advantageous” (*May*, at para. 40; *R. v. Bird*, 2019 SCC 7, [2019] 1 S.C.R. 409, at para. 65). As Mr. Chhina’s case illustrates, this analysis must be undertaken regarding the nature of the specific challenge to the legality of the detention raised in the *habeas corpus* application.

[19] *Habeas corpus* — which roughly translates to “produce the body” — was a familiar phrase in 13th century English civil procedure; it required

#### IV. Analyse

[17] Les cours supérieures provinciales possèdent une compétence inhérente pour entendre les demandes d’*habeas corpus* (*May*, par. 29). Ce type de demande exige du demandeur qu’il établisse l’existence d’une privation de liberté et qu’il avance un motif légitime pour contester la légalité de cette privation. Une fois que cela est fait, le fardeau est renversé, et il appartient à l’autorité qui le détient de démontrer que la privation de liberté est légale. Pour qu’il en soit ainsi, le décideur doit avoir le pouvoir de l’ordonner, le processus décisionnel doit être équitable et la décision de mise en détention doit être raisonnable et conforme à la *Charte* (*May*, par. 77; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 72). Les modifications qui sont apportées aux conditions ou aux ordonnances et qui mènent à d’autres privations de liberté peuvent également être contestées de la même manière. Lorsque, comme en l’espèce, la demande est assortie d’un *certiorari* auxiliaire, le tribunal qui entend la demande effectue son examen en fonction du dossier qui a donné lieu à la décision (J. Farbey, R. J. Sharpe et S. Atrill, *The Law of Habeas Corpus* (3<sup>e</sup> éd. 2011), p. 45; *Établissement de Mission c. Khela*, par. 35; *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, p. 624).

[18] La demande d’*habeas corpus* n’est pas un recours discrétionnaire; elle est accueillie d’office lorsque le demandeur réussit à remettre en cause la légalité d’une détention. Une cour supérieure provinciale ne peut décliner sa compétence d’entendre une telle demande simplement parce qu’il existe d’autres recours (*May*, par. 34 et 44). Elle peut le faire seulement lorsque le législateur a mis en place « un régime complet, exhaustif et spécialisé prévoyant une procédure d’examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l’*habeas corpus* » (*May*, par. 40; *R. c. Bird*, 2019 CSC 7, [2019] 1 R.C.S. 409, par. 65). Comme l’illustre le cas de M. Chhina, l’analyse doit s’effectuer à la lumière de la nature de la remise en cause spécifique soulevée dans la demande d’*habeas corpus* quant à la légalité de la détention.

[19] L’*habeas corpus* — que l’on peut traduire à peu près par « que tu aies le corps pour le soumettre » — était une expression familière dans le

the defendant of an action to be brought physically before the court (Farbey, Sharpe and Atrill, at p. 2). During the 15th and 16th centuries, *habeas corpus* took on its modern form, permitting an applicant to demand justification for their detention (at p. 4) and becoming the “great and efficacious writ in all manner of illegal confinement” (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book III: *Of Private Wrongs* (2016), by T. P. Gallanis, at p. 89). *Habeas corpus* has never been “a static, narrow, formalistic remedy”; rather, over the centuries, it “has grown to achieve its grand purpose — the protection of individuals against erosion of their right to be free from wrongful restraints upon their liberty” (*May*, at para. 21, citing *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962), at p. 243).

[20] *Habeas corpus* continues to hold a vital and distinguished place in Canada’s modern legal landscape. Before the advent of the *Charter*, s. 2 of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, established that no law of Canada would be construed or applied so as to deprive a person of a determination on the validity of their detention, and provided for release where that detention was found to be unlawful. In 1982, *habeas corpus* became a constitutional right entrenched in s. 10(c) of the *Charter*:

**10.** Everyone has the right on arrest or detention

...

(c) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

[21] The review of legality under *habeas corpus* is broad, often protecting and interacting with other *Charter* rights, including: the right to life, liberty and security of the person, as guaranteed by s. 7; the right not to be arbitrarily detained or imprisoned, as guaranteed by s. 9; and the right not to be subjected

domaine de la procédure civile anglaise au 13<sup>e</sup> siècle; cette procédure exigeait que l’on présente physiquement le défendeur à une action devant le tribunal (Farbey, Sharpe et Atrill, p. 2). Au cours des 15<sup>e</sup> et 16<sup>e</sup> siècles, l’*habeas corpus* a pris sa forme moderne, permettant à un demandeur de réclamer une justification pour sa détention (p. 4) et devenant le [TRADUCTION] « grand bref efficace pour tous les cas de détention illégale » (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Livre III : *Of Private Wrongs* (2016), par T. P. Gallanis, p. 89). L’*habeas corpus* n’a jamais été [TRADUCTION] « un recours statique, étroit et formaliste »; au cours des siècles, sa portée « s’est [plutôt] élargie afin qu’il puisse remplir son objet premier — la protection des individus contre l’érosion de leur droit de ne pas se voir imposer de restrictions abusives à leur liberté » (*May*, par. 21, citant *Jones c. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962), p. 243).

[20] L’*habeas corpus* continue d’occuper une place essentielle et prestigieuse dans le paysage juridique moderne au Canada. Avant l’adoption de la *Charte*, l’art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44, prescrivait qu’aucune loi du Canada ne serait interprétée ou ne s’appliquerait de manière à priver une personne de voir être jugée la validité de sa détention, et prévoyait que cette personne serait libérée si sa détention était déclarée illégale. En 1982, l’*habeas corpus* est devenu un droit constitutionnel, enchâssé à l’al. 10c) de la *Charte* :

**10.** Chacun a le droit, en cas d’arrestation ou de détention :

...

c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d’obtenir, le cas échéant, sa libération.

[21] Le contrôle de la légalité d’une détention sous le régime de l’*habeas corpus* a une large portée, protégeant et interagissant souvent avec d’autres droits protégés par la *Charte*, notamment le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, protégé par l’art. 7; le droit à la protection contre la détention

to any cruel and unusual treatment or punishment, as guaranteed by s. 12.

[22] The case of *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459, helpfully illustrates different circumstances in which a deprivation of liberty may arise, and thus, different ways in which a detention may be challenged. A deprivation of liberty may relate to (1) the initial decision requiring the detention; or to a further deprivation of liberty based on (2) a change in the conditions of the detention; or (3) the continuation of the detention.

[23] While not exhaustive, this list may be particularly helpful in pinpointing the nature of a challenge to a deprivation of liberty for reasons beyond those underlying an initial order. As I shall explore in more detail below, these three categories can assist in explaining the relevant case-law. For example, in the immigration context, a finding of inadmissibility may lead to a detention order that constitutes an initial deprivation of liberty: this is the first *Dumas* category (*Peiroo*). The transfer of prisoners from a lower to a higher security institution is emblematic of the second type of deprivation: a change in circumstances resulting in an additional deprivation of liberty (*May*). The third type of deprivation outlined in *Dumas* can speak to extended detentions or detentions of uncertain duration, which may engage ss. 7 and 9 of the *Charter*, as was argued here (and in *Chaudhary v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401, and *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220).

[24] Regardless of how a deprivation of liberty arises, the importance of the “great writ of liberty” underlies the general rule that exceptions to the availability of *habeas corpus* must be limited and carefully defined.

ou l’emprisonnement arbitraires, protégé par l’art. 9; et le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités, protégé par l’art. 12.

[22] L’affaire *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459, est utile pour illustrer différentes circonstances dans lesquelles peut survenir une privation de liberté et, de ce fait, différentes manières possibles de contester une détention. Une privation de liberté peut être liée à (1) la décision initiale exigeant la mise en détention, ou à une autre privation de liberté fondée sur (2) un changement dans les conditions de la détention ou (3) la continuation de la détention.

[23] Bien qu’elle ne soit pas exhaustive, cette liste peut s’avérer particulièrement utile pour déterminer la nature d’une remise en cause relativement à une privation de liberté fondée sur des motifs indépendants de ceux qui sous-tendaient l’ordonnance initiale. Comme je le verrai plus en détail ultérieurement, ces trois catégories peuvent aider à expliquer la jurisprudence applicable. Par exemple, dans le contexte de l’immigration, une conclusion d’interdiction de territoire peut mener à une mesure de mise en détention constituant une privation initiale de liberté : il s’agit de la première catégorie de *Dumas* (*Peiroo*). Le transfèrement de détenus d’un établissement à sécurité moins élevée vers un établissement plus sécurisé est l’exemple type du deuxième type de privation : un changement de circonstances donnant lieu à une privation additionnelle de liberté (*May*). Le troisième type de privation exposé dans *Dumas* peut comprendre les détentions prolongées ou celles dont la durée est incertaine, qui peuvent mettre en jeu les art. 7 et 9 de la *Charte*, comme on l’a fait valoir en l’espèce (ainsi que dans *Chaudhary c. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401, et *Ogiamien c. Ontario (Community Safety and Correctional Services)*, 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220).

[24] Sans égard à la manière dont une privation de liberté a lieu, l’importance du « grand bref de la liberté » sous-tend la règle générale selon laquelle les exceptions à la disponibilité de l’*habeas corpus* doivent être circonscrites et bien définies.

[25] To date, this Court has recognized only two instances where a provincial superior court may decline to hear a *habeas corpus* application. The first allows a provincial superior court to decline jurisdiction where a prisoner seeks to attack the legality of their conviction or sentence, determinations properly challenged through the appeal mechanisms set out in the *Criminal Code* (*Gamble*, at p. 636). The second exception arose in the field of immigration law. In *Peiroo*, the applicant sought issuance of a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid, contesting a finding that there was no credible basis for her refugee claim and arguing that there was therefore no basis for a removal order issued against her. The Ontario Court of Appeal found that the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, then in force established a comprehensive scheme regulating the determination and review of immigration claims in a manner that was “as broad as or broader than the traditional scope of review by way of *habeas corpus* with *certiorari* in aid” (*Peiroo*, at p. 261).

[26] Both of these exceptions acknowledge the development of sophisticated procedural vehicles in our modern legal system and their ability to fully protect fundamental rights such as *habeas corpus*.

[27] Statutory appeals in criminal matters, previously circumscribed by the common law writs of *certiorari* and error, were introduced some 500 years after *habeas corpus* (V. M. Del Buono, “The Right to Appeal in Indictable Cases: A Legislative History” (1978), 16 *Alta. L.R.* 446, at p. 448). Although the Court affirmed the *Criminal Code* exception in the context of a *Charter* challenge in *Gamble*, the rule pre-empting *habeas corpus* applications where a statutory appeal is available long pre-dates the *Charter* (see: *In re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111; *In re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140, at p. 204; *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431, at p. 439; *Morrison v. The Queen*, [1966] S.C.R. 356; *Karchesky v. The*

[25] À ce jour, la Cour n’a reconnu que deux cas dans lesquels une cour supérieure provinciale peut refuser d’entendre une demande d’*habeas corpus*. Le premier permet à une telle cour de décliner sa compétence lorsqu’un détenu cherche à contester la légalité de sa déclaration de culpabilité ou de la peine infligée, ces décisions pouvant être remises en cause au moyen de mécanismes d’appel décrits dans le *Code criminel* (*Gamble*, p. 636). La seconde exception a émergé dans le contexte du droit de l’immigration. Dans *Peiroo*, la demanderesse visait à ce que soit délivré un bref d’*habeas corpus* assorti d’un *certiorari* auxiliaire, en contestant une conclusion selon laquelle sa demande d’asile n’avait aucun fondement crédible et en faisant valoir que, par conséquent, rien ne justifiait la prise d’une mesure de renvoi contre elle. La Cour d’appel de l’Ontario a conclu que la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2, alors en vigueur, établissait un régime exhaustif régissant l’examen des demandes en matière d’immigration et la prise de décision à leur égard, de sorte que ce régime avait une [TRADUCTION] « portée [. . .] au moins aussi large que la portée traditionnelle de l’*habeas corpus* assorti d’un *certiorari* auxiliaire » (*Peiroo*, p. 261).

[26] Ces deux exceptions reconnaissent l’élaboration de véhicules procéduraux sophistiqués dans notre système juridique moderne ainsi que le fait que ceux-ci sont en mesure d’offrir une protection complète des droits fondamentaux, au même titre que l’*habeas corpus*.

[27] En matière criminelle, les appels prévus par la loi, qui étaient antérieurement circonscrits par les brefs de *certiorari* et l’erreur en common law, ont été introduits quelque 500 ans après l’*habeas corpus* (V. M. Del Buono, « The Right to Appeal in Indictable Cases : A Legislative History » (1978), 16 *Alta. L.R.* 446, p. 448). Bien que la Cour ait confirmé dans *Gamble* l’exception relative au *Code criminel* dans le contexte d’une contestation fondée sur la *Charte*, la règle écartant les demandes d’*habeas corpus* dans les cas où un appel prévu par la loi pouvait être interjeté a existé bien avant la *Charte* (voir : *In re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111; *In re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140, p. 204; *Goldhar c.*

*Queen*, [1967] S.C.R. 547, at p. 551; *Korponay v. Kulik*, [1980] 2 S.C.R. 265).

[28] The *IRPA*, for its part, is a product of the rise of the modern administrative state: a parallel justice system established alongside the courts of law to provide accessible, expert, and expeditious adjudication of a broad spectrum of claims. For example, the decision in *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821, holding that the *Immigration Act*, R.S.C. 1952, c. 325, ousted provincial superior court jurisdiction to entertain a writ of *certiorari*, was an early recognition of the possibility that a legislature could create alternative avenues of review through administrative bodies.

[29] Both of these exceptions target similar concerns, primarily the “need to restrict the growth of collateral methods of attacking convictions or other deprivations of liberty” (*May*, at para. 35). By affirming such statutory schemes, the standard set out in *May* ensures the constitutional right to *habeas corpus* is protected, while also realizing judicial economy, avoiding duplicative proceedings, and reducing the possibility of inconsistent decisions and forum shopping.

[30] At issue in this appeal is the scope of the *Peiroo* exception and, more specifically, whether that exception precludes *habeas corpus* for all determinations made under immigration legislation. The appellant argues that it does, pointing to this Court’s description of the *Peiroo* exception in *May*, where we stated: “in matters of immigration law, because Parliament has put in place a complete, comprehensive and expert statutory scheme which provides for a review at least as broad as that available by way of *habeas corpus* and no less advantageous, *habeas corpus* is precluded” (*May*, at para. 40).

*The Queen*, [1960] R.C.S. 431, p. 439; *Morrison c. The Queen*, [1966] R.C.S. 356; *Karchesky c. The Queen*, [1967] R.C.S. 547, p. 551; *Korponay c. Kulik*, [1980] 2 R.C.S. 265).

[28] La *LIPR*, quant à elle, est un produit de l’avènement de l’état administratif moderne : un système de justice parallèle au système judiciaire afin de faciliter l’accès à une instance spécialisée et expéditive pour un large éventail de demandes. Par exemple, l’arrêt rendu dans *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821, — dans lequel la Cour a jugé que la *Loi sur l’immigration*, S.R.C. 1952, c. 325, écartait la compétence des cours supérieures provinciales d’entendre une demande de bref de *certiorari* — constituait une reconnaissance précoce de la possibilité qu’une législature puisse créer d’autres modes d’examen par l’entremise d’organismes administratifs.

[29] Ces deux exceptions visent à répondre à des préoccupations similaires, soit principalement à « la nécessité d’endiguer la multiplication des moyens indirects de contester des déclarations de culpabilité ou d’autres privations de la liberté » (*May*, par. 35). En confirmant de tels régimes législatifs, la norme énoncée dans *May* garantit que le droit constitutionnel à l’*habeas corpus* est protégé, tout en faisant une économie des ressources judiciaires, en évitant le dédoublement des instances et en réduisant la possibilité que des décisions incohérentes soient rendues ainsi que la recherche du tribunal le plus favorable.

[30] La question à trancher dans le présent pourvoi est celle de la portée de l’exception établie par l’arrêt *Peiroo* et, plus précisément, celle de savoir si cette exception écarte le recours à l’*habeas corpus* relativement à toutes les décisions prises sous le régime législatif applicable en matière d’immigration. L’appelant fait valoir que tel est bel et bien le cas. Il invoque la description qu’a faite la Cour de l’exception établie par l’arrêt *Peiroo* dans *May*, où nous avons affirmé que, « en droit de l’immigration, le recours de l’*habeas corpus* est écarté parce que le législateur a mis en place un régime complet, exhaustif et spécialisé prévoyant une procédure d’examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l’*habeas corpus* » (*May*, par. 40).



[31] In my view, this statement was never intended to preclude *habeas corpus* review of every detention arising in the immigration context, whatever the nature of the challenge to the legality of the detention. I do not see *May* as standing for such a broad proposition. I say this for three reasons.

[32] First, the *IRPA* was not before the Court in *May*. In that case, a number of federal prisoners who were transferred from minimum to medium-security institutions brought *habeas corpus* applications to challenge this transfer to a more restrictive form of custody. The warden of the institution argued that the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (*CCRA*), set out a comprehensive statutory scheme that provided effective remedies comparable to *habeas corpus* — a proposition this Court did not accept. In that context, the Court compared the *CCRA* not to the *IRPA* (although it was then in force), but rather to the *Immigration Act* considered in *Peiroo*. The Court concluded that, unlike the immigration scheme, the corrections statute did not guarantee impartial review, articulate specific and effective remedies, or even provide clear grounds upon which transfer decisions could be reviewed (*May*, at para. 62).

[33] Second, the jurisprudence relied on by the Court in *May* — *Peiroo*, *Pringle*, and *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, — did not stand for the broad proposition that *habeas corpus* will never be available where the detention is related to immigration matters. *May* must be understood in light of the cases cited; the Court did not purport to extend their holdings. Neither *Pringle* nor *Reza* dealt specifically with *habeas corpus*. *Pringle* was concerned with *certiorari*, a writ which, unlike *habeas corpus*, is not constitutionally protected. *Reza* did not involve an application for *habeas corpus*, but a challenge to the constitutionality of the *Immigration Act* on other grounds. Even *Peiroo* did not provide that *habeas corpus* could never lie in the immigration context.

[31] À mon avis, cette affirmation n'a jamais eu pour but d'écarter l'examen au regard de l'*habeas corpus* relativement à toutes les mises en détention en contexte d'immigration, quelle que soit la nature de la remise en cause de la légalité de la détention. Selon moi, l'arrêt *May* ne fait pas une proposition aussi large, et ce, pour trois raisons.

[32] Premièrement, la *LIPR* n'était pas en cause devant la Cour lorsque celle-ci a été saisie de la cause *May*. Dans cette affaire, un certain nombre de détenus dans des établissements fédéraux avaient été transférés d'un établissement à sécurité minimale à un autre à sécurité moyenne. Ils ont présenté des demandes d'*habeas corpus* pour remettre en cause ce transfèrement vers une forme de détention plus contraignante. Le directeur de l'établissement a fait valoir que la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20 (*LSCMLC*), établissait un régime législatif complet qui offrait des recours comparables à l'*habeas corpus* — une proposition que la Cour n'a pas acceptée. Dans ce contexte, cette dernière a comparé la *LSCMLC*, non pas à la *LIPR* (même si cette dernière était en vigueur), mais plutôt à la *Loi sur l'immigration* examinée dans *Peiroo*. Elle a conclu que, contrairement au régime applicable en matière d'immigration, la loi en matière correctionnelle ne garantissait pas la tenue d'un contrôle impartial, ne créait pas de mesures de réparation spécifiques et efficaces, ou même ne fournissait pas de motifs clairs en fonction desquels les décisions de transfèrement pouvaient être examinées (*May*, par. 62).

[33] Deuxièmement, la jurisprudence sur laquelle s'est fondée la Cour dans *May* — soit les arrêts *Peiroo*, *Pringle* et *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, — n'appuyait pas la proposition générale selon laquelle il ne serait jamais possible de recourir à l'*habeas corpus* lorsque la détention est liée aux questions d'immigration. Il faut interpréter l'arrêt *May* à la lumière des causes citées; la Cour n'a pas eu l'intention d'étendre leurs conclusions. Ni l'arrêt *Pringle* ni l'arrêt *Reza* n'ont traité spécifiquement de l'*habeas corpus*. L'arrêt *Pringle* portait sur le *certiorari*, un bref qui, contrairement à celui d'*habeas corpus*, n'est pas protégé par la Constitution. L'arrêt *Reza* ne concernait pas non plus une demande d'*habeas corpus*, mais bien une contestation de la



It simply determined that the *Immigration Act* then in force was “as broad as or broader” than *habeas corpus* for “immigration matters” like Ms. Peiroo’s claim. Ms. Peiroo had argued that the adjudicator erred in finding she had no credible basis for her refugee claim and that her detention was therefore ordered illegally.

[34] Finally, *May* itself urges us to interpret exceptions to the availability of *habeas corpus* restrictively:

Given the historical importance of *habeas corpus* in the protection of various liberty interests, jurisprudential developments limiting *habeas corpus* jurisdiction should be carefully evaluated and should not be allowed to expand unchecked. The exceptions to *habeas corpus* jurisdiction and the circumstances under which a superior court may decline jurisdiction should be well defined and limited. [para. 50]

[35] For these reasons, I do not think *May* should be interpreted as holding that the *Peiroo* exception bars all *habeas corpus* applications that arise in the immigration context, regardless of the grounds raised to challenge detention.

[36] Two recent Ontario Court of Appeal cases — *Chaudhary* and *Ogiamien* — recognized that the *Peiroo* exception does not bar all *habeas corpus* applications targeting a deprivation of liberty that arises from the immigration scheme.

[37] In *Chaudhary*, Rouleau J.A., writing for the court, distinguished the case before him from *Peiroo* by noting that the applicant in *Peiroo* had challenged aspects of her refugee status itself — an immigration determination for which the *IRPA* provided review as broad as *habeas corpus* — whereas the multiple applicants in *Chaudhary* challenged their detentions on the grounds that the extended duration or

constitutionnalité de la *Loi sur l’immigration* pour d’autres motifs. Même l’arrêt *Peiroo* n’a pas prescrit que l’*habeas corpus* ne pourrait *jamais* servir dans le contexte de l’immigration. Il a simplement décidé que la *Loi sur l’immigration* alors en vigueur était « au moins aussi large » que l’*habeas corpus* pour des [TRADUCTION] « questions d’immigration » comme celle de M<sup>me</sup> Peiroo. Celle-ci avait soutenu que le décideur avait commis une erreur en concluant qu’elle n’avait aucun fondement crédible pour sa demande d’asile et que sa détention était donc illégale.

[34] Enfin, l’arrêt *May* lui-même nous a incités à interpréter restrictivement les exceptions qui limitent l’accès à l’*habeas corpus* :

L’importance historique de l’*habeas corpus* dans la protection de diverses formes de liberté justifie un examen soigneux de toute évolution jurisprudentielle restreignant la compétence en matière d’*habeas corpus* et ne permet pas de le laisser se développer sans contrôle. Il importe que les exceptions à la compétence en matière d’*habeas corpus* et les circonstances dans lesquelles une cour supérieure peut décliner compétence demeurent bien définies et circonscrites. [par. 50]

[35] Pour ces motifs, j’estime qu’il ne faudrait pas donner à l’arrêt *May* un sens qui serait tel que l’exception établie par l’arrêt *Peiroo* écarte toutes les demandes d’*habeas corpus* qui se présentent dans le contexte de l’immigration, sans égard aux motifs invoqués pour remettre en cause la détention.

[36] Deux arrêts récents de la Cour d’appel de l’Ontario — *Chaudhary* et *Ogiamien* — ont reconnu que l’exception établie par l’arrêt *Peiroo* n’interdisait pas toutes les demandes d’*habeas corpus* visant une privation de liberté découlant du régime législatif applicable en matière d’immigration.

[37] Dans l’arrêt *Chaudhary*, le juge Rouleau, au nom de la Cour d’appel, a distingué l’affaire dont il était saisi de l’affaire *Peiroo*, en faisant remarquer que la demanderesse dans cette dernière avait remis en cause des aspects de son statut même de réfugiée — une décision en matière d’immigration pour laquelle la *LIPR* prévoyait un contrôle aussi large que l’*habeas corpus* — alors que les multiples

indeterminacy of detention offended s. 7 of the *Charter*. The Court of Appeal concluded that the *IRPA* was not as broad or advantageous as *habeas corpus* with respect to such queries. Moreover, the applicants challenged only their detention: the outcome of the applications would have no effect on their immigration status. Ultimately, provincial superior court jurisdiction was a necessary complement to the statutory scheme in order to protect the constitutional right to *habeas corpus*.

[38] Sharpe J.A. addressed similar facts in *Ogiamien*, finding that a 25-month detention — on the basis of an outstanding deportation order — was subject to *habeas corpus* review. Although the court found it was unnecessary to consider Mr. Ogiamien's contention that he should have been detained in an immigration holding centre rather than in a maximum security facility — given that specific complaint had been dealt with in a separate application — it noted that the principle applied in *Chaudhary* was not restricted to situations involving lengthy detentions of uncertain duration. Instead, the principle rested upon the Superior Court's broad residual jurisdiction to entertain *habeas corpus* applications subject only to the framework set out in *May* (*Ogiamien*, at paras. 38-42).

[39] I agree with the *Chaudhary* and *Ogiamien* approach, adopted by the Court of Appeal in this case. This approach properly flows from the principles set out by this Court in *May*.

[40] In sum, the *Peiroo* exception can be more clearly articulated as follows: an application for *habeas corpus* will be precluded only when a complete, comprehensive and expert scheme provides for review that is at least as broad and advantageous as *habeas corpus* with respect to the challenges raised by the *habeas corpus* application. An administrative

demandeurs dans l'affaire *Chaudhary* contestaient leur détention au motif que leur durée prolongée ou leur caractère indéterminé contrevenaient à l'art. 7 de la *Charte*. La Cour d'appel a conclu que la *LIPR* n'avait pas une portée aussi large ou avantageuse que l'*habeas corpus* en rapport avec de telles questions. De plus, les demandeurs ne remettaient en cause que leur détention; l'issue des demandes n'allait avoir aucun effet sur leur statut en matière d'immigration. En fin de compte, la compétence des cours supérieures provinciales constituait un complément nécessaire au régime législatif pour protéger le droit constitutionnel à l'*habeas corpus*.

[38] Le juge Sharpe de la Cour d'appel s'est penché sur des faits similaires dans l'arrêt *Ogiamien*, et il a conclu qu'une détention de 25 mois — en raison d'une mesure d'expulsion toujours en vigueur — était sujette à un examen par voie d'*habeas corpus*. Bien que la Cour d'appel ait conclu qu'il n'était pas nécessaire de prendre en considération la prétention de M. Ogiamien selon laquelle il aurait dû être détenu dans un centre de surveillance de l'immigration plutôt que dans un établissement à sécurité maximale — étant donné que cette plainte spécifique avait été étudiée dans le cadre d'une demande distincte —, elle a fait remarquer que le principe appliqué dans l'arrêt *Chaudhary* n'était pas limité aux situations comportant de longues detentions dont la durée était incertaine. Au lieu de cela, le principe reposait sur la vaste compétence résiduelle de la Cour supérieure d'entendre les demandes d'*habeas corpus*, sous réserve seulement du cadre établi dans *May* (*Ogiamien*, par. 38-42).

[39] Je souscris à l'approche préconisée par les arrêts *Chaudhary* et *Ogiamien*, qu'a adoptée la Cour d'appel dans la présente affaire. Cette approche découle comme il se doit des principes énoncés par la Cour dans *May*.

[40] En somme, l'exception établie par l'arrêt *Peiroo* peut être exprimée plus clairement ainsi : une demande d'*habeas corpus* n'est écartée que lorsqu'il existe un régime complet, exhaustif et spécialisé prévoyant une procédure d'examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l'*habeas corpus*, à la lumière des remises en cause de la détention

scheme may be sufficient to safeguard the interests protected by *habeas corpus* with respect to some types of challenges, but may also need to be re-examined with respect to others. It is thus essential to consider how the challenge to the unlawful detention is framed in the *habeas corpus* application.

#### A. *Determining When the Exception Applies*

[41] How, then, does a court determine whether there is “a complete, comprehensive and expert statutory scheme which provides for a review at least as broad as that available by way of *habeas corpus* and no less advantageous” such that an applicant will be precluded from bringing an application for *habeas corpus* (*May*, at para. 40)?

[42] First, it is necessary to ask upon what basis the legality of the detention is being challenged. In other words, what are the grounds in the applicant’s *habeas corpus* application? Reference to the categories in *Dumas* may be helpful to this inquiry. Is the applicant challenging an initial decision that resulted in detention, such as a removal order? Are they challenging the conditions of their detention? Or are they challenging the length and uncertain duration of their detention? Precisely delineating the grounds for the *habeas corpus* application is necessary in order to determine whether there is an effective statutory remedy to address those grounds.

[43] Second, it is necessary to ask whether there is a complete, comprehensive and expert scheme that is as broad and advantageous as *habeas corpus* in relation to the specific grounds in the *habeas corpus* application. Elements of the *IRPA* detention review scheme may speak to whether the scheme is complete, comprehensive and expert. However, the main issue in this case, and the focus of the parties’ submissions, is whether *IRPA* review is as broad and advantageous as *habeas corpus* with respect to the specific basis upon which Mr. Chhina challenged the legality of his detention. In this inquiry, it may

énoncées dans la demande d’*habeas corpus*. Un régime administratif peut suffire pour sauvegarder les droits protégés par l’*habeas corpus* relativement à certains types de contestations, mais il peut s’avérer nécessaire de l’examiner à nouveau dans d’autres cas. Il est donc essentiel de prendre en compte la manière dont la remise en cause de la légalité de la détention est formulée dans la demande d’*habeas corpus*.

#### A. *La détermination des circonstances dans lesquelles s’applique l’exception*

[41] Comment, alors, un tribunal détermine-t-il s’il existe « un régime complet, exhaustif et spécialisé prévoyant une procédure d’examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l’*habeas corpus* », de sorte qu’un demandeur sera empêché de présenter une demande d’*habeas corpus* (*May*, par. 40)?

[42] Premièrement, il faut se demander quel est le fondement de la remise en cause de la légalité de la détention. En d’autres termes, il faut déterminer quels sont les motifs invoqués au soutien de la demande d’*habeas corpus*. La référence aux catégories énumérées dans *Dumas* peut être utile à cet examen. Le demandeur conteste-t-il une décision initiale qui a entraîné la détention, comme une mesure de renvoi? Conteste-t-il les conditions de sa détention? Ou conteste-t-il la durée de sa détention et son caractère incertain? Il est nécessaire de circonscrire précisément les fondements de la demande d’*habeas corpus* afin de déterminer s’il existe un recours légal efficace pour répondre à ces motifs.

[43] Deuxièmement, il faut se demander s’il existe une procédure complète, exhaustive et spécialisée qui soit aussi large et avantageuse que l’*habeas corpus* relativement aux fondements spécifiques de la demande d’*habeas corpus*. Certains éléments du régime de contrôle de la détention établi par la *LIPR* permettent d’affirmer que le régime est complet, exhaustif et spécialisé. Toutefois, la principale question en litige en l’espèce, et celle sur laquelle se sont concentrées les observations des parties, est celle de savoir si le processus de contrôle établi par la *LIPR* est aussi large et avantageux que l’*habeas corpus* en

be helpful to look at whether a statutory scheme fails entirely to include the grounds set out in the application for *habeas corpus*. If so, the scheme will not be as broad and advantageous as *habeas corpus*. The scheme will also fail to oust *habeas corpus* if it provides for review on the grounds in the application, but the review process is not as broad and advantageous as that available through *habeas corpus*, considering both the nature of the process and any advantages each procedural vehicle may offer.

[44] As I shall explain, applying this framework to the facts of Mr. Chhina's case reveals that while the statutory scheme set out in the *IRPA*, including judicial review, may provide adequate review with respect to some matters, it is unable to effectively address the challenge raised by Mr. Chhina's application in a manner that is as broad and advantageous as *habeas corpus*.

#### B. *Identifying the Grounds of Mr. Chhina's Challenge*

[45] The first step is to identify the grounds raised in the *habeas corpus* application. Mr. Chhina challenged the legality of his detention on two grounds: that he was being held in inappropriate conditions and that the duration of his detention had become indeterminate and overly lengthy. Mr. Chhina argued that the length and duration of his detention violated his rights under ss. 7 and 9 of the *Charter* because there was no reasonable prospect that the immigration-related purposes justifying his detention would be achieved within a reasonable time. The courts below proceeded on the basis of this second ground: that the lengthy detention of indeterminate duration violated the *Charter*.

[46] Unlike in *Peiroo*, Mr. Chhina's application for *habeas corpus* had nothing to do with whether his inadmissibility or deportation were rightly or wrongly decided.

ce qui a trait aux fondements spécifiques de la remise en cause par M. Chhina de la légalité de sa détention. Dans le cadre de cet examen, il peut s'avérer utile d'examiner si le régime légal est muet quant aux fondements énoncés dans la demande d'*habeas corpus*. Si c'est le cas, ce régime n'est pas aussi large et avantageux que l'*habeas corpus*. Le régime ne pourra pas non plus écarter l'*habeas corpus* s'il prévoit un examen fondé sur les motifs invoqués dans la demande, mais que cet examen n'est pas aussi large et avantageux que celui de l'*habeas corpus*, en prenant en considération tant la nature de la procédure d'examen que tous les avantages pouvant être offerts par chacun des véhicules procéduraux.

[44] Comme je l'expliquerai, si on applique ce cadre aux faits de l'affaire de M. Chhina, on observe que, bien que le régime établi par la *LIPR* (y compris le contrôle judiciaire) puisse prévoir une procédure d'examen adéquate en rapport avec certaines questions, il ne peut répondre efficacement à la remise en cause formulée dans la demande de M. Chhina d'une manière aussi large et avantageuse que ne le ferait l'*habeas corpus*.

#### B. *La détermination des fondements de la remise en cause invoqués par M. Chhina*

[45] Il faut avant tout identifier les fondements de la demande d'*habeas corpus*. M. Chhina a contesté la légalité de sa détention pour deux motifs : parce qu'il était détenu dans des conditions inappropriées et parce que la durée de sa détention était devenue indéterminée et excessivement longue. M. Chhina a fait valoir que la longueur et la durée de sa détention violait ses droits protégés par les art. 7 et 9 de la *Charte*, parce qu'il n'y avait aucune perspective raisonnable que les objectifs liés à l'immigration qui justifiaient sa détention soient atteints dans un délai raisonnable. Les tribunaux d'instance inférieure ont fondé leur décision sur ce deuxième motif, à savoir que la détention prolongée d'une durée indéterminée violait la *Charte*.

[46] Contrairement à la demande en cause dans l'affaire *Peiroo*, la demande d'*habeas corpus* de M. Chhina n'avait rien à voir avec la question de savoir si les décisions sur son interdiction de territoire ou son expulsion étaient bien fondées ou erronées.

### C. *The IRPA Statutory Review Scheme*

[47] In determining whether the scheme provides for review as broad and advantageous as *habeas corpus*, the court should look at the actual alternatives for detention review realistically available to someone in Mr. Chhina's circumstances. As this Court stated in *May*, a "purposive approach . . . requires that we look at the entire context", which in that case included the relative disadvantages of judicial review in the Federal Court (*May*, at para. 65). This examination may include any administrative adjudicators, tribunals, and internal appeal mechanisms, as well as available judicial review or statutory appeal routes. In this case, I consider both the Immigration Division and the judicial review processes in the Federal Courts.

[48] I begin first with a general overview of how the *IRPA* scheme functions before considering whether it offers review as broad and advantageous as *habeas corpus*. The *IRPA* provides a detailed scheme to deal with the review of detention in the immigration context. Just as in the criminal context, a deprivation of liberty ordered pursuant to the *IRPA* must always be justified. Release is the default except where the Minister establishes that: the detainee is a danger to the public or is unlikely to appear at a hearing; the Minister is inquiring as to inadmissibility due to security risks, human rights violations or criminality; or the Minister has concerns about establishing the person's identity (*IRPA*, s. 58(1)). Each of these grounds of detention is determined in accordance with a list of immigration-specific factors set out in the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 244 to 249 (*IRPR*).

[49] Once an initial detention order has been made, the *IRPA* review process provides for periodic internal review of detention by members of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board, who are appointed in accordance

### C. *Le régime légal d'examen établi par la LIPR*

[47] Pour décider si le régime prévoit un examen aussi large et aussi avantageux que l'*habeas corpus*, le tribunal doit examiner les solutions de rechange véritables au contrôle de la détention dont peut réalistement se prévaloir quelqu'un qui se trouve dans la situation de M. Chhina. Comme l'a déclaré la Cour dans *May*, une « démarche téléologique oblige [. . .] à l'examen de l'ensemble du contexte », qui, dans cette affaire, comprenait les inconvénients relatifs au contrôle judiciaire devant la Cour fédérale (*May*, par. 65). Cet examen peut notamment viser à vérifier l'existence de recours à des arbitres ou à des tribunaux administratifs, de mécanismes d'appel internes ou de processus de contrôle judiciaire ou d'appel prévus par la loi. En l'espèce, je tiens compte tant de la Section de l'immigration que des processus de contrôle judiciaire qui peuvent se dérouler devant les Cours fédérales.

[48] Je commencerai en donnant un aperçu général de la façon dont fonctionne le régime établi par la *LIPR*. J'examinerai ensuite s'il donne lieu à un contrôle aussi large et avantageux que l'*habeas corpus*. La *LIPR* prévoit un régime détaillé qui permet le contrôle de la détention dans le contexte de l'immigration. Tout comme dans le contexte criminel, une privation de liberté ordonnée au titre de la *LIPR* doit toujours être justifiée. La mise en liberté est l'option par défaut, sauf lorsque le ministre démontre que le détenu constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement à une procédure; lorsque le ministre enquête sur l'interdiction de territoire en raison de risques de sécurité, d'atteinte aux droits de la personne ou de criminalité; ou lorsqu'il est préoccupé par le fait que l'identité de la personne n'a pas été prouvée (*LIPR*, par. 58(1)). Chacun de ces motifs de détention est déterminé en fonction d'une liste de critères spécifiques à l'immigration dressée dans le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 244 à 249 (*RIPR*).

[49] Une fois que la mesure initiale de mise en détention a été prise, la procédure d'examen de la *LIPR* en prévoit le contrôle interne périodique par des commissaires de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié,



with the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22 (*IRPA*, ss. 151 and 172(2)). A member of the Immigration Division must conduct an initial review within 48 hours of an individual being taken into immigration custody, as well as a review within the 7 following days, and additional reviews every 30 days thereafter (*IRPA*, s. 57).

[50] The *IRPA* also explicitly provides for judicial review of those decisions by the Federal Court (*IRPA*, s. 72). An appeal from this judicial review is available to the Federal Court of Appeal on a certified question of general importance (*IRPA*, s. 74(d)). All the review processes are intimately linked, as judicial review is circumscribed by the statutory mandate of the original decision-maker.

[51] Lastly, it should be noted that immigration officials are experts in applying their statutory mandate. Given its role in judicial review, the Federal Court has also developed significant familiarity with the immigration context and contributes an additional layer of immigration-related expertise.

[52] As this examination reveals, the review process set out in the *IRPA* is detailed and clear. The grounds for ordering or continuing detention are clear. Independent review is assured by judicial review through the Federal Courts. Clear remedies, namely release, exist.

[53] However, as I shall explain, *IRPA* proceedings do not provide for review as broad and advantageous as *habeas corpus* with respect to the specific basis upon which Mr. Chhina has challenged the legality of his detention.

D. *Is Review Under the IRPA as Broad and Advantageous as Habeas Corpus?*

[54] The scope of review under the *IRPA* must, of course, actually include the grounds Mr. Chhina has raised.

nommés conformément à la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22 (*LIPR*, art. 151 et par. 172(2)). Un premier contrôle doit être effectué par un commissaire de la Section de l'immigration dans les 48 heures suivant le début de la détention aux fins de l'immigration; il doit ensuite y avoir un nouveau contrôle dans les 7 jours suivants, puis d'autres tous les 30 jours par la suite (*LIPR*, art. 57).

[50] La *LIPR* prévoit en outre explicitement le contrôle judiciaire de ces décisions par la Cour fédérale (*LIPR*, art. 72). Un appel de ce contrôle judiciaire peut être interjeté devant la Cour d'appel fédérale sur une question certifiée de portée générale (*LIPR*, al. 74d)). Les procédures d'examen sont toutes intimement liées, puisque le contrôle judiciaire est circonscrit par le mandat que la loi confère au premier décideur.

[51] En dernier lieu, soulignons que les fonctionnaires de l'immigration sont experts dans l'exercice du mandat que leur confère la loi. Vu son rôle lors du contrôle judiciaire, la Cour fédérale a elle aussi acquis une connaissance approfondie du contexte de l'immigration et apporte un surcroît d'expertise en cette matière.

[52] Comme la présente analyse le révèle, le processus de contrôle établi par la *LIPR* est détaillé et clair. Les motifs pour ordonner la détention ou son maintien sont clairs. L'examen indépendant est assuré par un contrôle judiciaire qu'effectuent les Cours fédérales. Il existe une mesure de réparation évidente, soit la mise en liberté.

[53] Toutefois, comme je l'expliquerai, la procédure prescrite par la *LIPR* ne prévoit pas un contrôle aussi large et avantageux que celle en *habeas corpus* en ce qui a trait au fondement spécifique de la contestation par M. Chhina de la légalité de sa détention.

D. *Le contrôle sous le régime de la LIPR est-il aussi large et avantageux que l'habeas corpus?*

[54] La portée du contrôle prévue par la *LIPR* doit, bien entendu, effectivement viser les motifs invoqués par M. Chhina.

[55] Once the Minister has established grounds for detention, immigration officers and members of the Immigration Division must consider factors which may weigh in favour of release, set out at s. 248 of the *IRPR*:

- (a) the reason for detention;
- (b) the length of time in detention;
- (c) whether . . . that detention is likely to continue and, if so, [how long];
- (d) any unexplained delays or unexplained lack of diligence caused by the Department, the Canada Border Services Agency or the person concerned; and
- (e) the existence of alternatives to detention.

[56] To this list, the Federal Court of Appeal has added that the decision-maker must be mindful of the principles applicable to s. 7 of the *Charter* (*Canada (Minister of Citizenship & Immigration) v. Thanabalasingham*, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572, at para. 14).

[57] Mr. Chhina challenged the length, uncertain duration and conditions of his detention. The conditions in which a person is detained are notably absent from the language of s. 248 of the *IRPR*. Counsel for the appellant conceded as much, adding that the conditions of detention are properly within the ambit of the provincial correctional authorities or the Canadian Border Services Agency, not the Immigration Division (*Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 710, 25 Admin. L.R. (6th) 191, at para. 138). The Immigration Division has no explicit power to examine harsh or illegal conditions. This is to be contrasted with *habeas corpus*, which provides for review of any unlawful form of detention. The inability of a scheme to respond to the specific ground raised in an application of *habeas corpus* would mean that the scheme does not preclude *habeas corpus*. However, this ground of Mr. Chhina's *habeas corpus* application was not

[55] Une fois que le ministre a établi les motifs de la détention, les agents d'immigration et les commissaires de la Section de l'immigration doivent prendre en compte des critères, dont la liste est dressée à l'art. 248 du *RIPR*, qui peuvent favoriser la mise en liberté :

- a) le motif de la détention;
- b) la durée de la détention;
- c) . . . l'évaluation de la durée probable de la détention et, dans l'affirmative, [la durée de cette prolongation];
- d) les retards inexplicés ou le manque inexplicé de diligence de la part du ministère, de l'Agence des services frontaliers ou de l'intéressé;
- e) l'existence de solutions de rechange à la détention.

[56] À cette liste, la Cour d'appel fédérale a ajouté que le décideur devait prendre en compte les principes applicables à l'art. 7 de la *Charte* (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham*, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572, par. 14).

[57] Monsieur Chhina a contesté la durée de sa détention, le caractère incertain de cette durée ainsi que les conditions de cette détention. Il importe de noter que nulle part dans le texte de l'art. 248 de la *RIPR* n'est-il question des conditions dans lesquelles une personne est détenue. Le procureur de l'appellant l'a d'ailleurs reconnu, ajoutant que les conditions de détention relèvent des autorités correctionnelles provinciales ou de l'Agence des services frontaliers du Canada, et non de la Section de l'immigration (*Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 710, 25 Admin. L.R. (6th) 191, par. 138). La Section de l'immigration n'est investie d'aucun pouvoir explicite de contrôler les conditions difficiles ou illégales. En revanche, l'*habeas corpus* permet l'examen de toute forme illégale de détention. Si un régime est incapable de traiter le motif particulier soulevé dans une demande d'*habeas corpus*, il s'ensuit que ce régime n'écarte pas l'*habeas corpus*.

addressed by the Court of Appeal, nor was it argued before this Court.

[58] In contrast to the absence of conditions, the regulations do provide for consideration of the length and likely duration of detention (*IRPR*, s. 248(c) and (d)). The question thus becomes whether review of the length and duration of detention under the *IRPA* is as broad and advantageous as that available through *habeas corpus*. This requires consideration of the nature of the review process and any advantages provided by each procedural vehicle.

[59] I conclude that the *IRPA* does not provide for review as broad and advantageous as *habeas corpus* where the applicant alleges their immigration detention is unlawful on the grounds that it is lengthy and of uncertain duration. Taken as a whole, the scheme falls short in at least three important ways. First, the onus in detention review under the *IRPA* is less advantageous to detainees than in *habeas corpus* proceedings. Second, the scope of review before the Federal Courts is narrower than that of a provincial superior court's consideration of a *habeas corpus* application. Third, *habeas corpus* provides a more timely remedy than that afforded by judicial review.

[60] Under the *IRPA*, the Minister need only make out a *prima facie* case for continued detention (e.g., indicate that the detainee is a continued flight risk) in order to shift the onus to the detainee to justify release. While the *IRPA* places the onus on the Minister to demonstrate a ground for detention (*IRPA*, s. 58), the regulations simply state that the length and likely duration of detention (among other factors) “shall be considered before a decision is made on detention or release” (*IRPR*, s. 248). The Federal Court has interpreted the regulations as imposing the onus on the detainees to demonstrate that their continued detention would be unlawful in light of the s. 248

Cela dit, la Cour d'appel n'a pas traité de ce motif de la demande d'*habeas corpus* de M. Chhina, et il n'a pas non plus été plaidé devant la Cour.

[58] Contrairement à ce qu'il en est relativement aux conditions de la détention, le règlement prévoit effectivement la prise en compte de sa durée et du fait qu'elle est susceptible de se prolonger (*RIPR*, al. 248c) et d)). La question est donc de savoir si l'examen de la durée et de la prolongation de la détention sous le régime de la *LIPR* est aussi large et avantageux que celui qui découle d'une demande d'*habeas corpus*. Pour trancher cette question, il faut se pencher sur la nature de la procédure d'examen ainsi que sur tous les avantages fournis par chacun des véhicules procéduraux.

[59] Je conclus que la *LIPR* ne permet pas un contrôle aussi large et aussi avantageux que celui mené dans le contexte d'une demande d'*habeas corpus* lorsque le demandeur allègue que sa détention aux fins de l'immigration est illégale au motif qu'elle est longue et de durée incertaine. Considéré globalement, le régime est insuffisant à au moins trois égards importants. Premièrement, le fardeau dont doit s'acquitter le détenu lors du contrôle de sa détention sous le régime de la *LIPR* lui est moins favorable que celui qui lui incombe dans le cadre d'une instance d'*habeas corpus*. Deuxièmement, la portée du contrôle devant les Cours fédérales est plus étroite que celle de l'examen par une cour supérieure provinciale d'une demande d'*habeas corpus*. Troisièmement, l'*habeas corpus* fournit un recours plus rapidement accessible que celui du contrôle judiciaire.

[60] Sous le régime de la *LIPR*, il suffit que le ministre établisse une preuve *prima facie* qu'il y a lieu de maintenir la détention (p. ex., en indiquant que le détenu risque toujours de prendre la fuite) pour qu'il incombe au détenu de justifier sa mise en liberté. Si la *LIPR* impose bel et bien au ministre le fardeau d'établir un motif de détention (*LIPR*, art. 58), le règlement affirme simplement que le temps passé en détention et la durée probable de celle-ci (entre autres facteurs) « doivent être pris[es] en compte avant qu'une décision ne soit prise quant à la détention ou la mise en liberté » (*RIPR*, art. 248). La Cour fédérale a interprété le règlement comme

factors (*Thanabalasingham*, at para. 16; *Chaudhary*, at para. 86; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Lunyamila*, 2016 FC 1199, [2017] 3 F.C.R. 428). This understanding of who bears the onus is consistent with the general principle that a *Charter* applicant bears the onus of establishing a *Charter* infringement. In addition, while s. 248 provides that an Immigration Division member must consider certain factors, the regulations provide no guidance as to *how* the length and duration of detention are to be considered and, crucially, when these factors might be outweighed by others — such as the reason for detention. Thus, as Rouleau J.A. has correctly observed, the *IRPA* does not require the Minister to explain or justify the length and uncertain duration of a detention, because the Minister need only establish one of the grounds at s. 58 of the scheme in order to shift the onus to the detainee (*Chaudhary*, at para. 86). This contrasts sharply with *habeas corpus* where, subject to raising a legitimate ground, the onus is on the Minister to justify the legality of the detention in any respect. As noted by this Court in *Mission Institution v. Khela*, the onus in *habeas corpus* is of particular historical significance:

This particular shift in onus is unique to the writ of *habeas corpus*. Shifting the legal burden on the detaining authorities is compatible with the very foundation of the law of *habeas corpus*, namely that a deprivation of liberty is permissible only if the party effecting the deprivation can demonstrate that it is justified. [para. 40]

[61] Further, on judicial review to the Federal Court, the onus lies squarely upon the applicant to establish that the decision is unreasonable (*Mission Institution v. Khela*, at para. 40).

[62] Moreover, under the *IRPA* the Minister may satisfy its onus by relying on reasons given at a prior detention hearing. This practice has been encouraged by the Federal Courts, which have held that, while

imposant le fardeau au détenu de démontrer que la poursuite de sa détention serait illégale à la lumière des facteurs énumérés à l’art. 248 (*Thanabalasingham*, par. 16; *Chaudhary*, par. 86; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Lunyamila*, 2016 CF 1199, [2017] 3 R.C.F. 428). Cette interprétation est conforme au principe général selon lequel l’auteur d’une demande fondée sur la *Charte* a le fardeau d’en établir l’atteinte. En outre, même si l’art. 248 prévoit qu’un commissaire de la Section de l’immigration doit examiner certains facteurs, le règlement ne donne aucune ligne directrice quant à *la façon* de prendre en compte la durée et sa prolongation ainsi que, et cela est crucial, quant au moment où ces critères pourraient être écartés par d’autres — comme le fondement de la détention. Par conséquent, comme l’a souligné à juste titre le juge Rouleau de la Cour d’appel, la *LIPR* n’oblige pas le ministre à expliquer ou à justifier la durée d’une détention et le caractère incertain de cette durée, car il suffit qu’il établisse un seul des motifs énoncés à l’art. 58 du régime pour déplacer le fardeau sur le détenu (*Chaudhary*, par. 86). Cela contraste nettement avec la procédure d’*habeas corpus*, dans le cadre de laquelle le ministre a le fardeau de justifier la légalité de la détention à tous égards, à moins que ne soit soulevée un doute quant à la légalité de la restriction à sa liberté. Comme l’a souligné la Cour dans *Établissement de Mission c. Khela*, le fardeau de la preuve dans le contexte d’une demande d’*habeas corpus* revêt une importance historique particulière :

Ce déplacement particulier du fardeau de la preuve est propre au bref d’*habeas corpus*. L’attribution de ce fardeau aux autorités carcérales exprime le fondement même du droit en matière d’*habeas corpus*, selon lequel une privation de liberté n’est autorisée que lorsque la personne qui l’a ordonné peut démontrer qu’elle est justifiée. [par. 40]

[61] En outre, dans le cadre d’un contrôle judiciaire en Cour fédérale, le fardeau d’établir que la décision est déraisonnable repose carrément sur le demandeur (*Établissement Mission c. Khela*, par. 40).

[62] De plus, suivant la *LIPR*, le ministre peut s’acquitter de son fardeau en se fondant sur des motifs donnés lors d’une audience antérieure sur la détention. Cette pratique a été encouragée par les Cours

previous detention decisions are not binding, “if a member chooses to depart from prior decisions to detain, clear and compelling reasons for doing so must be set out” (*Thanabalasingham*, at para. 10; see also, among others: *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Mehmedovic*, 2018 FC 729, at para. 19 (CanLII); *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Torres*, 2017 FC 918, at para. 20 (CanLII); *Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) v. Karimi-Arshad*, 2010 FC 964, 373 F.T.R. 292, at para. 16). In other words, immigration officials may rely entirely on reasons given by previous officials to order continued detention and remain fully compliant with the *IRPA* scheme. In practice, the periodic reviews mandated by the *IRPA* are susceptible to self-referential reasoning, instead of constituting a fresh and independent look at a detainee’s circumstances.

[63] Thus, the scheme fails to provide the detainee with the fresh and focussed review provided by *habeas corpus*, where the Minister bears the onus. The fresh evidence filed before this Court emphasizes the above points. An external audit commissioned by the chair of the Immigration and Refugee Board offers a timely, and frankly unfortunate, picture of how the scheme is being administered for those in long-term detention. The 2018 audit highlights how, in practice, detainees do not receive the full benefit of the scheme:

- in principle, the Immigration Division should place the onus on the Minister to continue detention; in practice they often fail to do so (2017/2018, Audit, at p. 18);
- in principle, the Immigration Division should be approaching each detention review afresh; in practice, the Immigration Division is overly reliant on past detention review decisions (2017/2018, Audit, pp. 31-32);
- in principle, the Immigration Division should be impartial and independent from the Canadian Border Services Agency; in practice, the

fédérales qui ont jugé que, bien qu’il ne soit pas lié par les décisions antérieures relatives à la détention, « il faut, dans les cas où un commissaire décide d’aller à l’encontre des décisions antérieures ordonnant la détention d’une personne, que des motifs clairs et convaincants soient énoncés » (*Thanabalasingham*, par. 10; voir aussi, notamment : *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Mehmedovic*, 2018 CF 729, par. 19 (CanLII); *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Torres*, 2017 CF 918, par. 20 (CanLII); *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Karimi-Arshad*, 2010 CF 964, par. 16 (CanLII)). Autrement dit, un agent d’immigration peut se fier entièrement aux motifs prononcés par les agents qui l’ont précédé pour ordonner le maintien en détention, et toujours se conformer en tout point au régime créé par la *LIPR*. En pratique, les examens périodiques prévus par la *LIPR* sont susceptibles de faire l’objet d’un raisonnement autoréférentiel, au lieu de constituer un examen nouveau et indépendant de la situation du détenu.

[63] En conséquence, le régime n’offre pas au détenu le contrôle nouveau et précis que procure l’*habeas corpus*, où le ministre assume le fardeau. Les nouveaux éléments de preuve déposés devant la Cour mettent en évidence les points susmentionnés. Une vérification externe demandée par le président de la Commission de l’immigration et du statut de réfugiés donne, en temps opportun, un portrait franchement désolant de la façon dont le régime est administré pour les personnes en détention de longue durée. La vérification de 2018 souligne comment, en pratique, les détenus ne tirent pas pleinement parti du régime :

- en principe, la Section de l’immigration devrait imposer au ministre le fardeau pour le maintien de la détention; en pratique, elle omet souvent de le faire (2017/2018, vérification, p. 18);
- en principe, la Section de l’immigration devrait reprendre à neuf chaque contrôle de la détention; en pratique, elle s’appuie excessivement sur des décisions antérieures en matière de contrôle de la détention (2017/2018, vérification, p. 31-32);
- en principe, la Section de l’immigration devrait être impartiale et indépendante de l’Agence des services frontaliers du Canada; en pratique,



Immigration Division often overly relies on the Canada Border Services Agency's submissions (2017/2018, Audit, pp. 17-18); and

- in principle, the Immigration Division should be reviewing *IRPA* detentions for compliance with ss. 7, 9, and 12 of the *Charter*; in practice, as a result of their failure to consider each detention review afresh, they do not do so (2017/2018, Audit, pp. 31-32).

[64] The second disadvantage of the *IRPA* scheme is the scope of review. As a practical matter, the Immigration Division does not conduct a fresh review of each periodic detention, as discussed above; as such, the scope of review before the Federal Courts is correspondingly narrower than review on *habeas corpus*. The broad review provided by *habeas corpus* grapples with detention as a whole. This case, for example, required a holistic consideration of Mr. Chhina's *Charter* rights and how they may have been violated — not by an individual decision but by the overall context of his detention. This type of inquiry is closely tied to the expertise of the provincial superior courts (*May*, at para. 68; see also *Mission Institution v. Khela*, at para. 45; *Chaudhary*, at para. 102). Relief through judicial review on the other hand, may be sought only with respect to a single decision, which in the *IRPA* context is generally the most recent 30-day review (*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 302).

[65] Further, the remedies available on judicial review are more limited and less advantageous to a detainee than on *habeas corpus*. Although the Federal Courts do have limited powers of *mandamus* — the power to require a decision-maker to take positive action, such as requiring the Immigration Division to release a detainee — I am aware of no cases in which release has been ordered. To the extent that they can exercise this power, the remedy is granted

dans bien des cas, la Section de l'immigration s'appuie excessivement sur les observations de l'Agence canadienne des services frontaliers (2017/2018, vérification, p. 17-18);

- en principe, la Section de l'immigration devrait examiner les détentions ordonnées sous le régime de la *LIPR* pour juger de leur conformité au regard des art. 7, 9 et 12 de la *Charte*; en pratique, faute de reprendre à neuf chaque contrôle de la détention, elle ne le fait pas (2017/2018, vérification, p. 31-32).

[64] Le deuxième désavantage du régime créé par la *LIPR* réside dans la portée du contrôle. Sur le plan pratique, comme je l'ai déjà mentionné, la Section de l'immigration ne procède pas à neuf chaque fois qu'elle fait un examen périodique des motifs de la détention; ainsi, la portée du contrôle devant les Cours fédérales est comparativement plus étroite que celle du contrôle par voie d'*habeas corpus*. Le large examen que permet de faire une demande d'*habeas corpus* porte sur la détention dans son ensemble. Par exemple, la présente cause requérait un examen global des droits que la *Charte* garantit à M. Chhina et de la façon dont ils ont pu être violés — non pas par une décision en particulier, mais par le contexte général de sa détention. Ce type d'analyse est étroitement lié à l'expertise des cours supérieures provinciales (*May*, par. 68; voir aussi *Établissement de Mission c. Khela*, par. 45; *Chaudhary*, par. 102). En revanche, on ne peut demander une réparation au moyen d'un contrôle judiciaire qu'à l'encontre d'une seule décision, laquelle, dans le contexte de la *LIPR*, est habituellement celle rendue à l'issue du plus récent contrôle aux 30 jours des motifs de détention (*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, art. 302).

[65] De plus, les réparations auxquelles le contrôle judiciaire donne ouverture sont plus limitées et moins avantageuses pour un détenu que celles auxquelles peut mener une demande d'*habeas corpus*. Bien que les Cours fédérales détiennent des pouvoirs limités pour rendre des ordonnances de *mandamus* — le pouvoir d'obliger un décideur à prendre une mesure concrète, par exemple d'obliger la Section de l'immigration à libérer un détenu —, je n'ai connaissance

only where “certain relatively rarely occurring prerequisites are met” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2018 FCA 132, at para. 28 (CanLII)). Instead, a successful judicial review will generally result in an order for redetermination, requiring further hearings to obtain release and thereby extending detention. This is to be contrasted with *habeas corpus*, where release is ordered immediately once the relevant authority has failed to justify the deprivation of liberty.

[66] Lastly, *habeas corpus* provides a more timely remedy than those available through the *IRPA*. Leave is required for judicial review of a detention decision made under the *IRPA*, and perfecting an application for leave on judicial review can take up to 85 days (*IRPA*, s. 72(2)(b); *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, rr. 10(1), 11 and 13). As the Federal Court has acknowledged, even in the best of circumstances, it is thus impracticable for judicial review to occur before the next 30-day detention review has been held, rendering the outcome of the judicial review moot (*Canada (Citizenship and Immigration) v. B386*, 2011 FC 175, [2012] 4 F.C.R. 220, at para. 13; *Chaudhary*, at para. 94). The remedy of a rehearing restarts the review process, leading to further delays. This cycle of mootness at the judicial review stage acts as a barrier to timely and effective relief.

[67] In contrast, the importance of *habeas corpus* as a “swift and imperative remedy” has long been recognized (*Mission Institution v. Khela*, at para. 3; *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526, at p. 591). Courts across the country have acknowledged this by enacting rules that prioritize the hearing of *habeas corpus* applications. *Habeas corpus* writs are “returnable immediately” before a superior court judge in Ontario, and the hearing of *habeas corpus*

d’aucune affaire où la libération a été ordonnée. Dans la mesure où ce pouvoir peut être exercé, la réparation n’est accordée que « lorsque certaines conditions préalables relativement rares sont réunies » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2018 CAF 132, par. 28 (CanLII)). Généralement, une demande de contrôle judiciaire accueillie donne plutôt lieu à une ordonnance de réexamen, lequel nécessite la tenue d’audiences supplémentaires pour obtenir la libération et allonge de ce fait la détention. En revanche, dans le cas d’une demande d’*habeas corpus*, la libération est ordonnée dès que l’autorité compétente n’a pas été en mesure de justifier la privation de liberté.

[66] Enfin, l’*habeas corpus* permet d’obtenir une réparation plus rapidement que ne le permet la *LIPR*. Le contrôle judiciaire d’une décision relative à une détention sous le régime de la *LIPR* requiert l’obtention préalable d’une autorisation. Or, la mise en état d’une demande d’autorisation de contrôle judiciaire peut prendre jusqu’à 85 jours (*LIPR*, al. 72(2)(b); *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d’immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, par. 10(1) et art. 11 et 13). Comme l’a reconnu la Cour fédérale, même dans le meilleur des cas, il est donc impossible d’obtenir le contrôle judiciaire avant la tenue du prochain contrôle de la détention, soit dans un délai de 30 jours, rendant théorique le résultat du contrôle judiciaire en question (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. B386*, 2011 CF 175, [2012] 4 R.C.F. 220, par. 13; *Chaudhary*, par. 94). La réparation sous forme de réexamen fait recommencer le processus de contrôle, occasionnant d’autres délais. Cette succession de résultats à caractère théorique au stade du contrôle judiciaire fait obstacle à une réparation efficace applicable en temps opportun.

[67] Par contre, l’importance de l’*habeas corpus* en tant que [TRADUCTION] « recours rapide et impératif » est reconnue depuis longtemps (*Établissement de Mission c. Khela*, par. 3; *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526, p. 591). Des ressorts partout au pays l’ont reconnu en adoptant des règles faisant en sorte de prioriser l’audition des demandes d’*habeas corpus*. Le bref d’*habeas corpus* est « rapportable immédiatement » devant un juge d’une

applications have priority over other business of the court in both Quebec and Nova Scotia (*Habeas Corpus Act*, R.S.O. 1990, c. H.1, s. 1(1); *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, art. 82 para. 3; *Nova Scotia Civil Procedure Rules*, r. 7.13(1); see also *Criminal Procedure Rules of the Supreme Court of the Northwest Territories*, *Canada Gazette*, SI/98-78, ss. 103 to 107). The advantages *habeas corpus* offers with respect to timeliness are especially relevant to an application like Mr. Chhina's, which was primarily concerned with the duration of his detention.

[68] In sum, the *IRPA* fails to provide relief that is as broad and advantageous as *habeas corpus* in response to Mr. Chhina's challenge to the legality of the length and uncertain duration of his detention.

#### V. Motion to Vary the Record

[69] On appeal before this Court, the respondent brought a motion to vary the record and file new evidence. This new evidence included a troubling audit that found examples of maladministration within the *IRPA* scheme, resulting in some detainees being kept in a cycle of long-term detention.

[70] While the evidence was not necessary to resolve this appeal, it is admissible pursuant to *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775. The evidence is new, relevant, credible and confirmatory in that it provides statistical evidence supporting the argument that the *IRPA* scheme is not as broad and advantageous as *habeas corpus* for lengthy detentions, particularly with regards to the onus borne by the applicant at each successive detention review. In this case, even without regard to this evidence, it was clear that the statutory scheme, including judicial review at the Federal Courts, is not as advantageous as *habeas corpus* given the nature of the challenge.

cour supérieure de l'Ontario et l'instruction d'une demande d'*habeas corpus* a priorité sur toutes les autres affaires dont le tribunal est saisi au Québec et en Nouvelle-Écosse (*Loi sur l'habeas corpus*, L.R.O. 1990, c. H.1, par. 1(1); *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 82 al. 3; *Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse*, par. 7.13(1); voir aussi *Règles de procédure en matière criminelle de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest*, TR/98-78, art. 103 à 107). Les avantages offerts par l'*habeas corpus* en ce qui a trait à la promptitude sont particulièrement pertinents à l'égard d'une demande comme celle de M. Chhina, qui portait principalement sur la durée de sa détention.

[68] En résumé, la *LIPR* n'offre pas un recours aussi large et avantageux que la demande d'*habeas corpus* pour répondre à la remise en cause de M. Chhina quant à la légalité de la durée de sa détention ou de son caractère incertain.

#### V. La requête en modification du dossier

[69] Dans le cadre du pourvoi devant la Cour, l'intimé a présenté une requête en modification de dossier et pour être autorisé à déposer de nouveaux éléments de preuve. Ceux-ci comprenaient une vérification troublante qui a relevé des exemples de mauvaise administration au sein du régime créé par la *LIPR*, faisant en sorte que plusieurs détenus sont maintenus en un cycle de détention de longue durée.

[70] Les éléments de preuve en question n'étaient pas nécessaires pour trancher le présent pourvoi, mais ils sont admissibles, en application de l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, p. 775. Ces éléments de preuve sont nouveaux, pertinents, plausibles et confirmatifs, en ce qu'ils offrent des éléments statistiques pour appuyer l'argument selon lequel le régime de la *LIPR* n'est pas aussi large et avantageux que celui de l'*habeas corpus* eu égard aux détentions de longue durée, en particulier au regard du fardeau imposé au demandeur à chacun des contrôles successifs de sa détention. Dans la présente affaire, même en ne tenant pas compte de ces éléments de preuve, il est évident que le régime légal, y compris le contrôle judiciaire en Cour fédérale, n'est pas aussi avantageux que l'*habeas corpus*, vu la nature de la remise en cause.

## VI. Conclusion

[71] *Habeas corpus* is a fundamental and historic remedy which allows individuals to seek a determination as to the legality of their detention. A provincial superior court should decline its *habeas corpus* jurisdiction only when faced with a complete, comprehensive and expert scheme which provides review that is at least as broad and advantageous as *habeas corpus* with respect to the grounds raised by the applicant. Although our legal system continues to evolve, *habeas corpus* “remains as fundamental to our modern conception of liberty as it was in the days of King John” and any exceptions to its availability must be carefully limited (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 28). The *IRPA* has been held to be a complete, comprehensive and expert scheme for immigration matters generally, but it is unable to respond to Mr. Chhina’s challenge in a manner that is as broad and advantageous as *habeas corpus* and the Alberta Court of Queen’s Bench erred in declining to hear Mr. Chhina’s *habeas corpus* application. For these reasons, I would allow the motion to adduce new evidence and dismiss the appeal with costs on the basis agreed by the parties.

The following are the reasons delivered by

[72] ABELLA J. (dissenting) — I share the majority’s view that there should be assertive and rigorous scrutiny of the lawfulness of any deprivation of liberty. That is why, in my respectful view, the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (*IRPA*), should be interpreted in a way that guarantees the fullest possible range of scrutiny for detention, including the conditions of detention. I see nothing in the language of the *Act* that precludes such a comprehensive review. In fact, I think the basis for the entire scheme *requires* it. On the other hand, interpreting it in a way that restricts the contours of the scrutiny unduly interferes with the rights of the detainee and with the legislature’s intention that

## VI. Conclusion

[71] *L’habeas corpus* constitue un recours fondamental et historique qui permet à des personnes de solliciter une décision quant à la légalité de leur détention. Une cour supérieure provinciale ne devrait refuser d’exercer sa compétence relative à *l’habeas corpus* que lorsqu’elle est en présence d’un régime complet, exhaustif et spécialisé qui prévoit une procédure d’examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de *l’habeas corpus*, relativement aux motifs soulevés par le demandeur. L’évolution de notre système juridique se poursuit, mais *l’habeas corpus* « demeure aussi fondamental dans notre conception moderne de la liberté qu’il l’était à l’époque du Roi Jean », et toute exception à sa disponibilité doit être circonscrite avec soin (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 28). Il a bel et bien été jugé que le régime de la *LIPR* était complet, exhaustif et spécialisé pour les questions d’immigration de manière générale, mais il ne peut répondre à la remise en cause formulée par M. Chhina d’une façon aussi vaste et avantageuse que *l’habeas corpus*. La Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a donc commis une erreur en refusant d’entendre sa demande d’*habeas corpus*. Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir la requête en en production de nouveaux éléments de preuve et de rejeter le pourvoi avec les dépens adjugés conformément à l’entente convenue par les parties.

Version française des motifs rendus par

[72] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Je conviens avec la majorité que la légalité de toute privation de liberté devrait faire l’objet d’un examen ferme et rigoureux. C’est pourquoi, à mon avis, la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (*LIPR*), doit être interprétée de telle sorte qu’elle garantit le contrôle le plus exhaustif qui soit des motifs de la détention, notamment des conditions de détention. Je ne vois rien dans la *Loi* qui empêche un contrôle aussi exhaustif. En fait, j’estime que toute son économie l’exige. Par ailleurs, une interprétation qui restreint la portée du contrôle porte indûment atteinte aux droits du détenu et ne respecte pas l’intention du législateur qui souhaitait une intégration

those rights be fully and generously integrated with the purposes of the whole scheme.

[73] Moreover, interpreting the *Act* in a way that excludes the possibility of reviewing *all* aspects of immigration detention, including its conditions and lawfulness, essentially and inappropriately reads out the detention review process in *IRPA*. Why would any detainee settle for a partial review of his or her detention under *IRPA* if they could receive a more expansive one under *habeas corpus*? By narrowing the range of detention review available under *IRPA*, the majority's interpretation has the effect of elevating *habeas corpus* into the only meaningful route offering detainees a full review of their detention. This relegates the *Act* to a second-best role, and creates a two-tier process of detention review whereby those who choose the *Act*'s menu are deemed to be consigned to a lesser remedial buffet.

[74] The better approach is to continue to read the language of *IRPA* in a manner that is as broad and advantageous as *habeas corpus* and ensures the complete, comprehensive and expert review of immigration detention that it was intended to provide, as all of this Court's previous jurisprudence has done. It is far more consistent with the purposes of the scheme to breathe the fullest possible remedial life into the *Act* than to essentially invite detainees to avoid the exclusive scheme and pursue their analogous remedies elsewhere.

### I. Background

[75] Tusif Ur Rehman Chhina was born in Pakistan. He entered Canada in December 2006 and obtained refugee status under a false name. When the Minister of Citizenship and Immigration discovered Mr. Chhina's misrepresentation, he applied to the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board to remove Mr. Chhina's refugee status.

complète et généreuse de ces droits avec l'objet de l'ensemble du régime.

[73] Qui plus est, une interprétation de la *Loi* qui écarte la possibilité d'examiner *tous* les aspects de la détention aux fins de l'immigration, y compris ses conditions et sa légalité, exclut à toutes fins utiles et de manière inappropriée le processus de contrôle des motifs de la détention établi par la *LIPR*. Pourquoi un détenu se contenterait-il d'un contrôle partiel de sa détention en application de la *LIPR* s'il peut bénéficier d'un examen plus large en recourant à l'*habeas corpus*? En restreignant la portée du contrôle des motifs de la détention que prévoit la *LIPR*, l'interprétation préconisée par les juges majoritaires fait en sorte que l'*habeas corpus* devient le seul recours utile dont disposent les détenus qui souhaitent obtenir un contrôle complet de leur détention. En plus de reléguer le rôle de la *Loi* au second plan, cette interprétation crée un processus de contrôle de la détention à deux niveaux dans le cadre duquel ceux qui choisissent le menu prévu par la *Loi* disposent d'un buffet de mesures de réparation plus restreint.

[74] Il est préférable de continuer à interpréter les dispositions de la *LIPR* d'une manière qui soit aussi large et avantageuse que l'*habeas corpus* et qui assure l'examen complet, exhaustif et spécialisé de la détention aux fins de l'immigration qu'elle était censée offrir, comme l'a fait toute la jurisprudence antérieure de la Cour. Une interprétation qui insuffle le plus d'éléments réparateurs possible dans la *Loi* s'harmonise bien davantage avec l'économie de celle-ci qu'une interprétation qui incite à toutes fins utiles les détenus à éviter le régime exclusif et à exercer leurs recours analogues ailleurs.

### I. Faits

[75] Tusif Ur Rehman Chhina est né au Pakistan. Il est entré au Canada en décembre 2006 et a obtenu le statut de réfugié sous un faux nom. Lorsque le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a été mis au courant de la fausse déclaration de M. Chhina, il a demandé à la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de retirer à M. Chhina son statut de réfugié.



[76] The Refugee Protection Division granted the Minister's application in February 2012. It determined that Mr. Chhina was inadmissible to Canada on the basis of serious criminality, and issued a deportation order against him. In response to the deportation order, the Canadian Border Services Agency began taking steps to obtain the necessary travel documents for Mr. Chhina's return to Pakistan.

[77] Before he could be deported from Canada, Mr. Chhina was convicted of various criminal offences and incarcerated for three years. When he was released in April 2013, Mr. Chhina was taken immediately into immigration detention on the grounds that he would likely pose a danger to the public and would be unlikely to appear for his removal from Canada if released.

[78] As required by the *Act*, a member of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board reviewed Mr. Chhina's detention within 48 hours of this detention and again within 7 days. Thereafter, the Immigration Division reviewed his detention at least every 30 days. His release was ordered on terms and conditions by Leeann King after a detention review in November 2013. Member King explained:

[I]t will be an indeterminate amount of time before Pakistan issues a travel document if they even ever do because there's no way to know what the holdup is at this point after full cooperation from Mr. Chhina and his family . . . .

So what I have to consider is the Regulations under 248 which are borrowed verbatim from the decision of *Sahin* which relates to section 7 of the Charter and detaining people for lengthy and indeterminate amounts of time when there are alternatives to look at, alternatives to detention that could reduce the risks posed.

(A.R., vol. II, at p. 106)

[76] La Section de la protection des réfugiés a fait droit à la demande du ministre en février 2012. Elle a conclu que M. Chhina était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité et a pris une mesure d'expulsion contre lui. Par suite de cette mesure, l'Agence des services frontaliers du Canada a entrepris des démarches pour obtenir les titres de voyage nécessaires au retour de M. Chhina au Pakistan.

[77] Avant même que la mesure d'expulsion puisse être exécutée, M. Chhina a été déclaré coupable de diverses infractions criminelles et il a été incarcéré pendant trois ans. Lorsqu'il a été mis en liberté en avril 2013, M. Chhina a immédiatement été placé dans un centre de détention aux fins de l'immigration au motif qu'il constituait un danger pour la sécurité publique et qu'il se soustrairait vraisemblablement à son renvoi du Canada s'il était mis en liberté.

[78] Ainsi que l'exige la *Loi*, un commissaire de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a procédé au contrôle des motifs de la détention de M. Chhina dans les 48 heures, puis à nouveau 7 jours plus tard. Par la suite, la Section de l'immigration a procédé à un nouveau contrôle des motifs de la détention de M. Chhina au moins tous les 30 jours. La commissaire Leeann King a ordonné la mise en liberté sous condition de M. Chhina après un contrôle des motifs de sa détention effectué en novembre 2013. Voici les explications qu'elle a alors données :

[TRADUCTION] [U]ne période indéterminée s'écoulera avant que les autorités du Pakistan délivrent un titre de voyage, si jamais elles le font, parce qu'il n'y a aucun moyen de savoir à ce moment-ci ce qui empêche les choses d'avancer, malgré l'entière collaboration de M. Chhina et de sa famille . . . .

Je dois donc tenir compte des facteurs énumérés à l'art. 248 du Règlement, qui sont tirés textuellement de la décision *Sahin*. Celle-ci concerne l'art. 7 de la Charte et la détention de personnes pour des périodes longues et indéterminées lorsqu'existent des solutions de rechange à la détention qui pourraient réduire les risques connexes.

(d.a., vol. II, p. 106)

[79] Mr. Chhina breached the conditions of his release by failing to report to the Canadian Border Services Agency as required. Border Services issued a warrant for his arrest in December 2013, but Mr. Chhina could not be located for a year. He was finally arrested by the police in December 2014 for crimes committed since his release. He was detained on those criminal charges until November 2015, at which point he was again taken directly into immigration detention.

[80] The Immigration Division reviewed his detention the next day and ordered his continued detention on the bases that he was unlikely to appear for removal from Canada and that he posed a danger to the public. The Immigration Division continued to review Mr. Chhina's detention as required by ss. 57 and 58 of *IRPA* and s. 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (*Regulations*), which guarantee immigration detainees like Mr. Chhina an opportunity to challenge the lawfulness of their detention before the Immigration Division at least every 30 days.

[81] Border Services continued its efforts to return Mr. Chhina to Pakistan. It requested travel documents from Pakistan on three occasions over three and one half years. Pakistan did not accede to these requests. While Pakistan had at one time acknowledged that Mr. Chhina was a Pakistani citizen, it subsequently resiled from that position and said it would not issue a travel document because it could not verify Mr. Chhina's national status. Border Services learned that Pakistan refused to issue a travel document in December 2015 and then made efforts to establish his true identity.

[82] Mr. Chhina pursued the statutory remedies available to him to challenge the lawfulness of his continued detention under *IRPA*. But he also sought to access the alternative remedy of *habeas corpus*

[79] M. Chhina n'a pas respecté les conditions de sa mise en liberté en omettant de se présenter à l'Agence des services frontaliers du Canada, comme il devait le faire. L'Agence a délivré un mandat d'arrestation contre lui en décembre 2013, mais M. Chhina a disparu pendant un an. Il a finalement été arrêté par la police en décembre 2014 pour des crimes commis après sa mise en liberté. Il a été détenu relativement à ces accusations criminelles jusqu'en novembre 2015, après quoi il a été de nouveau conduit directement dans un centre de détention aux fins de l'immigration.

[80] La Section de l'immigration a procédé au contrôle des motifs de la détention de M. Chhina le lendemain et a ordonné le maintien de celle-ci au motif qu'il se soustrairait vraisemblablement à son renvoi du Canada et qu'il constituait un danger pour la sécurité publique. La Section de l'immigration a continué à contrôler les motifs de la détention de M. Chhina, ainsi que l'exigent les art. 57 et 58 de la *LIPR* et l'art. 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (*Règlement*), qui garantissent aux personnes détenues aux fins de l'immigration, comme M. Chhina, la possibilité de contester la légalité de leur détention devant la Section de l'immigration au moins tous les 30 jours.

[81] L'Agence des services frontaliers du Canada a poursuivi ses démarches en vue de renvoyer M. Chhina au Pakistan. Elle a demandé des titres de voyage au Pakistan à trois reprises sur une période de trois ans et demi. Le Pakistan n'a pas obtempéré aux demandes en question. Même s'il avait déjà reconnu à un certain moment que M. Chhina était un citoyen pakistanais, le Pakistan est revenu sur cette position par la suite et a affirmé qu'il ne délivrerait pas de titre de voyage, parce qu'il ne pouvait pas vérifier la nationalité de M. Chhina. Après avoir appris en décembre 2015 que le Pakistan refusait de délivrer un titre de voyage, l'Agence des services frontaliers du Canada a entrepris des démarches pour établir la véritable identité de M. Chhina.

[82] M. Chhina a exercé les recours que la *LIPR* mettait à sa disposition pour contester la légalité de son maintien en détention. Cependant, il a également tenté de recourir à la procédure d'*habeas corpus* en

by emphasizing the *constitutional* nature of his challenge based on ss. 7, 9 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[83] The application judge in the Court of Queen's Bench, Mahoney J., declined to exercise *habeas corpus* jurisdiction on the basis that the *IRPA* scheme for immigration detention review provides a complete, comprehensive and expert procedure for the review of Immigration Division decisions. He found that the case was an immigration matter within the jurisdiction and expertise of the Federal Court.

[84] The Alberta Court of Appeal held that the application judge erred in declining to exercise *habeas corpus* jurisdiction. In its view, *habeas corpus* review offers greater advantages to detainees like Mr. Chhina than the *IRPA* scheme.

[85] The Alberta Court of Appeal's decision, which followed and endorsed the Court of Appeal for Ontario's decision in *Chaudhary v. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Preparedness)* (2015), 127 O.R. (3d) 401 (C.A.), departed from settled law. This Court has repeatedly held that the *IRPA* scheme for the review of immigration detention decisions is a complete, comprehensive and expert scheme that is at least as broad as, and no less advantageous than, review by way of *habeas corpus*. I see no reason to depart from it now. If anything, this case presents an opportunity to confirm that the process and substance of detention reviews under *IRPA* should be as advantageous as *habeas corpus*, so that detainees get expeditious access to the fullest possible review of the terms and conditions of their detention.

## II. Analysis

[86] *Habeas corpus*, the traditional route to assessing the lawfulness of deprivations of liberty, has

insistant sur la nature *constitutionnelle* de sa contestation fondée sur les art. 7, 9 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[83] Le juge Mahoney, qui siégeait comme juge des requêtes à la Cour du Banc de la Reine, a refusé d'exercer sa compétence en matière d'*habeas corpus* au motif que les dispositions de la *LIPR* concernant le contrôle des motifs de la détention aux fins de l'immigration prévoyaient une procédure complète, exhaustive et spécialisée pour le contrôle des décisions de la Section de l'immigration. Il a conclu que l'affaire concernait une question d'immigration relevant de la compétence et de l'expertise de la Cour fédérale.

[84] La Cour d'appel de l'Alberta a conclu que le juge des requêtes avait commis une erreur en refusant d'exercer sa compétence en matière d'*habeas corpus*. De l'avis de la Cour d'appel, la procédure d'*habeas corpus* était plus avantageuse que le régime créé par la *LIPR* pour les détenus comme M. Chhina.

[85] En rendant cette décision, la Cour d'appel de l'Alberta a souscrit à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Chaudhary c. Canada (Minister of Public Safety & Emergency Preparedness)* (2015), 127 O.R. (3d) 401 (C.A.), mais s'est écartée des principes juridiques établis. En effet, la Cour a répété à maintes reprises que les dispositions de la *LIPR* concernant le contrôle des décisions relatives à la détention aux fins de l'immigration constituent un régime complet, exhaustif et spécialisé qui prévoit une procédure d'examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l'*habeas corpus*. Je ne vois aucune raison de conclure différemment aujourd'hui. La présente affaire offre plutôt l'occasion de confirmer que les règles de procédure et de fond qui régissent le contrôle des motifs de la détention sous le régime de la *LIPR* devraient être aussi avantageuses que celles de l'*habeas corpus*, de manière à ce que les détenus puissent bénéficier en temps opportun du contrôle le plus complet qui soit des conditions de leur détention.

## II. Analyse

[86] Les fondements historiques de l'*habeas corpus* — la procédure traditionnelle servant à évaluer

historic roots which have spawned a variety of statutory remedies whose goal is to preserve the same protections. These can be found, among other statutes, in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which confers jurisdiction on appellate courts to correct the errors of a lower court and release the applicant (see, for example, *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at pp. 636-37; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665 (bail review); *Staetter v. British Columbia (Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2017 BCCA 68 (Review Board custodial dispositions)).

[87] They are also found in *IRPA*. Their legitimacy as a genuine alternative to *habeas corpus* was judicially considered and endorsed in *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *Peiroo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.), leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. x; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *May v. Ferndale Institution*, [2005] 3 S.C.R. 809. Each of these decisions emphasized that the *habeas corpus*-like remedies available in what was intended to be an exclusive statutory scheme, were “as broad as or broader than the traditional scope of review by way of *habeas corpus*” (*Peiroo*, at p. 261).

[88] The issue in this appeal is whether that remains the case, namely, that the immigration scheme is able to continue to provide as fulsome a package of protections as does *habeas corpus*, or whether the scheme no longer provides analogous benefits, thereby justifying a departure from our jurisprudence.

[89] Statutory schemes like *IRPA* that replace *habeas corpus* with equally effective remedies have long been upheld (Judith Farbey and Robert J. Sharpe, with Simon Atrill, *The Law of Habeas Corpus* (3rd ed. 2011), at p. 49). As the Court of Appeal for Ontario recently observed in *Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)* (2017), 55 Imm. L.R. (4th) 220 (Ont. C.A.), *habeas corpus* cannot be used to mount a collateral attack on immigration

la privation de la liberté — sont aussi la source de différents recours d’origine législative qui visent à offrir les mêmes protections. Ces recours sont prévus notamment dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui habilite les cours d’appel à corriger les erreurs des juridictions d’instances inférieures et à libérer le demandeur (voir, par exemple, *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 636-637; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665 (révision de l’ordonnance de mise en liberté sous caution); *Staetter c. British Columbia (Adult Forensic Psychiatric Services)*, 2017 BCCA 68 (ordonnances de détention de la Commission d’examen)).

[87] Des recours de cette nature sont également prévus dans la *LIPR*. Leur légitimité en tant que solution de rechange valable à la procédure d’*habeas corpus* a été examinée par les tribunaux et reconnue dans les arrêts *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *Peiroo c. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.), autorisation d’appel refusée, [1989] 2 R.C.S. x; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *May c. Établissement Ferndale*, [2005] 3 R.C.S. 809. Dans chacune de ces décisions, il a été reconnu que les recours semblables à l’*habeas corpus* qui peuvent être exercés en application d’un régime légal conçu pour être un régime exclusif avaient une [TRADUCTION] « portée au moins aussi large que celle traditionnelle de l’*habeas corpus* » (*Peiroo*, p. 261).

[88] Le présent pourvoi soulève la question de savoir si cela est toujours le cas, c’est-à-dire si le régime d’immigration peut continuer à offrir un éventail de protections aussi complet que la procédure d’*habeas corpus*, ou s’il n’offre plus des avantages analogues, ce qui justifierait de nous écarter de notre jurisprudence.

[89] Les régimes établis par des lois comme la *LIPR* qui remplacent l’*habeas corpus* par des recours tout aussi efficaces sont reconnus depuis longtemps (Judith Farbey et Robert J. Sharpe, avec Simon Atrill, *The Law of Habeas Corpus* (3<sup>e</sup> éd. 2011), p. 49). Ainsi que la Cour d’appel de l’Ontario l’a récemment souligné dans l’arrêt *Ogiamien c. Ontario (Community Safety and Correctional Services)* (2017), 55 Imm. L.R. (4th) 220 (C.A. Ont.), on ne peut pas se servir

decisions for which a comprehensive review process exists (para. 14).

[90] The statutory scheme for immigration detention review set out in *IRPA*, together with the *Regulations* and the *Immigration Division Rules*, SOR/2002-229, mandates prompt, regular, accessible and *Charter*-compliant review of immigration detention decisions by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board, an independent, quasi-judicial administrative tribunal with specialized knowledge of immigration matters, including immigration detention.

[91] The *IRPA* scheme was intended to provide the same fulsome, *Charter*-compliant review of immigration detention as *habeas corpus*. Section 3(3)(d) of *IRPA* codifies the Immigration Division members' obligation to exercise their discretion in accordance with the *Charter*:

### Application

(3) This Act is to be construed and applied in a manner that

...

(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

[92] This means that the *Charter* governs the exercise of discretion under the *Act* and informs the interpretation of its provisions in a manner that allows for the fullest possible review of a detainee's loss of liberty. The *Act* must therefore be interpreted in a way that does not circumscribe its purposes but instead gives it the widest possible scope for implementing its objectives through rigorous substantive

de l'*habeas corpus* pour contester incidemment des décisions en matière d'immigration pour lesquelles il existe déjà un processus du contrôle exhaustif (par. 14).

[90] Le régime légal établi par la *LIPR*, le *Règlement* et les *Règles de la Section de l'immigration*, DORS/2002-229, en matière de contrôle des motifs de la détention aux fins de l'immigration exige un examen rapide, régulier, accessible et conforme à la *Charte* des décisions rendues en la matière par la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui est un tribunal administratif quasi judiciaire indépendant possédant des connaissances spécialisées dans ce domaine, notamment en ce qui concerne la détention aux fins de l'immigration.

[91] Le régime établi par la *LIPR* vise à assurer le même contrôle complet et conforme à la *Charte* de la détention aux fins de l'immigration que celui qu'offre l'*habeas corpus*. L'alinéa 3(3)d) de la *LIPR* codifie l'obligation qu'ont les commissaires de la Section de l'immigration d'exercer leur pouvoir discrétionnaire conformément à la *Charte* :

### Interprétation et mise en œuvre

(3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

...

d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre des langues officielles du Canada;

[92] La *Charte* encadre par conséquent l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu par la *Loi* et propose, en ce qui concerne l'interprétation du régime lui-même, certaines balises qui permettent d'en interpréter les dispositions d'une manière qui assure le contrôle le plus complet possible de la privation de liberté du détenu. Il faut donc interpréter la *Loi* d'une manière qui n'en restreint pas l'objet, mais



detention review. The application of the *Charter* to the *IRPA* scheme guarantees the full panoply of rights to detained individuals. This extends to matters of timeliness and access to the statutory remedies, the nature of the review, onus and expertise.

[93] The suggestion that a full review of detention can only occur under *habeas corpus* is a bow to the seductive attraction of the label without recognizing that it unnecessarily fetters the comprehensive review of the lawfulness of detention provided in the *Act*. It also departs from a long-standing jurisprudential consensus: that the *IRPA* scheme for the review of immigration detention decisions provides a remedy to detainees that is at least as broad, and no less advantageous than review by way of *habeas corpus*. In my respectful view, there is no principled reason to abandon the sound logic in *Pringle*, *Peiroo*, *Reza* and *May*.

[94] At the time *Pringle* was decided in 1972, the *Immigration Appeal Board Act*, S.C. 1966-67, c. 90, had recently been amended to provide a scheme for the review of deportation orders by the Immigration Appeal Board, an independent administrative tribunal vested with all the powers of a superior court of record. The applicant appealed to the Board after an immigration official issued a deportation order against him. At the same time, he commenced *certiorari* proceedings in the superior court to have the deportation order quashed. His application for *certiorari* was dismissed at first instance but granted on appeal to the Court of Appeal for Ontario. Before this Court, the appeal turned on whether the superior court had *certiorari* jurisdiction to quash a deportation order made pursuant to the *Immigration Act*, R.S.C. 1952, c. 325.

qui lui donne au contraire la plus large portée qui soit afin d'assurer la réalisation de ses objectifs par un contrôle rigoureux de la détention. L'application de la *Charte* au régime établi par la *LIPR* garantit aux détenus une protection qui découle de toute la panoplie des droits, ce qui comprend les questions de célérité et d'accès aux recours prévus par la loi, la nature du contrôle, le fardeau de la preuve et l'expertise.

[93] L'idée selon laquelle un examen complet de la détention ne peut avoir lieu que dans le cadre de l'*habeas corpus* s'explique sans doute par l'étiquette séduisante que l'on accole à cette procédure. Elle méconnaît toutefois qu'on restreint ainsi inutilement le contrôle exhaustif de la légalité de la détention prévu par la *Loi*. Elle fait également fi d'un principe qui fait consensus depuis longtemps dans la jurisprudence, soit que le régime établi par la *LIPR* pour assurer le contrôle des décisions relatives à la détention aux fins de l'immigration offre aux détenus un recours au moins aussi large et aussi avantageux que le contrôle exercé par voie d'*habeas corpus*. À mon avis, il n'y a aucune raison de principe qui justifie d'écarter le raisonnement solide suivi dans les arrêts *Pringle*, *Peiroo*, *Reza* et *May*.

[94] Au moment où la décision a été rendue dans l'affaire *Pringle* en 1972, le législateur venait de modifier la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.C. 1966-67, c. 90, afin de créer un régime de contrôle des ordonnances d'expulsion par la Commission d'appel de l'immigration, un tribunal administratif indépendant investi de tous les pouvoirs d'une cour supérieure d'archives. Le demandeur avait interjeté appel auprès de la Commission après qu'un enquêteur en matière d'immigration eut rendu une ordonnance d'expulsion contre lui. Au même moment, il a présenté une demande de *certiorari* devant la cour supérieure afin de faire annuler cette ordonnance. Sa demande de *certiorari* a été rejetée en première instance, mais la Cour d'appel de l'Ontario y a fait droit. Devant la Cour, le pourvoi concernait la question de savoir si la cour supérieure avait compétence en matière de *certiorari* pour annuler une ordonnance d'expulsion rendue en application de la *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1952, c. 325.

[95] Laskin J. concluded that amendments to the *Immigration Appeal Board Act* establishing the Immigration Appeal Board and conferring certain power to it had “brought into the law a wider avenue for initial appeal from deportation orders than theretofore existed” (p. 825). He wrote:

[The *Immigration Appeal Board Act*] and the *Immigration Act*, and the Regulations promulgated under each of them, constitute a code for the administration of immigration matters and for the review of proceedings in such matters. There is no common law of immigration. Parliament’s authority to establish such a code is not challenged; nor is Parliament’s authority to deny or remove *certiorari* jurisdiction from provincial superior courts over deportation orders. [p. 825]

[96] Laskin J. held that the amended *Immigration Appeal Board Act*, with its new scheme for the administrative review of immigration deportation orders, ousted the *certiorari* jurisdiction of the superior court. He rejected the contention that Parliament, in enacting the new immigration scheme, had not clearly expressed an intention that the scheme should remove *certiorari* jurisdiction from the provincial superior courts. On the contrary, he saw s. 22 of the scheme as expressly endowing the Immigration Appeal Board with “sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of fact or law, including questions of jurisdiction”. In Laskin J.’s view, the plain meaning of the statute was to exclude any other court or tribunal from entertaining the same proceedings:

The result I would reach goes beyond literal justification in the language of s. 22. The facts of the present case show the incompatibility of the appellate jurisdiction vested in the Board with the survival of *certiorari* in provincial superior courts. It was not suggested that the appeal to the Board would be aborted by proceedings to quash taken in the Supreme Court of Ontario. In fact, Fraser did

[95] Le juge Laskin a conclu que les modifications apportées à la *Loi sur la Commission d’appel de l’immigration* en vue de constituer la Commission d’appel de l’immigration et de la doter de certains pouvoirs avaient « élargi, par rapport au régime antérieur, les voies de recours pour les appels au premier degré à l’encontre des ordonnances d’expulsion » (p. 825). Le juge Laskin a également formulé les remarques suivantes :

[La *Loi sur la Commission d’appel de l’immigration*] et la *Loi sur l’immigration*, ainsi que les règlements établis en vertu de chacune d’elles, constituent un code à la fois de l’administration des matières relatives à l’immigration et de la révision des procédures faites en ces matières. Il n’y a pas de *common law* de l’immigration. L’autorité du Parlement d’établir un tel code n’est pas contestée, pas plus que ne l’est son autorité de refuser ou d’enlever aux cours supérieures provinciales la compétence en matière de *certiorari* quant aux ordonnances d’expulsion. [p. 825-826]

[96] Le juge Laskin a décidé que la *Loi sur la Commission d’appel de l’immigration* et son nouveau régime relatif au contrôle administratif des ordonnances d’expulsion avaient eu pour effet d’écarter la compétence de la cour supérieure en matière de *certiorari*. Il a rejeté l’argument selon lequel le législateur n’avait pas clairement exprimé, dans le nouveau régime d’immigration, son intention que le régime retire aux cours supérieures provinciales leur compétence en matière de *certiorari*. Au contraire, il a estimé que l’art. 22 du régime conférait expressément à la Commission d’appel de l’immigration la « compétence exclusive pour entendre et décider toutes questions de fait ou de droit, y compris les questions de compétence ». Selon le juge Laskin, le sens ordinaire du texte législatif illustre qu’il visait clairement à empêcher que tout autre cour de justice ou tribunal administratif soit saisi de la même demande :

La conclusion à laquelle j’en arriverais va au-delà du sens littéral des termes de l’art. 22. Les faits de l’espèce démontrent que la juridiction d’appel conférée à la Commission est inconciliable avec le maintien de la compétence en matière de *certiorari* des cours supérieures provinciales. Il n’a pas été avancé que des procédures en annulation engagées en Cour suprême de l’Ontario feraient

not abandon his appeal upon taking *certiorari* proceedings. However, I do not propose to deal with this case as if an election of remedies had been made and that this must determine the outcome. Certainly, the likelihood of two conflicting decisions (each ultimately appealable to this Court) has nothing to commend it. The only practical resolution is to recognize the exclusiveness of the special procedure ordained by Parliament. [p. 827]

[97] Laskin J. compared *certiorari* to *habeas corpus*, holding that both are remedial proceedings whose “availability may depend on whether [they are] prescribed as a remedy by the competent legislature” (p. 826, citing *In re Storgoff*, [1945] S.C.R. 526). These remedies have “no necessary ongoing life in relation to all matters for which [they] could be used, if competent excluding legislation is enacted” (pp. 826-27).

[98] The principles articulated in *Pringle* were adopted in *Peiroo*. In *Peiroo*, the applicant made a refugee claim in Canada. The Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board determined there was no credible basis to her claim and issued a removal order pursuant to the provisions of what was then the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2. Ms. Peiroo was placed in immigration detention. She sought to contest the finding of no credible basis and the removal order by applying to the provincial superior court for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. Her application was dismissed and she appealed to the Court of Appeal for Ontario.

[99] The Court of Appeal considered whether it should decline to exercise its *habeas corpus* jurisdiction to review Ms. Peiroo’s detention in favour of the alternative remedies available to her to challenge the impugned immigration decisions. Catzman J.A., writing for the court, noted that *habeas corpus* is an extraordinary remedy that does not generally lie where there is an alternative remedy available (see *Peiroo*, at p. 257, citing Cameron Harvey, *The*

échouer l’appel interjeté à la Commission. En fait, Fraser n’a pas abandonné son appel en engageant des procédures en *certiorari*. Cependant, je n’ai pas l’intention de traiter cette affaire comme si un choix de recours s’était exercé et que ce choix dictait la décision à prendre. Certes, la possibilité de deux décisions contradictoires (chacune pouvant faire l’objet d’un appel ultime à cette Cour) n’a rien de recommandable. La seule solution pratique est de reconnaître l’exclusivité de la procédure spéciale prescrite par le Parlement. [p. 827]

[97] Après avoir comparé le *certiorari* à l’*habeas corpus*, le juge Laskin a conclu qu’il s’agissait, dans les deux cas, de mesures de réparation dont l’« application dépend de la question de savoir si la législature compétente le[s] prescrit comme recours » (p. 826, citant l’arrêt *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526). Ces recours « ne s’appliqu[ent] pas nécessairement à toutes les matières à l’égard desquelles on pourrait [les] employer, si une loi valide d’exclusion est adoptée » (p. 827).

[98] Les principes formulés dans *Pringle* ont été adoptés dans l’arrêt *Peiroo*. Dans cette dernière affaire, la demanderesse avait présenté une demande d’asile au Canada. La Section du statut de réfugié de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié avait conclu à l’absence de fondement crédible de cette demande et avait pris une mesure de renvoi conformément aux dispositions de ce qui était alors la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2. Madame Peiroo a été placée dans un centre de détention aux fins de l’immigration. Elle a tenté de contester la conclusion d’absence de fondement crédible et la mesure de renvoi en présentant à la cour supérieure provinciale une demande d’*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. Sa demande a été rejetée et elle a interjeté appel devant la Cour d’appel de l’Ontario.

[99] La Cour d’appel s’est demandé si elle devait refuser d’exercer sa compétence en matière d’*habeas corpus* pour contrôler la détention de M<sup>me</sup> Peiroo et si elle devait accorder la préférence aux autres recours dont celle-ci disposait pour contester les décisions rendues contre elle en matière d’immigration. S’exprimant au nom de la Cour d’appel de l’Ontario, le juge Catzman a souligné que l’*habeas corpus* était un recours extraordinaire qui ne pouvait généralement

*Law of Habeas Corpus in Canada* (1974), at p. 13; Roger Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (4th ed. 1984), at p. 521).

[100] Catzman J.A. compared *habeas corpus* with the available remedies under the *Immigration Act* to challenge removal orders and credible basis findings. The Act expressly provided for an appeal with leave to the Federal Court of Canada. Catzman J.A. observed that the grounds and scope of review set out in the appeal provisions of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, “are as broad as, and — in the power to examine erroneous findings of fact — probably broader than, those on which the [superior court] exercises its jurisdiction on applications for *habeas corpus* with *certiorari* in aid” (p. 258).

[101] Catzman J.A. concluded that the review and appeal mechanisms contemplated in the Act were “as broad as or broader than the traditional scope of review by way of *habeas corpus*”. As a result, the statutory scheme did not run afoul of the principle that individuals “should not be refused the ancient remedy of *habeas corpus* on account of the availability of some less expeditious and advantageous alternative remedy” (p. 258, citing *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam*, [1973] 2 All E.R. 741 (C.A.), at p. 758, aff’d [1973] 2 All E.R. 765 (H.L.)). He explained:

Parliament has established in the [*Immigration Act*], particularly in the recent amendments which specifically address the disposition of claims of persons in the position of the appellant, a comprehensive scheme to regulate the determination of such claims and to provide for review and appeal in the Federal Court of Canada of decisions and orders made under the Act, the ambit of which review and appeal is as broad as or broader than the traditional scope of review by way of *habeas corpus* with *certiorari* in aid. In the absence of any showing that the available review and appeal process established by Parliament is inappropriate or less advantageous than the *habeas corpus* jurisdiction of the [provincial superior court], it is my view that this court should, in the exercise of its discretion, decline to

pas être exercé lorsqu’il existait un autre recours (voir *Peiroo*, p. 257, citant Cameron Harvey, *The Law of Habeas Corpus in Canada* (1974), p. 13; Roger Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (4<sup>e</sup> éd. 1984), p. 521).

[100] Le juge Catzman a comparé l’*habeas corpus* aux recours que la *Loi sur l’immigration* permettait d’exercer pour contester les mesures de renvoi et les conclusions relatives au fondement crédible. La Loi prévoyait expressément un appel devant la Cour fédérale du Canada, avec l’autorisation de celle-ci. Le juge Catzman a souligné que les motifs et la portée du contrôle prévus par les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, c. F-7, en matière d’appel [TRADUCTION] « sont aussi larges, et — en ce qui concerne le pouvoir d’examiner des conclusions de fait erronées — probablement plus larges que ceux qui constituent le fondement de la compétence exercée par [la cour supérieure] dans les demandes d’*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire » (p. 258).

[101] Le juge Catzman a conclu que la portée des mécanismes de contrôle et d’appel prévus par la Loi était [TRADUCTION] « aussi large ou plus large que celle traditionnelle de l’*habeas corpus* ». En conséquence, le régime légal n’allait pas à l’encontre du principe selon lequel « il n’y a pas lieu de refuser l’accès à l’ancien recours en *habeas corpus* en raison de l’existence d’un autre recours moins rapide et moins avantageux » (p. 258, citant *R. c. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam*, [1973] 2 All E.R. 741 (C.A.), p. 758, conf. par [1973] 2 All E.R. 765 (H.L.)). Voici les explications qu’il a données à ce sujet :

[TRADUCTION] Le législateur a établi dans la [*Loi sur l’immigration*], plus particulièrement dans les modifications récentes concernant précisément le traitement des revendications de personnes dans la situation de l’appelante, un régime exhaustif comportant des procédures de contrôle et d’appel, devant la Cour fédérale du Canada, des décisions et ordonnances prises en vertu de la Loi, procédures dont la portée est au moins aussi large que celle de l’*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. En l’absence de quelque preuve que ce soit que les procédures de contrôle et d’appel prévues par le législateur sont inadéquates ou moins avantageuses que la compétence de la Cour suprême de l’Ontario en matière d’*habeas corpus*, je suis d’avis que la Cour devrait, dans l’exercice de son

grant relief upon the application for *habeas corpus* in the present case, which clearly falls within the purview of that statutory review and appeal process.

I am fortified in this conclusion by the observation that similar considerations appear to have moved the Supreme Court of Canada to hold that where there is a legislative initiative purporting to provide a whole scheme or code for the administration and review of proceedings in a field like immigration (*Pringle v. Fraser* . . . [1972] S.C.R. 821), or human rights (*Board of Governors of Seneca College of Applied Arts & Technology v. Bhadauria* . . . [1981] 2 S.C.R. 181 . . .), such a scheme should not be by-passed, either by evolving a new cause of action (as in *Bhadauria*) or by the use of a prerogative writ (as in *Pringle*). Both jurisprudence and logic would suggest that this Court should leave the review of immigration matters with the Federal Court of Canada, which has review and appeal jurisdiction with respect to many aspects of immigration law and which has geographical jurisdiction throughout Canada, and thus can deal with claims of refugee claimants wherever their point of entry. [pp. 261-62]

[102] This became known as “the *Peiroo* exception”, namely, where Parliament has put in place a complete, comprehensive and expert statutory scheme providing for review of detention that is at least as broad as, and no less advantageous than *habeas corpus* review, superior courts should decline to exercise their *habeas corpus* jurisdiction in favour of that statutory scheme.

[103] This Court applied the *Peiroo* exception in *Reza*. Like *Peiroo*, *Reza* involved a refugee claim. Mr. Reza claimed protection in Canada as a Convention refugee. A tribunal established under the Transitional Provisions of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. 28 (4th Supp.), determined that there was no credible basis to his claim and issued a deportation order against him. Mr. Reza was unsuccessful at his review by an immigration officer on humanitarian grounds and sought leave to commence judicial review of the immigration officer’s decision in the Federal Court.

pouvoir discrétionnaire, refuser d’accorder la réparation demandée en l’espèce dans le cadre de la demande d’*habeas corpus* qui s’inscrit nettement dans le régime de contrôle et d’appel prévu par la Loi.

Cette conclusion est renforcée par le fait que des considérations similaires semblent avoir incité la Cour suprême du Canada à statuer que lorsque le législateur a instauré un régime ou un code complet pour l’administration et l’examen des procédures dans un domaine comme l’immigration (*Pringle c. Fraser* [ . . . ] [1972] R.C.S. 821), ou les droits de la personne (*Seneca College c. Bhadauria* [ . . . ] [1981] 2 R.C.S. 181 [ . . . ]), il n’y a pas lieu de contourner ce régime, que ce soit en créant une nouvelle cause d’action (comme dans l’arrêt *Bhadauria*) ou en utilisant le bref de prérogative (comme dans l’arrêt *Pringle*). Tant la jurisprudence que la logique justifient la Cour de laisser le contrôle des affaires d’immigration à la Cour fédérale du Canada, qui est habilitée à réviser, que ce soit dans le cadre d’un appel ou d’un contrôle judiciaire, de nombreux aspects du droit de l’immigration et dont la compétence territoriale couvre l’ensemble du Canada, ce qui lui permet de traiter les demandes des demandeurs d’asile, quel que soit le lieu de leur point d’entrée. [p. 261-262]

[102] C’est ce qu’on en est venu à appeler l’« exception établie par l’arrêt *Peiroo* », selon laquelle, lorsque le législateur a instauré un régime complet, exhaustif et spécialisé prévoyant une procédure d’examen de la détention aussi large et aussi avantageuse que celle de l’*habeas corpus*, les cours supérieures devraient refuser d’exercer leur compétence en matière d’*habeas corpus* et donner prépondérance au régime ainsi établi par la loi.

[103] La Cour a appliqué l’exception établie par l’arrêt *Peiroo* dans l’arrêt *Reza*, qui, comme l’affaire *Peiroo*, portait sur une revendication du statut de réfugié. M. Reza avait revendiqué au Canada le statut de réfugié au sens de la Convention. Un tribunal constitué sous le régime des dispositions transitoires de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, c. 28 (4<sup>e</sup> suppl.), avait conclu que la revendication de M. Reza n’avait pas de fondement crédible et avait donc pris une mesure d’expulsion contre lui. M. Reza n’a pas obtenu gain de cause dans sa demande de contrôle pour des considérations humanitaires soumise à un agent d’immigration. Il a ensuite demandé à la Cour fédérale l’autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de l’agent en question.



[104] Mr. Reza subsequently challenged the constitutionality of the *Immigration Act* in the superior court. The motion judge stayed the constitutional challenge because the Federal Court had concurrent jurisdiction and was the more appropriate forum for the challenge. Concluding that he was bound by *Peiroo*, he said:

In the absence of any showing that the available review process and appeal process is inappropriate or less advantageous than the habeas corpus jurisdiction of this Court, this Court should, in the exercise of its discretion, decline to grant relief on a habeas corpus application. Both jurisprudence and logic would support that this Court should leave the review of the immigration matters with the Federal Court of Canada: *Re Peiroo* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (O.C.A.). To the same effect is the C.A. decision in *Sheperd* (1989) 52 C.C.C. (3d) 386. I am of course bound by these decisions.

The case at bar does not involve an application for habeas corpus relief, but the relief sought, by way of declaration and injunctive relief, is also discretionary in this Court. The Federal Court has jurisdiction to grant the relief sought in this application and in my view the principles set out by the C.A. in *Peiroo* and in *Sheperd* are applicable to the case at bar. The circumstances described by Campbell in *Bembeneck* 69 C.C.C. (3d) 34 which influenced the Court to take jurisdiction, are not present here.

As to whether the process is less advantageous in the Federal Court, as indicated, the relief is available in that Court and in my view the requirement of leave in that Court to make a claim for a declaratory judgment does not make the process less advantageous . . . .

Accordingly, it is my view that this proceeding should be stayed and I so order. [pp. 399-400]

[105] A majority in the Court of Appeal for Ontario reversed the motion judge's decision. This Court allowed the appeal on the basis of the comprehensive scheme dealing with the same issues. The *Immigration Act* in force at the time gave the Federal Court an exclusive statutory mandate over immigration matters. As in *Peiroo*, the Court found that Parliament, in

[104] Par la suite, M. Reza a contesté la constitutionnalité de la *Loi sur l'immigration* devant la cour supérieure. Le juge des requêtes a ordonné le sursis de la contestation constitutionnelle au motif que la Cour fédérale avait compétence concurrente sur la question et qu'il était plus approprié que ce soit cette dernière qui tranche la contestation constitutionnelle. S'estimant lié par l'arrêt *Peiroo*, le juge des requêtes a déclaré :

[TRADUCTION] En l'absence de toute preuve que les procédures de contrôle et d'appel sont inadéquates ou moins avantageuses que la compétence de notre Cour en matière d'habeas corpus, notre Cour devrait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser d'accorder la réparation demandée dans le cadre d'une demande d'habeas corpus. Tant la jurisprudence que la logique justifient notre Cour de laisser à la Cour fédérale du Canada le contrôle des affaires d'immigration : *Re Peiroo* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.O.). La décision de la C.A. dans *Sheperd* (1989) 52 C.C.C. (3d) 386 est au même effet. Je suis évidemment lié par ces arrêts.

En l'espèce, il ne s'agit pas d'une demande d'habeas corpus, mais la réparation demandée au moyen du jugement déclaratoire et de l'injonction, relève également du pouvoir discrétionnaire de notre Cour. La Cour fédérale a compétence pour accorder la réparation demandée et, à mon avis, les principes énoncés dans les arrêts de la C.A. *Peiroo* et *Sheperd* s'appliquent en l'espèce. Les circonstances décrites par Campbell dans *Bembeneck* 69 C.C.C. (3d) 34, qui ont amené la cour à exercer sa compétence, ne se retrouvent pas en l'espèce.

Quant à savoir si le processus est moins avantageux en Cour fédérale, comme on l'a indiqué, cette dernière peut accorder la réparation et, à mon avis, l'obligation d'obtenir son autorisation pour demander un jugement déclaratoire ne rend pas le processus moins avantageux. . .

En conséquence, je suis d'avis de surseoir à la présente procédure. [p. 399-400]

[105] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont infirmé la décision du juge des requêtes. Notre Cour a fait droit à l'appel en raison de l'existence d'un régime complet portant sur les mêmes questions. La *Loi sur l'immigration* alors en vigueur conférait à la Cour fédérale un mandat exclusif en matière d'immigration. Comme dans l'arrêt

enacting the *Immigration Act* and granting exclusive jurisdiction to the Federal Court, intended the Federal Court to be the appropriate forum for deciding immigration cases. This weighed against the exercise of concurrent jurisdiction, suggesting instead that the statutory grant of exclusive jurisdiction to the Federal Court demonstrated legislative intent to bar individuals from pursuing parallel remedies in the superior courts.

[106] Second, the factors of expertise and experience also favoured the Federal Court's exclusive mandate over immigration matters. The Federal Court has expertise in immigration law, administrative law, and Federal Court procedure. While on the surface Mr. Reza's case appeared to be a constitutional one, at its core the nature of the *Charter* challenge was fundamentally linked with immigration policy and process.

[107] Third, superior courts should decline to exercise jurisdiction in immigration cases where the Federal Court has concurrent jurisdiction to avoid issues of forum-shopping, inconsistent decision making and multiplicity of proceedings (see also *Reference re Constitution Act, 1867, s. 92(10)(a)* (1988), 64 O.R. (2d) 393 (C.A.)).

[108] The motion judge had therefore rightly declined to exercise jurisdiction on the basis that Parliament had created a comprehensive scheme of review of immigration matters and the Federal Court was an effective and appropriate forum.

[109] This Court considered *Pringle, Peiroo* and *Reza* in *May*. In *May*, we confirmed two exceptions to the availability of *habeas corpus*: it is not available to challenge the legality of a criminal conviction where a statute provides for a right of appeal; and it is not available "in matters of immigration law, because Parliament has put in place a complete, comprehensive and expert statutory scheme which provides for a review at least as broad as that available by way

*Peiroo*, la Cour a conclu que, en adoptant la *Loi sur l'immigration* et en attribuant à la Cour fédérale une compétence exclusive, le législateur souhaitait que cette dernière soit le tribunal approprié pour trancher les affaires d'immigration. Cette conclusion militait contre l'exercice d'une compétence concurrente et permettait plutôt de penser que l'attribution légale d'une compétence exclusive à la Cour fédérale démontrait que le législateur avait l'intention d'empêcher les particuliers d'exercer des recours parallèles devant les cours supérieures.

[106] Deuxièmement, les facteurs de l'expertise et de l'expérience favorisaient également le mandat exclusif de la Cour fédérale en matière d'immigration. En effet, la Cour fédérale possède une expertise en droit de l'immigration et en droit administratif, ainsi qu'en ce qui avait trait à sa procédure. Même si, à première vue, le cas de M. Reza semblait être d'ordre constitutionnel, sa contestation constitutionnelle était essentiellement liée à des questions de politique et de processus d'immigration.

[107] Troisièmement, lorsque la Cour fédérale a une compétence concurrente, les cours supérieures devraient refuser d'exercer leur compétence en matière d'immigration pour éviter les problèmes que représentent la recherche du tribunal le plus favorable, le manque d'uniformité des décisions et la multiplicité des instances (voir également *Reference re Constitution Act, 1867, s. 92(10)(a)* (1988), 64 O.R. (2d) 393 (C.A.)).

[108] Le juge des requêtes a donc refusé à bon droit d'exercer sa compétence au motif que le législateur avait créé un régime complet de contrôle en matière d'immigration et que la Cour fédérale était un tribunal efficace et approprié.

[109] La Cour s'est penchée sur les arrêts *Pringle, Peiroo* et *Reza* dans l'affaire *May* où nous avons confirmé deux exceptions à la possibilité de recourir à l'*habeas corpus*. D'abord, on ne peut se prévaloir de l'*habeas corpus* pour contester la légalité d'une déclaration de culpabilité lorsqu'une loi prévoit un droit d'appel. Ensuite, le recours à l'*habeas corpus* est écarté « [en droit de l'immigration] parce que le législateur a mis en place un régime complet, exhaustif

of *habeas corpus* and no less advantageous, *habeas corpus* is precluded”, namely the *Peiroo* exception (para. 40).

[110] The grievance procedures under s. 81(1) of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, were at issue in *May*:

**81 (1)** Where an offender decides to pursue a legal remedy for the offender’s complaint or grievance in addition to the complaint and grievance procedure referred to in these Regulations, the review of the complaint or grievance pursuant to these Regulations shall be deferred until a decision on the alternate remedy is rendered or the offender decides to abandon the alternate remedy.

[111] The Court concluded that this language did not reveal a legislative intention to oust the superior courts’ *habeas corpus* jurisdiction (para. 60). Instead, the statute was found to contemplate that an inmate may *choose* to pursue a remedy like *habeas corpus* in addition to filing an administrative grievance. The language reflected a legislative intent that the statutory scheme operate *in conjunction with* the superior courts’ *habeas corpus* jurisdiction.

[112] The Court held that for immigration detainees seeking to challenge their continued detention as a violation of their *Charter* rights, the *IRPA* scheme governing matters of immigration law was a complete, comprehensive and expert scheme that is at least as broad as, and no less advantageous than review by way of *habeas corpus* in terms of expertise, onus, the nature of the remedy, and timeliness. Provincial superior courts should, as a result, decline to exercise their concurrent jurisdiction to review immigration detention by way of *habeas corpus* in favour of review before the Immigration Division and the Federal Court under the *IRPA* scheme.

et spécialisé prévoyant une procédure d’examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l’*habeas corpus* », ce qu’il est convenu d’appeler l’exception établie par l’arrêt *Peiroo* (par. 40).

[110] La procédure de règlement des griefs prévue au par. 81(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, était en litige dans l’affaire *May* :

**81 (1)** Lorsque le délinquant décide de prendre un recours judiciaire concernant sa plainte ou son grief, en plus de présenter une plainte ou un grief selon la procédure prévue dans le présent règlement, l’examen de la plainte ou du grief conformément au présent règlement est suspendu jusqu’à ce qu’une décision ait été rendue dans le recours judiciaire ou que le détenu s’en désiste.

[111] La Cour a conclu que le libellé de cette disposition ne révélait pas une intention du législateur d’écarter la compétence des cours supérieures en matière d’*habeas corpus* (par. 60). Elle a plutôt estimé qu’on avait envisagé la possibilité qu’un détenu puisse *choisir* d’intenter un recours judiciaire, comme un recours en *habeas corpus*, en plus de déposer un grief administratif. Le libellé de la loi révélait l’intention du législateur de faire en sorte que le régime législatif s’applique *conjointement avec* la compétence des cours supérieures en matière d’*habeas corpus*.

[112] La Cour a jugé que, s’agissant des détenus cherchant à contester leur maintien en détention aux fins de l’immigration pour violation de leurs droits protégés par la *Charte*, le régime établi par la *LIPR* pour régir les questions relatives au droit de l’immigration constituait un régime complet, exhaustif et spécialisé prévoyant une procédure d’examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l’*habeas corpus* en ce qui avait trait à l’expertise, au fardeau de la preuve, à la nature du recours et à célérité. Les cours supérieures provinciales devaient par conséquent refuser d’exercer leur compétence concurrente pour contrôler les motifs de la détention aux fins de l’immigration par voie d’*habeas corpus* et reconnaître la compétence conférée à la Section de l’immigration et à la Cour fédérale par le régime établi par la *LIPR*.

[113] Section 162(1) of *IRPA* confirms the clear legislative intent to grant exclusive original jurisdiction to the Immigration Division over immigration matters:

#### **Sole and exclusive jurisdiction**

**162 (1)** Each Division of the Board has, in respect of proceedings brought before it under this Act, sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction.

In *Pringle*, Laskin J. found that this language barred courts from entertaining the types of immigration proceedings over which the Board had been granted exclusive statutory authority. This specialized and exclusive expertise underlies the *Peiroo* exception to the availability of *habeas corpus* review in immigration matters.

[114] This Court has consistently endorsed the *Peiroo* exception limiting the availability of *habeas corpus* review for immigration matters. In the absence of evidence that the “complete, comprehensive and expert statutory scheme” does not provide for a review at least as broad and no less advantageous than *habeas corpus*, I see no reason to disturb the Court’s jurisprudence by opening an alternative route, one that will lead to the forum shopping, inconsistent decision making, and multiplicity of proceedings the Court warned against in *Reza*. There is nothing in the language of the statutory scheme that restricts the scope of *IRPA* detention review to a partial review which must be supplemented by *habeas corpus*. On the contrary, the *IRPA* scheme is structured to provide detainees with at least the same rights they would receive on *habeas corpus* review.

[115] To begin, the *IRPA* scheme for immigration detention review provides that all detentions must be reviewed regularly. Individuals detained for immigration purposes have the right to appear before the Immigration Division within 48 hours following their initial detention (s. 57(1)). A second

[113] Le paragraphe 162(1) de la *LIPR* confirme que le législateur avait de toute évidence l’intention d’accorder à la Section de l’immigration une compétence exclusive sur les questions d’immigration :

#### **Compétence exclusive**

**162 (1)** Chacune des sections a compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait — y compris en matière de compétence — dans le cadre des affaires dont elle est saisie.

Dans l’arrêt *Pringle*, le juge Laskin a conclu que ce libellé empêchait les tribunaux de connaître du type de procédures en matière d’immigration pour lesquelles la loi avait attribué une compétence exclusive à la Commission. Cette expertise spécialisée et exclusive est à la base de l’exception établie par l’arrêt *Peiroo* en ce qui concerne la possibilité de recourir à l’*habeas corpus* en matière d’immigration.

[114] La Cour a constamment reconnu l’exception établie par l’arrêt *Peiroo* qui limite la possibilité d’exercer un recours en *habeas corpus* en matière d’immigration. À défaut de preuve que le « régime [d’examen] complet, exhaustif et spécialisé prév[eu] par la loi » a une portée au moins aussi large que la procédure d’*habeas corpus* et est tout aussi avantageux, je ne vois aucune raison d’écarter la jurisprudence de la Cour en permettant l’exercice d’un autre recours qui se traduira par la recherche du tribunal le plus accommodant, un manque d’uniformité dans les décisions et une multiplication des instances, ce contre quoi la Cour a mis en garde dans l’arrêt *Reza*. Rien dans le libellé de la loi ne limite la portée du contrôle des motifs de la détention prévue par la *LIPR* à un contrôle partiel qu’il faut compléter par un *habeas corpus*. Au contraire, le régime de la *LIPR* est structuré de manière à accorder aux détenus au moins les mêmes droits que ceux qu’ils obtiendraient dans le cadre d’un contrôle par voie d’*habeas corpus*.

[115] Rappelons tout d’abord que, selon le mécanisme établi par la *LIPR* en matière de contrôle des motifs de la détention aux fins de l’immigration, toute détention doit faire l’objet de contrôles réguliers. Les individus détenus aux fins d’immigration ont le droit de comparaître devant la Section

review must take place during the next 7 days, and regular reviews at least once every 30 days thereafter (s. 57(2)). The detainee may make an application to the Immigration Division requesting a detention review before the expiry of the 7 or 30-day period (*Immigration Division Rules*, r. 9). Review hearings are structured to be expeditious and accessible, and they must be dealt with as informally and quickly as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit.

[116] The *IRPA* scheme provides that immigration officers are responsible for bringing the detainee before the Immigration Division for all review hearings (s. 57(3)). The Immigration Division has a corresponding power to order immigration officials to bring the detainee to a location specified by the Division (*Immigration Division Rules*, r. 23). The Immigration Division can also facilitate access to the remedy by requiring the parties to appear at a conference to discuss any matter that would make the proceedings more fair and efficient, or to participate in scheduling the proceedings (*Immigration Division Rules*, rr. 20(1) and 21).

[117] Upon conducting a detention review, the Immigration Division may order the continued detention of a detainee, their unconditional release, or their release on any conditions the Immigration Division considers necessary. The Immigration Division makes its decisions in furtherance of the purposes of *IRPA*, which include protecting public safety and maintaining the security of Canadian society (s. 3(1)(h)).

[118] While the majority of detention review hearings occur before the Immigration Division, a detainee who is dissatisfied with the Immigration Division's decision, whether on *Charter* grounds or otherwise, may apply for leave and judicial review to the Federal Court (*IRPA*, s. 72(1)). I agree with the comments of Catzman J.A. in *Peiroo*, rejecting the argument that the requirement for leave to appeal

de l'immigration dans les 48 heures suivant le début de leur détention (par. 57(1)). Un autre contrôle doit avoir lieu dans les 7 jours suivant le premier contrôle, puis au moins tous les 30 jours par la suite (par. 57(2)). Le détenu peut demander à la Section de l'immigration le contrôle des motifs de sa détention avant l'expiration du délai de 7 jours ou de 30 jours, selon le cas (*Règles de la Section de l'immigration*, art. 9). Les contrôles sont structurés de manière à être rapides et accessibles et doivent se dérouler de façon aussi informelle et rapide que le permettent les circonstances, de même que les considérations d'équité et de justice naturelle.

[116] La *LIPR* prévoit que l'agent d'immigration est chargé d'amener le détenu devant la Section de l'immigration pour tous les contrôles de sa détention (par. 57(3)). La Section de l'immigration a le pouvoir correspondant d'ordonner aux autorités de l'immigration d'amener le détenu au lieu précisé par la Section de l'immigration (*Règles de la Section de l'immigration*, art. 23). La Section de l'immigration peut également faciliter l'exercice de ce recours en exigeant que les parties participent à une conférence pour discuter de toute question afin que les procédures soient plus équitables et efficaces, ou qu'elles collaborent à la préparation de l'échéancier de l'affaire (*Règles de la Section de l'immigration*, par. 20(1) et art. 21).

[117] Lors du contrôle des motifs de la détention, la Section de l'immigration peut ordonner le maintien en détention du détenu, sa mise en liberté sans condition ou sa libération aux conditions qu'elle juge nécessaires. Lorsqu'elle rend ses décisions, la Section de l'immigration tient compte des objets de la *LIPR*, notamment celui de protéger la sécurité publique et de garantir la sécurité de la société canadienne (al. 3(1)h)).

[118] Même si, la plupart du temps, le contrôle des motifs de la détention a lieu devant la Section de l'immigration, le détenu insatisfait d'une décision de cette dernière peut saisir la Cour fédérale d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire que ce soit ou non pour des motifs fondés sur la *Charte* (*LIPR*, par. 72(1)). Je souscris aux propos du juge Catzman qui, dans l'arrêt *Peiroo*, a écarté l'argument



immigration decisions to the Federal Court rendered that remedy less advantageous than *habeas corpus*, where leave is not required. Catzman J.A. wrote:

I consider the suggested distinction to be more apparent than real. In order to succeed on an application for *habeas corpus*, an applicant must show reasonable and probable ground for his complaint: *Habeas Corpus Act*, R.S.O. 1980, c. 193, s. 1(1). The requirement for leave imposed by s. 83.1(1) is clearly intended to be one of a series of screening mechanisms created by the Act to discour[a]ge the assertion of spurious or meritless claims. I have difficulty accepting that an applicant who is in a position to show reasonable and probable ground for complaint regarding the decision or order in respect of which he seeks review would fail to be accorded the requisite leave to bring an application for such review. Indeed, counsel have advised that such leave was granted in the present case . . . [p. 259]

[119] Mr. Chhina's application for judicial review before the Federal Court was, in fact, expedited. It took one week less to be heard and decided than his application for *habeas corpus* before the Alberta Court of Queen's Bench.

[120] In any event, the requirement for leave to appeal to the Federal Court does not change the nature of the comprehensive detention review process under *IRPA*, which is governed by s. 58 of *IRPA* and s. 248 of the *Regulations*. The Immigration Division *must* order the release of a detainee unless the Minister has satisfied the Immigration Division that one or more of the grounds in s. 58(1) of *IRPA* are met:

- (a) The detainee is a danger to the public;
- (b) The detainee is unlikely to appear for examination, an admissibility hearing, removal from Canada, or at a proceeding that could lead to the making of a removal order by the Minister;

selon lequel l'obligation de demander l'autorisation d'interjeter appel des décisions en matière d'immigration devant la Cour fédérale rendait ce recours moins avantageux que l'*habeas corpus*, pour lequel aucune autorisation n'était requise. Voici ce que le juge Catzman a écrit :

[TRADUCTION] La distinction suggérée me semble plus apparente que réelle. Pour obtenir gain de cause dans sa demande d'*habeas corpus*, le demandeur doit démontrer l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant sa plainte (*Loi sur l'habeas corpus*, L.R.O. 1980, c. 193, par. 1(1)). L'obligation d'obtenir une autorisation qui est énoncée au par. 83.1(1) est de toute évidence censée faire partie d'une série de mesures de filtrage prévues par la Loi pour décourager la présentation de demandes fallacieuses ou non fondées. J'ai du mal à accepter qu'un demandeur qui est en mesure de démontrer l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant sa plainte en ce qui a trait à la décision ou à l'ordonnance dont il demande le contrôle n'obtienne pas l'autorisation requise pour présenter cette demande. En fait, les avocats ont indiqué que cette autorisation avait effectivement été accordée en l'espèce . . . [p. 259]

[119] La demande de contrôle judiciaire dont M. Chhina a saisi la Cour fédérale a effectivement fait l'objet d'un traitement accéléré. Son instruction et la décision à son égard ont nécessité une semaine de moins que la demande d'*habeas corpus* qu'il avait présentée à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

[120] En tout état de cause, l'obligation d'obtenir de la Cour fédérale l'autorisation d'en appeler ne change rien à l'exhaustivité du contrôle des motifs de la détention qui est prévu par la *LIPR* et qui est encadré par l'art. 58 de la *LIPR* et par l'art. 248 du *Règlement*. La Section de l'immigration *doit* prononcer la mise en liberté du détenu, sauf si le ministre la convainc qu'il est satisfait à l'un ou l'autre des critères énumérés au par. 58(1) de la *LIPR* :

- a) le détenu constitue un danger pour le public;
- b) le détenu se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi du Canada, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi;

(c) The Minister is taking necessary steps to inquire into a reasonable suspicion that the detainee is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality, criminality or organized criminality;

(d) The detainee's identity has not been, but may be, established; or

(e) If the detainee is a designated foreign national, the Minister is of the opinion that the identity of the detainee has not been established.

[121] If s. 58 grounds are established, s. 248 of the *Regulations* requires the Immigration Division to consider the following additional factors to determine if detention should continue:

(a) The reason for detention;

(b) Length of time in detention;

(c) Factors that may assist in determining how long detention is likely to continue;

(d) Delays or lack of diligence on the detainee or the government's part; and

(e) Alternatives to detention.

[122] The factors in s. 248 of the *Regulations* codify the factors articulated by Rothstein J. in *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.). The s. 248 factors were endorsed by this Court in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350. They ensure that extended periods of detention do not violate the *Charter*.

[123] As Rothstein J. noted in *Sahin*, through *IRPA*, "Parliament has dealt with the right of society to be protected from those who pose a danger to society and the right of Canada to control who enters and remains in this country" (p. 229). To achieve these purposes, the *IRPA* scheme confers upon members

c) le ministre prend les mesures voulues pour enquêter sur les motifs raisonnables de soupçonner que le détenu est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou pour grande criminalité, criminalité ou criminalité organisée;

d) l'identité du détenu n'a pas été prouvée, mais peut l'être;

e) si le détenu est un étranger désigné, le ministre est d'avis que l'identité du détenu n'a pas été prouvée.

[121] Dès lors que l'existence des motifs de détention énumérés à l'art. 58 est constatée, l'art. 248 du *Règlement* exige que la Section de l'immigration tienne compte des critères additionnels qui suivent pour décider si la détention doit être maintenue :

a) le motif de la détention;

b) la durée de la détention;

c) les éléments permettant l'évaluation de la durée probable de la détention;

d) les retards ou le manque inexplicé de diligence de la part du détenu ou du gouvernement;

e) les solutions de rechange à la détention.

[122] Les facteurs énumérés à l'art. 248 du *Règlement* codifient ceux que le juge Rothstein a énoncés dans le jugement *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1<sup>re</sup> inst.). La Cour a repris à son compte les facteurs énumérés à l'art. 248 dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350. Ils garantissent qu'aucune période de détention prolongée n'enfreint la *Charte*.

[123] Comme le juge Rothstein l'a noté dans le jugement *Sahin*, au moyen de la *LIPR*, le législateur « traite du droit qu'a la société d'être protégée contre ceux qui constituent une menace pour la sécurité publique et du droit qu'a le Canada de contrôler ceux qui entrent et demeurent dans notre pays »

of the Immigration Division the power to detain individuals in anticipation of their likely danger to the public or likely failure to appear for removal from Canada.

[124] When making a decision as to whether to detain or release an individual under *IRPA*, Immigration Division members *must* always exercise their discretion in a way that accords with the *Charter* (see *IRPA*, s. 3(3)(d)). There is a statutory presumption in favour of release before the Immigration Division, which “shall order the release” of a detainee unless it is satisfied that at least one of the grounds set out in s. 58 of *IRPA* is met, taking into account the factors in s. 248 of the *Regulations*.

[125] Significantly, the mandatory s. 248 inquiry on review before the Immigration Division requires the Division to assess the lawfulness of ongoing immigration detention without placing any onus on the detainee. Unlike *habeas corpus* applications, where the detainee must raise a legitimate ground upon which to question the lawfulness of his or her detention, the Minister bears the onus throughout of justifying the detention before the Immigration Division. The detainee bears no onus to produce evidence as to any of the factors enunciated in s. 58 of *IRPA* or s. 248 of the *Regulations*.

[126] To the extent that the Federal Court of Appeal in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham*, [2004] 3 F.C.R. 572, and the Court of Appeal for Ontario in *Chaudhary* reached the contrary conclusion, they were, in my respectful view, wrongly decided. Moreover, the holding in *Chaudhary* that the Minister can satisfy his or her onus before the Immigration Division “simply by relying on the reasons given at prior detention hearings” (para. 87) is inconsistent with the Immigration Division’s obligation to conduct a fresh inquiry into the lawfulness of detention at each review. At each Immigration Division hearing, detainees are entitled to the same fresh review of their detention as they would be on *habeas corpus*

(p. 229). Pour atteindre ces objectifs, le régime de la *LIPR* confère aux commissaires de la Section de l’immigration le pouvoir de détenir des individus en raison du danger qu’ils constituent pour le public ou du fait qu’ils se soustrairaient vraisemblablement à leur renvoi du Canada.

[124] Lorsqu’elle décide de détenir ou de libérer un individu sous le régime de la *LIPR*, la Section de l’immigration *doit* toujours exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la *Charte* (voir *LIPR*, al. 3(3)d)). Il existe une présomption légale pour la mise en liberté par la Section de l’immigration, qui « prononce la mise en liberté » du détenu, à moins qu’elle soit convaincue qu’il a été satisfait à au moins un des motifs énumérés à l’art. 58 de la *LIPR*, compte tenu des facteurs énumérés à l’art. 248 du *Règlement*.

[125] Il importe de signaler que le contrôle prescrit par l’art. 248 oblige la Section de l’immigration à se prononcer sur la légalité du maintien en détention de l’individu sans lui imposer quelque fardeau de preuve que ce soit. Contrairement aux demandes d’*habeas corpus* dans le cadre desquelles le détenu doit invoquer un motif légitime pour contester la légalité de sa détention, tout au long du processus établi par la *LIPR* c’est au ministre qu’il incombe de justifier la détention de l’intéressé devant la Section de l’immigration. Le détenu n’a pas à produire d’éléments de preuve en ce qui concerne les facteurs énoncés aux art. 58 de la *LIPR* et 248 du *Règlement*.

[126] Dans la mesure où elles ont conclu le contraire, la Cour d’appel fédérale, dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Thanabalasingham*, [2004] 3 R.C.F. 572, et la Cour d’appel de l’Ontario, dans l’arrêt *Chaudhary*, ont, à mon avis, rendu des décisions erronées. De plus, la conclusion formulée par la Cour d’appel dans l’arrêt *Chaudhary* — suivant laquelle le ministre peut se décharger du fardeau de la preuve qui lui incombe devant la Section de l’immigration [TRADUCTION] « en se contentant de reprendre les motifs exposés lors des contrôles antérieurs de la détention » (par. 87) — est incompatible avec l’obligation de la Section de l’immigration de reprendre depuis le début le contrôle de la légalité de la détention à chaque contrôle. En effet,

review. In cases like Mr. Chhina's, the Immigration Division must always reassess the prior evidence in light of the detainee's *Charter* arguments.

[127] In particular, where a detainee challenges their detention as a violation of the *Charter*, the time between the prior and present review hearing will constitute new evidence that must inform the Immigration Division's application of s. 58 of *IRPA* and s. 248 of the *Regulations*. It is not enough for the Minister to rely on previous Immigration Division decisions to satisfy the Immigration Division on the s. 58 and s. 248 inquiry. The integrity of the *IRPA* process is dependent on a fulsome review of the lawfulness of detention, including its *Charter* compliance, at every review hearing.

[128] The *Charter* both guides the exercise of discretionary administrative decision making under *IRPA* and informs our interpretation of the scheme itself. The *IRPA* scheme must therefore be interpreted harmoniously with the *Charter* values that shape the contours of its application. As Justices Iacobucci and Arbour stated in *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248:

The modern approach [to statutory interpretation] recognizes the multi-faceted nature of statutory interpretation. Textual considerations must be read in concert with legislative intent and established legal norms.

Underlying this approach is the presumption that legislation is enacted to comply with constitutional norms, including the rights and freedoms enshrined in the *Charter* . . . . This presumption acknowledges the centrality of constitutional values in the legislative process, and more broadly, in the political and legal culture of Canada. [paras. 34-35]

lors de chaque audience de la Section de l'immigration, le détenu a droit au même nouveau contrôle de la légalité de sa détention qu'à celui auquel il aurait droit dans le cadre d'un recours en *habeas corpus*. Dans un cas comme celui de M. Chhina, la Section de l'immigration doit toujours réévaluer les éléments de preuve antérieurs à la lumière des moyens fondés sur la *Charte* qu'invoque le détenu.

[127] Plus particulièrement, lorsque le détenu conteste sa détention au motif qu'elle contrevient à la *Charte*, le temps qui s'est écoulé entre le contrôle précédent et le contrôle en cours constitue un nouvel élément de preuve dont la Section de l'immigration doit tenir compte pour appliquer les art. 58 de la *LIPR* et 248 du *Règlement*. Le ministre ne peut pas se contenter d'invoquer les décisions antérieures de la Section de l'immigration pour convaincre celle-ci de l'existence des critères exigés dans le cadre du contrôle effectué en application des art. 58 et 248. L'intégrité du processus prévu par la *LIPR* dépend de la tenue d'un examen complet de la légalité de la détention, y compris de sa conformité avec la *Charte*, lors de chaque contrôle des motifs de la détention.

[128] La *Charte* à la fois encadre la façon dont sont rendues les décisions administratives discrétionnaires sous le régime de la *LIPR* et propose des balises sur l'interprétation du régime lui-même. Le régime de la *LIPR* doit par conséquent être interprété en harmonie avec les valeurs consacrées par la *Charte* qui définissent les paramètres de son application. Ainsi que les juges Iacobucci et Arbour l'ont déclaré dans la *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248 :

L'approche contemporaine [en matière d'interprétation législative] tient compte de la nature diversifiée de l'interprétation législative. Les considérations relatives au texte doivent être interprétées de concert avec l'intention du législateur et les normes juridiques établies.

Cette approche est fondée sur la présomption que le texte législatif édicté respecte les normes constitutionnelles, y compris les droits et libertés consacrés par la *Charte* [. . .] Cette présomption reconnaît le rôle crucial des valeurs constitutionnelles dans le processus législatif et, de façon plus générale, dans la culture politique et juridique canadienne. [par. 34-35]

[129] Importing *Charter* principles into the exercise of administrative discretion under *IRPA* requires that Immigration Division members apply the scheme in a manner that is at least as rigorous and fair as *habeas corpus* review. It is not enough that a statutory scheme is as broad and advantageous on paper as *habeas corpus* review, the scheme must also be *applied* in a manner that preserves the rights of detainees and the integrity of the process in the most comprehensive way possible.

[130] That means that in carrying out their duties under the *IRPA* scheme, members of the Immigration Division must ensure the fullest possible review of immigration detention. This includes, and has always included, an obligation to weigh the purposes served by immigration detention against the detained individual's ss. 7, 9 and 12 *Charter* rights. The Immigration Division's inquiry into the lawfulness of detention must take into account the detained individual's s. 7 *Charter* right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice, his or her s. 9 right not to be arbitrarily detained or imprisoned, and the s. 12 right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment. As Rothstein J. observed in *Sahin*, "it is not the words of [*IRPA*] that vest adjudicators with such jurisdiction, but rather, the application of *Charter* principles to the exercise of discretion under [the scheme]" (p. 230).

[131] That, in my respectful view, necessarily includes the Immigration Division's ability to consider the conditions of detention. A comprehensive, *Charter*-infused analysis of immigration detention may reveal that the length *or conditions* of detention are such that continued detention is not in accordance with the principles of fundamental justice (s. 7), is arbitrary because it is no longer reasonably furthering the state objective (s. 9) and/or amounts to cruel and unusual punishment (s. 12). The application of ss. 7, 9 and 12 of the *Charter* to the *IRPA* scheme

[129] Transposer les principes consacrés par la *Charte* dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires administratifs prévus par la *LIPR* oblige les commissaires de la Section de l'immigration à appliquer ce régime d'une manière au moins aussi rigoureuse et équitable que n'est appliqué le recours en *habeas corpus*. Il ne suffit pas qu'un régime établi par une loi ait une portée au moins aussi large et soit aussi avantageuse en théorie que le recours en *habeas corpus*; encore faut-il qu'on puisse *appliquer* ce régime de manière à protéger les droits des détenus et l'intégrité du processus de la façon la plus exhaustive possible.

[130] Il s'ensuit que, pour exercer les fonctions que leur confère le régime établi par la *LIPR*, les commissaires de la Section de l'immigration doivent veiller à ce que la détention aux fins de l'immigration fasse l'objet du contrôle le plus complet possible. Ceci comprend — et a toujours compris — l'obligation de mettre en balance les objets de la détention aux fins de l'immigration et les droits garantis aux détenus par les art. 7, 9 et 12 de la *Charte*. Le contrôle de la légalité de la détention auquel procèdent les commissaires de la Section de l'immigration doit tenir compte du droit que reconnaît l'art. 7 de la *Charte* au détenu de ne pas être privé de sa liberté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, de son droit garanti par l'art. 9 de ne pas être détenu ou emprisonné arbitrairement et du droit que lui reconnaît l'art. 12 de ne pas être soumis à des traitements ou à des peines cruelles et inusitées. Ainsi que le juge Rothstein l'a souligné dans le jugement *Sahin* « l'arbitre ne tient pas cette compétence des termes de [la *LIPR*], mais de l'application des principes consacrés par la *Charte* à l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu [par le régime] » (p. 230).

[131] À mon avis, cela comprend nécessairement la capacité de la Section de l'immigration de se pencher sur les conditions de détention. Une analyse exhaustive, fondée sur la *Charte*, de la détention aux fins de l'immigration peut révéler que la durée *ou les conditions* de détention sont telles que le maintien en détention n'est pas conforme aux principes de justice naturelle (art. 7), est arbitraire parce qu'elle ne permet pas la réalisation d'un objectif de l'État (art. 9) ou constitue une peine cruelle et inusitée (art. 12). L'application des art. 7, 9 et 12 de la *Charte*



brings to light the Immigration Division's obligation to assess the length, future duration and *conditions of detention* when balancing the state's objectives against the detained individual's rights.

[132] The *IRPA* scheme therefore ensures the protection of other *Charter* rights by calling on the Immigration Division to consider whether detentions have become unlawful because of their length, uncertain duration and conditions. There is no principled reason to interpret the review provisions in a way that precludes scrutiny of conditions. Why apply a narrow, constrictive interpretation of a remedial statute when a wider, more protective interpretation is not only available, it is mandated by the purposes underlying the scheme. As these reasons seek to clarify, the s. 248 factors guide the Immigration Division in assessing whether ongoing detention is justified pursuant to the *Charter* based on:

- (a) The reason for detention;
- (b) Length of time in detention;
- (c) Factors that may assist in determining how long detention is likely to continue;
- (d) Delays or lack of diligence on the detainee or the government's part; and
- (e) Alternatives to detention.

[133] Section 248(a) requires the Immigration Division to weigh the state's immigration objectives against the detained individual's right to be free from arbitrary or indefinite restraints on liberty. As in *habeas corpus* review assessing compliance with the *Charter*, the Immigration Division must assess the strength of the reason for detention. A prior, fact-driven Immigration Division determination that the individual constitutes a flight risk or a danger to the public is entitled to deference on both *IRPA* and *habeas corpus* review (see *Thanabalasingham*, at para. 10 (*IRPA* review) and *Brown v. Canada* (*Public*

au régime de la *LIPR* fait ressortir l'obligation qu'a la Section de l'immigration d'évaluer la durée actuelle et future de la détention, ainsi que les *conditions de celle-ci* lorsqu'elle met en balance les objectifs de l'État avec les droits individuels des détenus.

[132] Le régime de la *LIPR* assure donc la protection des autres droits garantis par la *Charte* en prescrivant que la Section de l'immigration se demande si la détention est devenue illégale du fait de sa durée, de l'incertitude de sa durée ou de ses conditions. Il n'existe aucune raison de principe pour interpréter les dispositions relatives au contrôle de telle sorte qu'elles empêchent l'examen des conditions de la détention. Pourquoi appliquer une interprétation étroite et restrictive à une loi réparatrice lorsqu'une interprétation plus large et qui assure une plus grande protection est non seulement disponible, mais exigée par l'objet sous-jacent du régime? Comme les présents motifs visent à le clarifier, les facteurs énumérés à l'art. 248 offrent des repères à la Section de l'immigration pour déterminer, selon les critères suivants, si le maintien en détention est justifié au regard de la *Charte* :

- a) le motif de la détention;
- b) la durée de la détention;
- c) les éléments permettant l'évaluation de la durée probable de la détention;
- d) les retards ou le manque inexplicé de diligence de la part du détenu ou du gouvernement;
- e) les solutions de rechange à la détention.

[133] L'alinéa 248a) exige que la Section de l'immigration mette en balance les objectifs de l'État en matière d'immigration et le droit du détenu de ne pas être privé de façon arbitraire ou indéfinie de sa liberté. Comme dans le cas d'un recours en *habeas corpus* dans le cadre duquel la conformité avec la *Charte* est évaluée, la Section de l'immigration doit évaluer la solidité des motifs justifiant la détention. Une décision antérieure de la Section de l'immigration, reposant sur des faits, selon laquelle l'individu risque de s'évader ou constitue un danger pour le public appelle la retenue tant lors d'un contrôle effectué dans le cadre

*Safety*) (2018), 420 D.L.R. (4th) 124 (Ont. C.A.), at para. 29 (*habeas corpus* review)). The greater the danger posed to the public, the stronger the justification for ongoing detention (*Sahin*, at p. 231 (*IRPA* review); *Ali v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2017), 137 O.R. (3d) 498 (C.A.), at para. 24 (*habeas corpus* review)).

[134] As for s. 248(b), the justification for continued detention decreases as the length of time in detention increases. The Immigration Division must accord “significant weight” to the length of detention (see *Sahin*, at pp. 231-32). The strength of an immigration detainee’s argument that his ongoing detention has become a violation of the *Charter* increases with each subsequent review hearing. The detaining authorities bear a correlative onus to justify continued detention in the face of a continually solidifying *Charter* claim. A longer period of detention signifies that immigration authorities have had more time to effect removal, which they are expected to do as soon as reasonably possible. Accordingly, the evidentiary burden on the detaining authority to justify continued immigration detention increases as the length of detention increases. This approach to the length of detention is no different from *habeas corpus* (see *Chaudhary, Ali and Brown*).

[135] The anticipated future length of detention in s. 248(c) of the *Regulations* requires an estimation of how long detention is likely to continue. A detention that is lawful for the purpose of removal may become arbitrary and in violation of s. 9 of the *Charter* when it becomes unhinged from its immigration-related purpose. Where removal appears unlikely and the future duration of detention cannot be ascertained,

de la *LIPR* que d’un recours en *habeas corpus* (voir *Thanabalasingham*, par. 10 (contrôle effectué dans le cadre de la *LIPR*) et *Brown c. Canada (Public Safety)* (2018), 420 D.L.R. (4th) 124 (C.A. Ont.), par. 29 (contrôle effectué dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus*)). Plus grand est le risque pour le public, plus solides sont les motifs justifiant le maintien en détention (*Sahin*, p. 231 (contrôle effectué dans le cadre de la *LIPR*); *Ali c. Canada (Minister of Public and Emergency Preparedness)* (2017), 137 O.R. (3d) 498 (C.A.), par. 24 (contrôle effectué dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus*)).

[134] S’agissant de l’al. 248b), la force des motifs justifiant le maintien en détention faiblit au fur et à mesure que la durée de la détention se prolonge. Un facteur qui doit « peser lourd » dans la balance lorsque la Section de l’immigration se prononce sur le maintien en détention est la durée de la détention (voir *Sahin*, p. 231-232). La solidité de l’argument de l’individu détenu aux fins de l’immigration suivant lequel son maintien en détention est devenu une violation de la *Charte* augmente avec chaque contrôle subséquent de sa détention. Les autorités qui le détiennent ont le fardeau corrélatif de justifier son maintien en détention lorsqu’est invoqué un moyen fondé sur la *Charte* qui ne cesse de prendre de la vigueur. Une période de détention qui se prolonge signifie que les autorités de l’immigration ont eu plus de temps pour procéder au renvoi, une mesure qu’elles sont censées exécuter dès qu’il est raisonnablement possible qu’elles le fassent. En conséquence, le fardeau de la preuve dont doivent s’acquitter les autorités qui détiennent l’intéressé pour justifier son maintien en détention s’alourdit au fur et à mesure que la détention se prolonge. Cette conception de la durée de la détention n’est pas différente de celle qui s’applique dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus* (voir *Chaudhary, Ali et Brown*).

[135] La durée prévue de la détention dont il est question à l’al. 248c) du *Règlement* exige une estimation de la durée probable de la détention. Une détention légitime aux fins du renvoi peut devenir arbitraire et contraire à l’art. 9 de la *Charte* lorsqu’elle ne se rattache plus à ses fins d’immigration. Lorsque le renvoi semble peu probable et que la durée future de la détention ne peut pas être déterminée, ce facteur

this is a factor that weighs in favour of release (*Sahin*, at p. 231; *Charkaoui*, at para. 115).

[136] That is the same inquiry as in *habeas corpus* review. As Rouleau J.A. noted in *Chaudhary*:

A detention cannot be justified if it is no longer reasonably necessary to further the machinery of immigration control. Where there is no reasonable prospect that the detention's immigration-related purposes will be achieved within a reasonable time (with what is reasonable depending on the circumstances), a continued detention will violate the detainee's ss. 7 and 9 *Charter* rights and no longer be legal. [para. 81]

[137] The Immigration Division is, moreover, better positioned to assess and address the future duration of detention than the superior courts on *habeas corpus* review. As Létourneau J.A. held for the court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Li*, [2010] 2 F.C.R. 433 (C.A.), the short 30-day period between each Immigration Division review “allows for an estimation based on actual facts and pending proceedings instead of an estimation based on speculation as to potential facts and proceedings” (para. 66). The Immigration Division obtains an accurate picture of the detention every 30 days. It can assess progress over time by reviewing past proceedings and anticipating pending proceedings to guard against a violation of the detainee's *Charter* rights.

[138] Section 248(d) requires a consideration of delays or lack of diligence on the part of the detained individual or the immigration authorities. As Rothstein J. held in *Sahin* and this Court held in *Charkaoui*, unexplained delay or lack of diligence should count against the offending party (*Sahin*, at p. 231; *Charkaoui*, at para. 114). Superior courts reviewing immigration detention for compliance with ss. 7, 9 and 12 of the *Charter* undertake the same inquiry. They look to the complexity of effecting the applicant's removal from Canada, the reasonableness of the steps taken by immigration authorities to effect

milite pour la libération (*Sahin*, p. 231; *Charkaoui*, par. 115).

[136] Il s'agit de la même analyse que dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*. Ainsi que le juge Rouleau l'a fait observer dans l'arrêt *Chaudhary* :

[TRADUCTION] [Une] détention n'est pas justifiée si elle n'est plus raisonnablement nécessaire pour faciliter les formalités d'immigration. Lorsqu'il n'y a aucune chance que les objectifs de la détention dans le contexte de l'immigration soient atteints dans un délai raisonnable — la question de savoir ce qui est raisonnable dépendant des circonstances —, le maintien en détention viole les droits garantis au détenu par les art. 7 et 9 de la *Charte* et sa détention n'est plus légale. [par. 81]

[137] La Section de l'immigration est par ailleurs mieux placée pour évaluer et trancher la question de la durée future de la détention que ne le sont les cours supérieures saisies d'une demande d'*habeas corpus*. Comme le juge Létourneau l'a déclaré dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Li*, [2010] 2 R.C.F. 433 (C.A.), le court laps de temps de 30 jours qui s'écoule entre les contrôles effectués par la Section de l'immigration « permet d'effectuer une estimation fondée sur les faits concrets et les procédures en instance, au lieu de s'en remettre à une estimation fondée sur des spéculations portant sur des faits et des procédures éventuels » (par. 66). La Section de l'immigration obtient un portrait fidèle de la détention tous les 30 jours. Elle peut évaluer les progrès dans le temps en examinant les instances antérieures et en anticipant l'évolution de l'instance en cours pour éviter une violation des droits garantis au détenu par la *Charte*.

[138] L'alinéa 248d) exige que l'on tienne compte des retards ou du manque de diligence de la part du détenu ou des autorités de l'immigration. Ainsi que le juge Rothstein l'a déclaré dans le jugement *Sahin* et que la Cour l'a rappelé dans l'arrêt *Charkaoui*, les retards et les manques de diligence inexplicables doivent être retenus contre la personne qui en est responsable (*Sahin*, p. 231; *Charkaoui*, par. 114). Les cours supérieures qui contrôlent la détention aux fins de l'immigration pour en vérifier la conformité avec les art. 7, 9 et 12 de la *Charte* se livrent à la même analyse. Elles examinent la complexité

removal, and the extent to which the applicant has prolonged their detention by failing to cooperate with immigration authorities' removal efforts (see *Brown*, at para. 36; *Canada v. Dadzie*, 2016 ONSC 6045, at para. 46 (CanLII)).

[139] In *Dadzie*, a foreign national detained under *IRPA* applied to be released by way of *habeas corpus*. Clark J. applied the *Charkaoui* and *Sahin* principles about delay and diligence in immigration review in the *habeas corpus* context (para. 36). Mr. Dadzie's lack of cooperation led Clark J. to conclude that Mr. Dadzie had not met his onus of showing that his detention had been exceptionally lengthy.

[140] Finally, s. 248(e) of the *Regulations* requires the Immigration Division to consider alternatives to detention. Alternatives to detention include outright release; a bond or guarantee; reporting requirements; confinement to a specific geographic area; and detention in a less restrictive form (*Sahin*, at p. 231). An assessment of the conditions of detention is a vital component of the inquiry into alternatives to detention under s. 248(e). Given the Immigration Division's statutory mandate to assess alternatives to detention; the requirement to make *Charter*-compliant decisions; and its ability to exercise discretion as to the terms of release, the Division's power to release a detainee on conditions must include an ability to modify the conditions of detention. Like the provincial superior courts on *habeas corpus* review, Immigration Division members must be taken to have the power to release the detainee from a "prison within a prison" pursuant to s. 58(3) (see *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, at p. 637, per Le Dain J.; Robert J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (1976), at p. 149).

du renvoi du demandeur du Canada, le caractère raisonnable des mesures prises par les autorités de l'immigration pour procéder au renvoi et la mesure dans laquelle le demandeur a prolongé sa détention en refusant de collaborer à son renvoi avec les autorités (voir *Brown*, par. 36; *Canada c. Dadzie*, 2016 ONSC 6045, par. 46 (CanLII)).

[139] Dans l'affaire *Dadzie*, un ressortissant étranger détenu en application de la *LIPR* demandait sa mise en liberté par voie d'*habeas corpus*. Le juge Clark a appliqué les principes dégagés dans les décisions *Charkaoui* et *Sahin* au sujet des retards et du manque de diligence en matière de contrôle de la détention aux fins de l'immigration dans le contexte de l'*habeas corpus* (par. 36). Le manque de collaboration de M. Dadzie a amené le juge Clark à conclure qu'il ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que sa détention avait été exceptionnellement longue.

[140] Enfin, l'al. 248e) du *Règlement* oblige la Section de l'immigration à tenir compte de l'existence de solutions de rechange à la détention. Parmi celles-ci, mentionnons la libération pure et simple, la mise en liberté sous caution, les obligations de se rapporter aux autorités, la résidence surveillée à un lieu précis et la détention sous une forme moins restrictive de liberté (*Sahin*, p. 231). L'évaluation des conditions de détention est un élément essentiel de l'analyse des solutions de rechange à la détention prévue à l'al. 248e). Comme la *Loi* confie à la Section de l'immigration la mission d'envisager des solutions de rechange à la détention et que les décisions de la Section de l'immigration doivent être conformes à la *Charte* et compte tenu du fait que la Section de l'immigration jouit d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les conditions de mise en liberté, son pouvoir de libérer un détenu sous conditions doit comporter celui de modifier ses conditions de détention. À l'instar des cours supérieures provinciales saisies d'une demande d'*habeas corpus*, la Section de l'immigration doit être considérée comme ayant le pouvoir de libérer un détenu d'une « prison au sein d'une prison » en vertu du par. 58(3) (voir *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, p. 637, le juge Le Dain; Robert J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (1976), p. 149).

[141] In sum, the process of review before the Immigration Division governed by s. 58 of *IRPA* and s. 248 of the *Regulations* demands that the Division consider the reasons for detention; the length of time in detention; the anticipated future length of detention; delays or lack of diligence; and the availability, effectiveness and appropriateness of alternatives to detention, including changes in the conditions of detention. These are the same considerations that superior courts weigh to assess whether ongoing immigration detention violates ss. 7, 9 or 12 of the *Charter* on *habeas corpus* review.

[142] The Immigration Division has the same constitutional mandate as well as an overarching duty to give effect to “a legislative initiative purporting to provide a whole scheme . . . for the administration and review of proceedings in . . . immigration” (*Peiroo*, at p. 262; see also *Reza v. Canada* (1992), 11 O.R. (3d) 65 (C.A.), at p. 80). Mr. Chhina is attempting to ignore the body explicitly and exclusively tasked with carrying out the purposes of *IRPA* by wrapping his immigration detention with a *Charter* ribbon.

[143] This Court in *Reza* rejected the applicant’s similar attempt to bypass the immigration scheme in search of a favourable constitutional disposition. In so doing, we acknowledged that the expertise of the Immigration Division in immigration matters extends to the *constitutional* aspects of immigration matters. As La Forest J. wrote in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5:

It must be emphasized that the process of *Charter* decision making is not confined to abstract ruminations on constitutional theory. In the case of *Charter* matters which arise in a particular regulatory context, the ability of the decision maker to analyze competing policy concerns is critical . . .

...

[141] En somme, le processus de contrôle de la Section de l’immigration régi par les art. 58 de la *LIPR* et 248 du *Règlement* exige que la Section de l’immigration examine les motifs de la détention, sa durée, la durée anticipée du prolongement de la détention, les retards ou le manque de diligence, puis, l’existence, l’efficacité et l’opportunité des solutions de rechange à la détention, y compris les changements dans les conditions de détention. Il s’agit des mêmes considérations que celles dont une cour supérieure saisie d’une demande d’*habeas corpus* tient compte pour déterminer si le maintien de la détention de l’immigrant viole ou non les art. 7, 9 ou 12 de la *Charte*.

[142] La Section de l’immigration a le même mandat constitutionnel ainsi que l’obligation primordiale de donner effet à [TRADUCTION] « une mesure législative qui est censée établir un régime complet [. . .] pour l’administration et la révision des procédures [. . .] en matière d’immigration » (*Peiroo*, p. 262; voir également *Reza c. Canada* (1992), 11 O.R. (3d) 65 (C.A.), p. 80). M. Chhina tente de faire fi de l’organe expressément et exclusivement chargé de réaliser les objectifs de la *LIPR* en se parant du ruban de la *Charte* pour contester sa détention aux fins de l’immigration.

[143] Dans l’arrêt *Reza*, la Cour a déjoué des tentatives semblables faites par le demandeur pour passer outre au régime d’immigration en vue d’obtenir une solution constitutionnelle en sa faveur. Nous reconnaissons ainsi que l’expertise de la Section de l’immigration en matière d’immigration s’étendait aux aspects *constitutionnels* des questions d’immigration. Comme le juge La Forest l’écrivait dans l’arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5 :

Il faut souligner que le processus consistant à rendre des décisions à la lumière de la *Charte* ne se limite pas à des ruminations abstraites sur la théorie constitutionnelle. Lorsque des questions relatives à la *Charte* sont soulevées dans un contexte de réglementation donné, la capacité du décisionnaire d’analyser des considérations de principe opposées est fondamentale . . .

...



It is apparent, then, that an expert tribunal . . . can bring its specialized expertise to bear in a very functional and productive way in the determination of *Charter* issues which make demands on such expertise. [pp. 16-18]

[144] Despite Mr. Reza's attempt to recast his challenge as a constitutional one, the Court recognized that his *Charter* arguments were fundamentally grounded in immigration policy. The same is true of Mr. Chhina's *Charter* complaints, which arose in relation to the Immigration Division's decisions to continue his detention. These are matters which lie at the heart of immigration policy. The Immigration Division is the most appropriate forum to integrate *Charter* rights within the overall scheme and purposes of *IRPA*.

[145] Properly interpreted, it is clear from the preceding review that the *IRPA* scheme for the review of immigration detention offers a remedy to detainees that is at least as broad, and no less advantageous than review by way of *habeas corpus*. It provides for the fullest possible review of the merits of a challenge to immigration detention. And where an individual is subject to an immigration detention that is said to violate his or her ss. 7, 9 and 12 *Charter* rights, the Immigration Division's review process, guided by s. 58 of *IRPA* and s. 248 of the *Regulations*, allows for at least the same substantive assessment as that undertaken by superior courts on *habeas corpus* review.

[146] This Court has repeatedly affirmed that *habeas corpus* will not lie if the statutory alternative provides a remedy that is at least as favourable. In my respectful view, it does. Mr. Chhina's case is therefore captured by the *Peiroo* exception to the availability of *habeas corpus* review. The superior court properly declined to exercise its *habeas corpus* jurisdiction in favour of the complete, comprehensive and expert scheme to which Mr. Chhina was entitled under the *Act*.

Il est donc évident qu'un tribunal spécialisé [. . .] peut appliquer son expertise de façon très fonctionnelle et productive à trancher les questions relatives à la *Charte* qui requièrent cette expertise. [p. 16-18]

[144] Malgré les tentatives faites par M. Reza pour qualifier sa contestation de constitutionnelle, la Cour a reconnu que ses arguments fondés sur la *Charte* reposaient essentiellement sur des politiques d'immigration. Il en va de même pour les moyens que M. Chhina tire en l'espèce de la *Charte* et qui découlent des décisions de la Section de l'immigration de prolonger sa détention. Ce sont là des questions qui se situent au cœur même des politiques d'immigration. La Section de l'immigration est le forum qui convient le mieux pour intégrer les droits garantis par la *Charte* à l'économie de la *LIPR* et à ses objets.

[145] Il ressort de l'analyse qui précède que, si on l'interprète correctement, le régime de contrôle des motifs de la détention aux fins de l'immigration établi par la *LIPR* offre aux détenus un recours dont la portée est au moins aussi large et aussi avantageux que celle de la procédure d'*habeas corpus*. Ce régime prévoit l'examen le plus complet possible du bien-fondé de la remise en cause de la détention aux fins de l'immigration. Et lorsque l'individu détenu par les autorités de l'immigration se prétend victime d'une violation des droits qui lui sont garantis par les art. 7, 9 et 12 de la *Charte*, le processus de contrôle de la Section de l'immigration, encadré par les art. 58 de la *LIPR* et 248 du *Règlement*, permet au moins le même examen approfondi que celui qu'effectue une cour supérieure saisie d'une demande d'*habeas corpus*.

[146] La Cour a affirmé à maintes reprises qu'il n'y a pas ouverture à l'*habeas corpus* si la solution de rechange prévue par la loi offre un recours tout aussi favorable. À mon avis, c'est effectivement le cas en l'espèce. Le cas de M. Chhina tombe par conséquent sous le coup de l'exception établie par l'arrêt *Peiroo*, ce qui le rend irrecevable à présenter une demande d'*habeas corpus*. La Cour supérieure a refusé à bon droit d'exercer sa compétence, en matière d'*habeas corpus* au profit du régime complet, exhaustif et spécialisé auquel M. Chhina pouvait avoir recours selon la *Loi*.

[147] I would allow the appeal.

*Appeal dismissed, ABELLA J. dissenting.*

*Solicitor for the appellants: Attorney General of Canada, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Nota Bene Law, Calgary; Jackman, Nazami & Associates, Toronto; Laishley Reed, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the End Immigration Detention Network: Sekhar Law Office, Toronto; Maija Martin, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: Jared Will & Associates, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Defence for Children International-Canada: Wilson, Christen, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Amnesty International Canada (English Branch): Community Legal Services-Ottawa, Ottawa; University of Ottawa, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Community & Legal Aid Services Programme: York University, Osgoode Hall Law School, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Council for Refugees: Edelman & Co. Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Queen's Prison Law Clinic: Stockwoods, Toronto; Queen's Prison Law Clinic, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Egale Canada Human Rights Trust: Battista Smith Migration Law Group, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Frances Mahon Law, Vancouver.*

[147] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

*Pourvoi rejeté, la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureur des appelants : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : Nota Bene Law, Calgary; Jackman, Nazami & Associates, Toronto; Laishley Reed, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant End Immigration Detention Network : Sekhar Law Office, Toronto; Maija Martin, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Jared Will & Associates, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Defence for Children International-Canada : Wilson, Christen, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Amnesty International Canada (English Branch) : Community Legal Services-Ottawa, Ottawa; Université d'Ottawa, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant Community & Legal Aid Services Programme : York University, Osgoode Hall Law School, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés : Edelman & Co. Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Queen's Prison Law Clinic : Stockwoods, Toronto; Queen's Prison Law Clinic, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds Égale Canada pour les droits de la personne : Battista Smith Migration Law Group, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Frances Mahon Law, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Prison Law Association: Borys Law, Kingston; McCarten Wallace, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Canadian Prison Law Association : Borys Law, Kingston; McCarten Wallace, Toronto.*

**Christine DeJong Medicine Professional Corporation** *Appellante*

v.

**DBDC Spadina Ltd., Dr. Bernstein Diet Clinics Ltd., 2272551 Ontario Limited, DBDC Investments Atlantic Ltd., DBDC Investment Pape Ltd., DBDC Investments Highway 7 Ltd., DBDC Investments Trent Ltd., DBDC Investments St. Clair Ltd., DBDC Investments Tisdale Ltd., DBDC Investments Leslie Ltd., DBDC Investments Lesliebrook Ltd., DBDC Fraser Properties Ltd., DBDC Fraser Lands Ltd., DBDC Queen’s Corner Inc., DBDC Queen’s Plate Holdings Inc., DBDC Dupont Developments Ltd., DBDC Red Door Developments Inc., DBDC Red Door Lands Inc., DBDC Global Mills Ltd., DBDC Donalda Developments Ltd., DBDC Salmon River Properties Ltd., DBDC Cityview Industrial Ltd., DBDC Weston Lands Ltd., DBDC Double Rose Developments Ltd., DBDC Skyway Holdings Ltd., DBDC West Mall Holdings Ltd., DBDC Royal Gate Holdings Ltd., DBDC Dewhurst Developments Ltd., DBDC Eddystone Place Ltd. and DBDC Richmond Row Holdings Ltd.**

*Respondents*

and

**Schonfeld Inc., in its capacity as the court-appointed Inspector and Manager of Twin Dragons Corporation, Bannockburn Lands Inc. / Skyline — 1185 Eglinton Avenue Inc., Wynford Professional Centre Ltd., Liberty Village Properties Ltd., Liberty Village Lands Inc.,**

**Christine DeJong Medicine Professional Corporation** *Appelante*

c.

**DBDC Spadina Ltd., Dr. Bernstein Diet Clinics Ltd., 2272551 Ontario Limited, DBDC Investments Atlantic Ltd., DBDC Investment Pape Ltd., DBDC Investments Highway 7 Ltd., DBDC Investments Trent Ltd., DBDC Investments St. Clair Ltd., DBDC Investments Tisdale Ltd., DBDC Investments Leslie Ltd., DBDC Investments Lesliebrook Ltd., DBDC Fraser Properties Ltd., DBDC Fraser Lands Ltd., DBDC Queen’s Corner Inc., DBDC Queen’s Plate Holdings Inc., DBDC Dupont Developments Ltd., DBDC Red Door Developments Inc., DBDC Red Door Lands Inc., DBDC Global Mills Ltd., DBDC Donalda Developments Ltd., DBDC Salmon River Properties Ltd., DBDC Cityview Industrial Ltd., DBDC Weston Lands Ltd., DBDC Double Rose Developments Ltd., DBDC Skyway Holdings Ltd., DBDC West Mall Holdings Ltd., DBDC Royal Gate Holdings Ltd., DBDC Dewhurst Developments Ltd., DBDC Eddystone Place Ltd. et DBDC Richmond Row Holdings Ltd.**

*Intimées*

et

**Schonfeld Inc., en sa qualité d’inspectrice et gérante nommée par la cour pour Twin Dragons Corporation, Bannockburn Lands Inc. / Skyline — 1185 Eglinton Avenue Inc., Wynford Professional Centre Ltd., Liberty Village Properties Ltd., Liberty Village Lands Inc.,**

**Riverdale Mansion Ltd., Royal Agincourt Corp., Hidden Gem Developments Inc., Ascalon Lands Ltd., Tisdale Mews Inc., Lesliebrook Holdings Ltd., Lesliebrook Lands Ltd., Fraser Properties Group, Fraser Lands Ltd., Queen's Corner Corp., Northern Dancer Lands Ltd., Dupont Developments Ltd., Red Door Developments Inc. and Red Door Lands Ltd., Global Mills Inc., Donalda Developments Ltd., Salmon River Properties Ltd., Cityview Industrial Ltd., Weston Lands Ltd., Double Rose Developments Ltd., Skyway Holdings Ltd., West Mall Holdings Ltd., Royal Gate Holdings Ltd., Royal Gate Nominee Inc., Royal Gate (Land) Nominee Inc., Dewhurst Development Ltd., Eddystone Place Inc., Richmond Row Holdings Ltd., El-Ad (1500 Don Mills) Limited, 165 Bathurst Inc., 3270 American Drive, Mississauga, Ontario, 0 Luttrell Ave., Toronto, Ontario, 2 Kelvin Avenue, Toronto, Ontario, 346 Jarvis Street, Suites A, B, C, E and F, Toronto, Ontario, 1 William Morgan Drive, Toronto, Ontario, 324 Prince Edward Drive, Toronto, Ontario, 24 Cecil Street, Toronto, Ontario, 30 and 30A Hazelton Avenue, Toronto, Ontario, 777 St. Clarens Avenue, Toronto, Ontario, 252 Carlton Street and 478 Parliament Street, Toronto, Ontario, 66 Gerrard Street East, Toronto, Ontario, 2454 Bayview Avenue, Toronto, Ontario, 319-321 Carlaw, Toronto, Ontario, 260 Emerson Ave., Toronto, Ontario, 44 Park Lane Circle, Toronto, Ontario, 19 Tennis Crescent, Toronto, Ontario, 646 Broadview Avenue, Toronto, Ontario and Canadian Chamber of Commerce**  
*Interveniers*

**INDEXED AS: CHRISTINE DEJONG MEDICINE PROFESSIONAL CORP. v. DBDC SPADINA LTD.**

**Riverdale Mansion Ltd., Royal Agincourt Corp., Hidden Gem Developments Inc., Ascalon Lands Ltd., Tisdale Mews Inc., Lesliebrook Holdings Ltd., Lesliebrook Lands Ltd., Fraser Properties Group, Fraser Lands Ltd., Queen's Corner Corp., Northern Dancer Lands Ltd., Dupont Developments Ltd., Red Door Developments Inc. and Red Door Lands Ltd., Global Mills Inc., Donalda Developments Ltd., Salmon River Properties Ltd., Cityview Industrial Ltd., Weston Lands Ltd., Double Rose Developments Ltd., Skyway Holdings Ltd., West Mall Holdings Ltd., Royal Gate Holdings Ltd., Royal Gate Nominee Inc., Royal Gate (Land) Nominee Inc., Dewhurst Development Ltd., Eddystone Place Inc., Richmond Row Holdings Ltd., El-Ad (1500 Don Mills) Limited, 165 Bathurst Inc., 3270 American Drive, Mississauga, Ontario, 0 Luttrell Ave., Toronto, Ontario, 2 Kelvin Avenue, Toronto, Ontario, 346 Jarvis Street, Suites A, B, C, E and F, Toronto, Ontario, 1 William Morgan Drive, Toronto, Ontario, 324 Prince Edward Drive, Toronto, Ontario, 24 Cecil Street, Toronto, Ontario, 30 and 30A Hazelton Avenue, Toronto, Ontario, 777 St. Clarens Avenue, Toronto, Ontario, 252 Carlton Street and 478 Parliament Street, Toronto, Ontario, 66 Gerrard Street East, Toronto, Ontario, 2454 Bayview Avenue, Toronto, Ontario, 319-321 Carlaw, Toronto, Ontario, 260 Emerson Ave., Toronto, Ontario, 44 Park Lane Circle, Toronto, Ontario, 19 Tennis Crescent, Toronto, Ontario, 646 Broadview Avenue, Toronto, Ontario et Chambre de commerce du Canada**  
*Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : CHRISTINE DEJONG MEDICINE PROFESSIONAL CORP. c. DBDC SPADINA LTD.**



**2019 SCC 30**

File No.: 38051.

2019: May 14.

Present: Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO**

*Torts — Knowing assistance in breach of fiduciary duty — Attribution of individual wrongdoing to corporation — Applicable criteria — Complex multi-million dollar fraud perpetrated by husband and wife — Couple convincing investors to invest with them in specific-project corporations to acquire and hold commercial real estate properties — Couple taking funds for personal use instead — Investors claiming damages against husband and wife personally for fraudulent misrepresentation, deceit and breach of fiduciary duty — Investors also claiming liability for knowing assistance against specific-project corporations on basis that wife who committed fraud was their directing mind — Application judge awarding damages against husband and wife personally, but dismissing knowing assistance claim on basis that wife's knowledge of fraud could not be imputed to specific-project corporations — Majority of Court of Appeal allowing knowing assistance claim — Dissenting judge finding that liability for knowing assistance could not be made out against specific-project corporations — Claim of knowing assistance must fail.*

**Cases Cited**

**Referred to:** *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855; *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Cronk, Blair and van Rensburg JJ.A.),

**2019 CSC 30**

N° du greffe : 38051.

2019 : 14 mai.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe et Martin.

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

*Responsabilité délictuelle — Aide apportée en connaissance de cause en violation d'une obligation fiduciaire — Imputation à des sociétés par actions d'actes fautifs commis par des personnes physiques — Critères applicables — Fraude complexe de plusieurs millions de dollars perpétrée par un homme et son épouse — Investisseurs convaincus par le couple d'investir des fonds avec lui dans des sociétés par actions visant des projets spécifiques en vue d'acquiescer et de détenir des biens immobiliers commerciaux — Appropriation à des fins personnelles par le couple des fonds versés pour investissement — Action en dommages-intérêts intentée contre l'époux et l'épouse personnellement pour cause d'assertion inexacte et frauduleuse, de dol et de manquement à une obligation fiduciaire — Responsabilité des sociétés par actions visant des projets spécifiques également recherchée par les investisseurs au motif que l'épouse ayant commis la fraude était l'âme dirigeante des sociétés — Juge de l'action condamnant l'époux et l'épouse personnellement au paiement de dommages-intérêts, mais rejetant la demande fondée sur la notion d'aide apportée en connaissance de cause pour le motif que la connaissance par l'épouse de l'existence de la fraude ne pouvait être imputée aux sociétés par actions visant des projets spécifiques — Cour d'appel accueillant à la majorité la demande fondée sur la notion d'aide apportée en connaissance de cause — Juge dissidente concluant que la responsabilité des sociétés par actions visant des projets spécifiques fondée sur la notion d'aide apportée en connaissance de cause ne pouvait pas être établie — Demande fondée sur la notion d'aide apportée en connaissance de cause rejetée.*

**Jurisprudence**

**Arrêts mentionnés :** *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855; *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Cronk, Blair et van Rensburg),

2018 ONCA 60, 419 D.L.R. (4th) 409, 78 B.L.R. (5th) 183, 56 C.B.R. (6th) 174, 33 E.T.R. (4th) 173, [2018] O.J. No. 578 (QL), 2018 CarswellOnt 1571 (WL Can.), setting aside a decision of Newbould J., 2016 ONSC 6018, 40 C.B.R. (6th) 230, [2016] O.J. No. 5017 (QL), 2016 CarswellOnt 15044 (WL Can.). Appeal allowed.

*Jeremy Opolsky, Jonathan Silver and Alicja Puchta*, for the appellant.

*Shara N. Roy, Paul-Erik Veel and Madison Robins*, for the respondents.

*Geoff R. Hall, Anu Koshal and Natalie V. Kolos*, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

*Mark Dunn and Carlie Fox*, for the other interveners.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] BROWN J. — We agree with Justice van Rensburg, dissenting, at the Court of Appeal that the respondents’ claim for knowing assistance must fail, and we adopt her reasons as our own.

[2] In view of the statement of the majority at the Court of Appeal that this Court’s decision in *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855, invited a “flexible” application of the criteria stated in *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662, for attributing individual wrongdoing to a corporation, we respectfully add this. What the Court directed in *Livent*, at para. 104, was that *even where those criteria are satisfied*, “courts retain the discretion to refrain from applying [corporate attribution] where, in the circumstances of the case, it would not be in the public interest to do so” (emphasis added). In other words, while the presence of public interest concerns may *heighten* the burden on the party seeking to have the actions of a directing mind attributed to a corporation, *Canadian Dredge* states *minimal* criteria that

2018 ONCA 60, 419 D.L.R. (4th) 409, 78 B.L.R. (5th) 183, 56 C.B.R. (6th) 174, 33 E.T.R. (4th) 173, [2018] O.J. No. 578 (QL), 2018 CarswellOnt 1571 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Newbould, 2016 ONSC 6018, 40 C.B.R. (6th) 230, [2016] O.J. No. 5017 (QL), 2016 CarswellOnt 15044 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Jeremy Opolsky, Jonathan Silver et Alicja Puchta*, pour l’appelante.

*Shara N. Roy, Paul-Erik Veel et Madison Robins*, pour les intimées.

*Geoff R. Hall, Anu Koshal et Natalie V. Kolos*, pour l’intervenante la Chambre de commerce du Canada.

*Mark Dunn et Carlie Fox*, pour les autres intervenantes.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE BROWN — À l’instar de la juge van Rensburg, dissidente en Cour d’appel, nous sommes d’avis que l’argument des intimées basé sur la notion d’aide apportée en connaissance de cause doit être écarté, et nous faisons nôtres ses motifs.

[2] Vu les propos des juges majoritaires de la Cour d’appel portant que l’arrêt de notre Cour *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855, invite à une application [TRADUCTION] « souple » des critères énoncés dans l’affaire *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662, en matière d’imputation à une société des actes fautifs d’un individu, nous tenons, soit dit en tout respect, à ajouter la précision suivante. Ce que la Cour a indiqué dans l’arrêt *Livent*, par. 104, c’est que *même dans les cas où ces critères sont respectés*, « les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire de s’abstenir [d’]appliquer [le principe de l’imputation d’actes à une société] lorsque, dans les circonstances de l’espèce, il ne serait pas dans l’intérêt public de le faire » (je souligne). Autrement dit, bien que la présence de considérations relatives à

must always be met. The appeal is allowed, with costs throughout.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Torys, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the other interveners: Goodmans, Toronto.*

l'intérêt public puisse *alourdir* le fardeau incombant à la partie qui demande que soient imputés à une société les actes d'une âme dirigeante de cette dernière, l'arrêt *Canadian Dredge* établit des critères *minimaux* qui doivent toujours être respectés. Le pourvoi est accueilli, avec dépens devant toutes les cours.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante : Torys, Toronto.*

*Procureurs des intimées : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs des autres intervenantes : Goodmans, Toronto.*

**Joseph Roy Éric Bessette** *Appellant*

v.

**Attorney General of British Columbia**  
*Respondent*

and

**Commissioner of Official Languages of  
Canada and Fédération des associations de  
juristes d'expression française de common  
law inc.** *Intervenors*

**INDEXED AS: BESSETTE v. BRITISH COLUMBIA  
(ATTORNEY GENERAL)**

**2019 SCC 31**

File No.: 37790.

2018: November 15; 2019: May 16.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and  
Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Provincial offences — Trial — Language of accused — Right to be tried by provincial court judge who speaks official language of Canada that is language of accused — Accused charged with provincial driving offence in British Columbia — Provincial court judge dismissing application by accused for trial in French — Whether right to be tried by provincial court judge who speaks official language that is language of accused under Criminal Code extends to persons accused of certain provincial offences in British Columbia — Offence Act, R.S.B.C. 1996, c. 338, s. 133 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 530.*

*Prerogative writs — Certiorari — Availability of remedy — Adequate alternative remedy — Superior court dismissing petition by accused for certiorari to quash order of provincial court judge dismissing application for trial in French — Whether determination of whether accused has right to trial in French amounts to jurisdictional issue giving rise to certiorari — Whether appeal following*

**Joseph Roy Éric Bessette** *Appelant*

c.

**Procureur général de la Colombie-  
Britannique** *Intimé*

et

**Commissaire aux langues officielles du  
Canada et Fédération des associations de  
juristes d'expression française de common  
law inc.** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BESSETTE c. COLOMBIE-  
BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2019 CSC 31**

N° du greffe : 37790.

2018 : 15 novembre; 2019 : 16 mai.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et  
Martin.

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

*Infractions provinciales — Procès — Langue de l'accusé — Droit de l'accusé d'être jugé par un juge de la cour provinciale qui parle la langue officielle du Canada qui est la sienne — Accusé inculpé d'une infraction provinciale liée à la conduite automobile en Colombie-Britannique — Rejet par le juge de la cour provinciale de la demande de procès en français présentée par l'accusé — Le droit de l'accusé d'être jugé par un juge de la cour provinciale qui parle la langue officielle qui est la sienne, prévu dans le Code criminel, s'applique-t-il aux personnes accusées de certaines infractions provinciales en Colombie-Britannique? — Offence Act, R.S.B.C. 1996, c. 338, art. 133 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 530.*

*Brefs de prérogative — Certiorari — Possibilité d'exercer ce recours — Autre recours adéquat — Rejet par la cour supérieure de la requête en certiorari présentée par l'accusé en vue de l'annulation de l'ordonnance du juge de la cour provinciale rejetant la demande de procès en français — La décision de savoir si l'accusé a droit à un procès en français constitue-t-elle une question*

*conviction by English-speaking court constitutes adequate alternative remedy to certiorari.*

The accused was charged with a provincial driving offence in British Columbia. He made an application to be tried in French, relying on s. 530 of the *Criminal Code*, which grants an accused the right to be tried by a provincial court judge who speaks the official language of Canada that is the language of the accused. The Crown contested the accused's application, arguing that English is the only language of provincial offence prosecutions in British Columbia according to an old English statute received into the colonial law of the province ("*1731 Act*"). The provincial court judge accepted the Crown's argument and dismissed the accused's application. The accused unsuccessfully petitioned the Supreme Court of British Columbia for *certiorari*. The court found that the petition was premature, as an appeal following conviction represented an adequate alternative remedy to *certiorari*. The Court of Appeal dismissed the accused's appeal, holding that the decision to refuse to engage in *certiorari* review attracted deference as it was discretionary in nature.

*Held:* The appeal should be allowed and the order of the Provincial Court quashed. The accused is entitled to stand trial in French.

The issue of whether the accused is entitled to be tried in French raises a jurisdictional question, and *certiorari* review is therefore available before the trial is heard. Superior courts generally do not intervene in ongoing criminal or quasi-criminal proceedings in the provincial courts. This is because criminal appeals are statutory and, with limited exceptions, there are no interlocutory appeals. Interlocutory appeals are circumscribed in part because of concerns about judicial economy, delay, and the fragmentation of proceedings. For parties to criminal or quasi-criminal proceedings, pre- or mid-trial *certiorari* is available for an alleged jurisdictional error by a provincial court judge. A jurisdictional error occurs where a court fails to observe a mandatory provision of a statute or acts in breach of the principles of natural justice. Whether the alleged error by the provincial court judge constitutes a jurisdictional error is a question of law reviewable for correctness.

*juridictionnelle donnant ouverture à un certiorari? — L'appel de la déclaration de culpabilité inscrite par un tribunal d'expression anglaise constitue-t-il un recours adéquat au lieu du certiorari?*

L'accusé a été inculpé d'une infraction provinciale liée à la conduite automobile en Colombie-Britannique. Il a demandé d'être jugé en français en se fondant sur l'art. 530 du *Code criminel*, lequel accorde à l'accusé le droit d'être jugé par un juge d'une cour provinciale qui parle la langue officielle du Canada qui est la sienne. La Couronne a contesté la demande de l'accusé, plaidant que l'anglais est la seule langue utilisée lors des poursuites relatives aux infractions provinciales en Colombie-Britannique en vertu d'une vieille loi anglaise reçue dans le droit colonial de la province (« *Loi de 1731* »). Le juge de la cour provinciale a fait droit à l'argument de la Couronne et a rejeté la demande de l'accusé. L'accusé a sans succès présenté à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une requête en *certiorari*. La cour a jugé la requête prématurée, étant donné qu'un appel de la déclaration de culpabilité représentait un recours adéquat au lieu d'un *certiorari*. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé, concluant que la décision de ne pas procéder à un contrôle par voie de *certiorari* commandait la déférence vu qu'elle était de nature discrétionnaire.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de la Cour provinciale est annulée. L'accusé a le droit de subir son procès en français.

La question de savoir si l'accusé a le droit d'être jugé en français soulève une question juridictionnelle, et le contrôle par voie de *certiorari* est donc disponible avant l'instruction du procès. Généralement, les cours supérieures n'interviennent pas dans les instances criminelles ou quasi criminelles en cours devant les cours provinciales, car les appels permis en matière criminelle sont prévus par la loi. Sauf exceptions limitées, il n'y a pas d'appels interlocutoires. Les appels interlocutoires sont limités en partie en raison de considérations relatives à l'économie des ressources judiciaires, aux retards et à la fragmentation des procédures. Pour ce qui est des parties à une instance criminelle ou quasi criminelle, elles peuvent recourir au *certiorari* avant ou pendant le procès si une erreur juridictionnelle est reprochée au juge de la cour provinciale. Il y a erreur juridictionnelle lorsque le tribunal ne se conforme pas à une disposition impérative d'une loi ou transgresse les principes de justice naturelle. La question de savoir si l'erreur qu'aurait commise le juge de la cour provinciale est une erreur juridictionnelle est une question de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.



Section 530 of the *Criminal Code* is a mandatory statutory provision. It dictates that the judge “shall grant” a French trial on application of the accused, provided the application is brought within the requisite time. If the provincial court judge erred in concluding that s. 530 does not apply to provincial offence prosecutions, the effect was that the judge failed to observe a mandatory statutory provision and thereby lost jurisdiction over the accused’s proceedings. As the accused’s petition to the superior court alleged a jurisdictional error by the provincial court judge, *certiorari* review by the superior court was available to the accused.

Superior courts retain a residual discretion to refuse *certiorari* review, even in the face of alleged jurisdictional errors. One of the discretionary grounds for refusing to engage in *certiorari* review is the existence of an adequate alternative remedy. Because *certiorari* review is a discretionary remedy, the court’s decision not to undertake it is entitled to deference on appeal. To interfere with the judge’s decision, the appellate court must be satisfied that the decision fails to give weight to all relevant considerations, rests on an error in principle, or is plainly wrong.

In the instant case, the superior court judge erred in exercising his discretion not to engage in *certiorari* review and consider the substantive issues raised in the accused’s petition. Had he properly recognized the jurisdictional nature of the dispute, the impact of his decision on the accused’s language rights, and the desirability of deciding the language of trial question before the start of the trial, he should have concluded that an appeal from conviction would not represent an adequate alternative remedy to *certiorari* review. As the violation of the accused’s trial language right is a harm in itself, an appeal following a conviction by an English-speaking court cannot represent an adequate alternative remedy to deciding, before the trial has taken place, whether the accused is in fact entitled to this fundamental right. Had the accused been acquitted after an English trial, he would have had no opportunity to have his claimed language rights vindicated, as there is no right to appeal an acquittal under the *Offence Act*. Putting the accused through a trial which may well be a nullity also risks putting the accused to undue legal expense as it gives rise to a potential ground of appeal and the prospect of the appeal court having to order a new trial. As there was no basis for the superior court to exercise its discretion

L’article 530 du *Code criminel* est une disposition législative impérative. Elle commande que le juge « ordonne » que l’accusé subisse son procès en français sur demande de ce dernier, à condition que la demande soit présentée dans le délai prescrit. Si le juge de la cour provinciale a commis une erreur en concluant que l’art. 530 ne s’appliquait pas aux poursuites relatives aux infractions provinciales, cette erreur a eu pour effet qu’il a omis de se conformer à une disposition législative impérative et ainsi perdu sa juridiction sur l’instance. Comme l’accusé a invoqué, dans sa requête à la cour supérieure, qu’il y aurait eu une erreur juridictionnelle de la part du juge de la cour provinciale, il pouvait se prévaloir d’un contrôle par voie de *certiorari* devant la cour supérieure.

Les cours supérieures demeurent investies du pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d’accorder le contrôle par voie de *certiorari*, même en dépit d’erreurs juridictionnelles invoquées. L’un des motifs discrétionnaires pouvant fonder le refus de procéder à un contrôle par voie de *certiorari* est l’existence d’un autre recours adéquat. Étant donné que le contrôle par voie de *certiorari* est un recours discrétionnaire, la décision de la cour de ne pas procéder à un tel contrôle commande la déférence en appel. Pour que la cour d’appel puisse intervenir à l’égard de la décision du juge, elle doit être convaincue que la décision n’accorde pas suffisamment d’importance à tous les éléments pertinents, qu’elle est fondée sur une erreur de principe ou qu’elle est nettement erronée.

En l’espèce, le juge de la cour supérieure a commis une erreur lorsqu’il a décidé d’exercer sa discrétion de ne pas procéder au contrôle par voie de *certiorari* et de ne pas examiner les questions de fond soulevées dans la requête de l’accusé. S’il avait reconnu à bon droit que le litige portait sur une question juridictionnelle, que sa décision avait une incidence sur les droits linguistiques de l’accusé et qu’il était souhaitable de trancher la question de la langue du procès avant le début de celui-ci, il aurait dû conclure qu’un appel de la déclaration de culpabilité ne représentait pas un recours adéquat au lieu d’un contrôle par voie de *certiorari*. Étant donné que la violation du droit linguistique de l’accusé relativement à son procès constitue elle-même un préjudice, un appel de la déclaration de culpabilité inscrite par un tribunal d’expression anglaise ne peut représenter une réponse adéquate à la question de savoir, avant que le procès ait lieu, si l’accusé jouissait effectivement de ce droit fondamental. S’il avait été acquitté à la suite du procès en anglais, il n’aurait eu aucune occasion de faire valoir ses droits linguistiques, parce qu’un accusé n’a pas de droit d’appel à l’égard d’un acquittement sous le régime de la *Offence Act*. Faire subir à l’accusé un procès qui pourrait bien être nul risque également d’assujettir celui-ci à des frais

to decline *certiorari* review, it ought to have decided the merits of the accused's petition.

Section 530 of the *Criminal Code* applies to the accused's prosecution. Section 133 of British Columbia's *Offence Act* incorporates s. 530 of the *Criminal Code* without heed to the *1731 Act*. Because the *Offence Act* applies to proceedings under the *Motor Vehicle Act*, and neither the *Motor Vehicle Act* nor the *Offence Act* make provision for the language of trials, s. 530 of the *Criminal Code* applies as if it were enacted in and formed part of the *Offence Act* itself. By virtue of its incorporation into the *Offence Act*, s. 530 enjoys the same status in that Act as it does in the *Criminal Code*. Therefore, s. 530 of the *Criminal Code* implicitly repeals the *1731 Act* in respect of *Offence Act* trials.

The wording of ss. 3(1) and 133 of the *Offence Act* cannot reasonably be read as prioritizing other, more removed legislation, such as the *1731 Act*. These two provisions have clear functions. Section 3(1) sets the scope of the *Offence Act* as applying to "proceedings", "[e]xcept where otherwise provided by law". The terms "[e]xcept where otherwise provided by law" refer to situations where other, more particularized legislation displaces the application of the *Offence Act*. They do not mean that a particular provision of the *Offence Act* will not apply to "proceedings" if that particular provision contradicts another law in effect in British Columbia. For its part, s. 133, or the incorporation provision, dictates that any gaps in the *Offence Act* are to be filled with the provisions of the *Criminal Code*, adapted to fit the *Offence Act* context. It is only where the *Offence Act* or the particularized legislation creating the offence fully provides for a matter that incorporation of *Criminal Code* provisions is precluded. Put in terms of hierarchy or order of operations, ss. 3(1) and 133 of the *Offence Act* direct courts to (1) look to the particularized legislation creating the offence in question (in this case, the *Motor Vehicle Act*); (2) provided the particularized legislation does not direct otherwise, apply the *Offence Act*; (3) where the *Offence Act* is silent on the matter in question (or makes only partial provision for the matter), look to the *Criminal Code*; and (4) if the matter is not addressed in any of the preceding legislation, turn to other sources of law, including other British Columbia legislation. In this case, these steps lead directly to the incorporation of s. 530 of the *Criminal Code* into the *Offence Act*.

juridiques indus, vu que le procès ferait naître un possible moyen d'appel et la possibilité que la cour d'appel doive ordonner un nouveau procès. Étant donné que rien ne justifiait que la cour supérieure refuse, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, d'accorder le contrôle par voie de *certiorari*, elle aurait dû trancher la requête de l'accusé sur le fond.

L'article 530 du *Code criminel* s'applique à la poursuite intentée contre l'accusé. L'article 133 de la *Offence Act* de la Colombie-Britannique incorpore l'art. 530 du *Code criminel* sans égard à la *Loi de 1731*. Puisque la *Offence Act* s'applique aux instances intentées en vertu de la *Motor Vehicle Act*, et qu'aucune de ces deux lois ne traite de la langue dans laquelle doivent se dérouler les procès, l'art. 530 du *Code criminel* s'applique comme s'il faisait partie intégrante de la *Offence Act* elle-même. De par son incorporation dans la *Offence Act*, l'art. 530 jouit du même statut dans cette loi que dans le *Code criminel*. Par conséquent, l'art. 530 du *Code criminel* abroge implicitement la *Loi de 1731* à l'égard des procès intentés en vertu de la *Offence Act*.

On ne peut raisonnablement interpréter le par. 3(1) et l'art. 133 de la *Offence Act* comme priorisant d'autres lois, plus éloignées, comme la *Loi de 1731*. Ces deux dispositions ont des fonctions précises. Le paragraphe 3(1) énonce la portée de la *Offence Act* — elle s'applique aux « instances », « sauf disposition contraire de la loi ». L'expression « [s]auf disposition contraire de la loi » vise les situations où une autre loi plus précise écarte l'application de la *Offence Act*. Elle ne veut pas dire qu'une disposition précise de la *Offence Act* ne s'appliquera pas aux « instances » si elle contredit une autre loi en vigueur en Colombie-Britannique. Pour sa part, l'art. 133, ou la disposition d'incorporation, indique que les dispositions du *Code criminel*, adaptées au contexte de la *Offence Act*, suppléent à toute lacune dans celle-ci. Ce n'est que lorsque la *Offence Act* ou la loi précise créant l'infraction prévoit entièrement une situation que l'incorporation de dispositions du *Code criminel* est exclue. Les dispositions du par. 3(1) et de l'art. 133 de la *Offence Act*, placées en ordre de hiérarchie ou en ordre d'opérations, prescrivent aux cours (1) de consulter la loi précise qui crée l'infraction dont il est question (en l'espèce, la *Motor Vehicle Act*); (2) à moins que la loi précise n'en dispose autrement, d'appliquer la *Offence Act*; (3) lorsque la *Offence Act* est muette quant à la question en jeu (ou qu'elle ne prévoit qu'une disposition partielle à ce sujet), de consulter le *Code criminel*; et (4) si les lois qui précèdent ne traitent pas de la question, de consulter d'autres sources de droit, y compris les autres lois de la Colombie-Britannique. En l'espèce, ces étapes aboutissent directement à l'incorporation de l'art. 530 du *Code criminel* à la *Offence Act*.

## Cases Cited

**Applied:** *R. v. Russell*, 2001 SCC 53, [2001] 2 S.C.R. 804; **distinguished:** *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480; **considered:** *Moore v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 195; **referred to:** *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, 2013 SCC 42, [2013] 2 S.C.R. 774; *R. v. Corbett*, 2005 BCSC 1437, 24 M.V.R. (5th) 310; *R. v. Laflamme*, B.C. Prov. Ct., No. 19739, February 17, 1997; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *R. v. Johnson* (1991), 3 O.R. (3d) 49; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *R. v. Awashish*, 2018 SCC 45, [2018] 3 S.C.R. 87; *R. v. Plummer*, 2018 BCSC 513, 25 M.V.R. (7th) 117; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *R. v. Deschamplain*, 2004 SCC 76, [2004] 3 S.C.R. 601; *R. v. Munkonda*, 2015 ONCA 309, 126 O.R. (3d) 646; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *R. v. Arcand* (2004), 73 O.R. (3d) 758; *Mining Watch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *Cowper-Smith v. Morgan*, 2017 SCC 61, [2017] 2 S.C.R. 754; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Mazraani v. Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc.*, 2018 SCC 50, [2018] 3 S.C.R. 261; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138; *Anderson v. Victoria (City)*, 2002 BCSC 1466, 9 B.C.L.R. (4th) 75; *Central Okanagan (Regional District) v. Ushko*, [1998] B.C.J. No. 2123 (QL); *Vancouver (City) v. Wiseberg*, 2005 BCSC 1377; *R. v. Ambrosi*, 2012 BCSC 409; *R. v. 0721464 B.C. Ltd.*, 2011 BCPC 90; *Samograd v. Collison* (1995), 17 B.C.L.R. (3d) 51; *Application to Destroy the Dog “Tuppence”*, 2004 BCPC 27; *Little v. Peers* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 224; *R. v. Singh*, 2001 BCCA 79, 149 B.C.A.C. 215; *Commissioner of Official Languages (Can.) v. Canada (Minister of Justice)*, 2001 FCT 239, 194 F.T.R. 181; *R. v. Trow* (1977), 5 B.C.L.R. 133; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537.

## Statutes and Regulations Cited

*Act for consolidating in One Act certain Provisions usually contained in Acts for regulating the Police of Towns* (U.K.), 1847, 10 & 11 Vict., c. 89.

*Act for further improving the Police in and near the Metropolis* (U.K.), 1839, 2 & 3 Vict., c. 47.

*Act for the Establishment of County and District Constables by the Authority of Justices of the Peace* (U.K.), 1839, 2 & 3 Vict., c. 93.

## Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *R. c. Russell*, 2001 CSC 53, [2001] 2 R.C.S. 804; **distinction d’avec l’arrêt :** *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480; **arrêt examiné :** *Moore c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 195; **arrêts mentionnés :** *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42, [2013] 2 R.C.S. 774; *R. c. Corbett*, 2005 BCSC 1437, 24 M.V.R. (5th) 310; *R. c. Laflamme*, B.C. Prov. Ct., No. 19739, 17 février 1997; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *R. c. Johnson* (1991), 3 O.R. (3d) 49; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *R. c. Awashish*, 2018 CSC 45, [2018] 3 R.C.S. 87; *R. c. Plummer*, 2018 BCSC 513, 25 M.V.R. (7th) 117; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *R. c. Deschamplain*, 2004 CSC 76, [2004] 3 R.C.S. 601; *R. c. Munkonda*, 2015 ONCA 309, 126 O.R. (3d) 691; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *R. c. Arcand* (2004), 73 O.R. (3d) 758; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Cowper-Smith c. Morgan*, 2017 CSC 61, [2017] 2 R.C.S. 754; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Mazraani c. Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc.*, 2018 CSC 50, [2018] 3 R.C.S. 261; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138; *Anderson c. Victoria (City)*, 2002 BCSC 1466, 9 B.C.L.R. (4th) 75; *Central Okanagan (Regional District) c. Ushko*, [1998] B.C.J. No. 2123 (QL); *Vancouver (City) c. Wiseberg*, 2005 BCSC 1377; *R. c. Ambrosi*, 2012 BCSC 409; *R. c. 0721464 B.C. Ltd.*, 2011 BCPC 90; *Samograd c. Collison* (1995), 17 B.C.L.R. (3d) 51; *Application to Destroy the Dog « Tuppence »*, 2004 BCPC 27; *Little c. Peers* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 224; *R. c. Singh*, 2001 BCCA 79, 149 B.C.A.C. 215; *Canada (Commissaire aux Langues Officielles) c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2001 CFPI 239; *R. c. Trow* (1977), 5 B.C.L.R. 133; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537.

## Lois et règlements cités

*Act for consolidating in One Act certain Provisions usually contained in Acts for regulating the Police of Towns* (R.-U.), 1847, 10 & 11 Vict., c. 89.

*Act for further improving the Police in and near the Metropolis* (R.-U.), 1839, 2 & 3 Vict., c. 47.

*Act for the Establishment of County and District Constables by the Authority of Justices of the Peace* (R.-U.), 1839, 2 & 3 Vict., c. 93.

- Act respecting Summary Proceedings before Justices of Peace (Summary Convictions Act)*, R.S.B.C. 1948, c. 317, s. 4(1).
- Act respecting Summary Proceedings (Summary Convictions Act, 1955)*, S.B.C. 1955, c. 71, s. 102.
- Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language* (G.B.), 1731, 4 Geo. II, c. 26, preamble.
- Act to amend the Act for the Establishment of County and District Constables* (U.K.), 1840, 3 & 4 Vict., c. 88.
- Act to amend the Acts relating to the Metropolitan Police* (U.K.), 1856, 19 Vict., c. 2.
- Act to provide for the Regulation of Municipal Corporations in England and Wales* (U.K.), 1835, 5 & 6 Will IV, c. 76.
- Act to render more effectual the Police in Counties and Boroughs in England and Wales* (U.K.), 1856, 19 & 20 Vict., c. 69.
- Application of Provincial Laws Regulations*, SOR/96-312, Part VIII, s. 3.
- Armoured Vehicle and After-Market Compartment Control Act*, S.B.C. 2010, c. 8, s. 12(9).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
- Contraventions Act*, S.C. 1992, c. 47.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 450(2), 530, 810, 849(3).
- Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165, s. 74(3).
- Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, ss. 1 “enactment”, 32, 44.
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 11.
- Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241, s. 2(1).
- Justices of the Peace Act 1361* (Eng.), 1361, 34 Edw. 3, c. 1.
- Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 2.
- Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9, s. 85(4).
- Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318, s. 95(1).
- Offence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 338, ss. 1 “proceedings”, 2, 3(1), 5, 102, 109, 132(2)(a.4), 133.
- Summary Convictions Act*, R.S.B.C. 1960, c. 373, ss. 101, 102.
- Voluntary Blood Donations Act*, S.B.C. 2018, c. 30, s. 21(1).
- Act respecting Summary Proceedings before Justices of Peace (Summary Convictions Act)*, R.S.B.C. 1948, c. 317, art. 4(1).
- Act respecting Summary Proceedings (Summary Convictions Act, 1955)*, S.B.C. 1955, c. 71, art. 102.
- Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language* (G.-B.), 1731, 4 Geo. II, c. 26, préambule.
- Act to amend the Act for the Establishment of County and District Constables* (R.-U.), 1840, 3 & 4 Vict., c. 88.
- Act to amend the Acts relating to the Metropolitan Police* (R.-U.), 1856, 19 Vict., c. 2.
- Act to provide for the Regulation of Municipal Corporations in England and Wales* (R.-U.), 1835, 5 & 6 Will IV, c. 76.
- Act to render more effectual the Police in Counties and Boroughs in England and Wales* (R.-U.), 1856, 19 & 20 Vict., c. 69.
- Armoured Vehicle and After-Market Compartment Control Act*, S.B.C. 2010, c. 8, art. 12(9).
- Charte canadienne des droits et libertés*.
- Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 450(2), 530, 810, 849(3).
- Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165, art. 74(3).
- Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, art. 1 « enactment », 32, 44.
- Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241, art. 2(1).
- Justices of the Peace Act 1361* (Angl.), 1361, 34 Edw. 3, c. 1.
- Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, art. 2.
- Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9, art. 85(4).
- Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 11.
- Loi sur les contraventions*, L.C. 1992, c. 47.
- Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318, art. 95(1).
- Offence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 338, art. 1 « proceedings », 2, 3(1), 5, 102, 109, 132(2)(a.4), 133.
- Règlement sur l’application de certaines lois provinciales*, DORS/96-312, partie VIII, art. 3.
- Summary Convictions Act*, R.S.B.C. 1960, c. 373, art. 101, 102.
- Voluntary Blood Donations Act*, S.B.C. 2018, c. 30, art. 21(1).

#### Authors Cited

- Black’s Law Dictionary*, 6th ed. by Henry Campbell Black, St-Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.
- British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly*, 2nd Sess., 29th Parl., March 10, 1971, p. 646.

#### Doctrine et autres documents cités

- Colombie-Britannique. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly*, 2nd Sess., 29th Parl., March 10, 1971, p. 646.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Goepel and Fenlon JJ.A.), 2017 BCCA 264, 351 C.C.C. (3d) 448, [2017] B.C.J. No. 1358 (QL), 2017 CarswellBC 1871 (WL Can.), affirming a decision of Blok J., 2016 BCSC 2416, 372 C.R.R. (2d) 54, [2016] B.C.J. No. 2727 (QL), 2016 CarswellBC 3656 (WL Can.), dismissing an application for *certiorari* against a decision of Gulbransen Prov. Ct. J., 2015 BCPC 230, [2015] B.C.J. No. 1837 (QL), 2015 CarswellBC 2440 (WL Can.). Appeal allowed.

*Jennifer Klinck, Sara Scott, Darius Bossé and Casey Leggett*, for the appellant.

*Rodney G. Garson and Rome Carot*, for the respondent.

*Isabelle Bousquet and Élie Ducharme*, for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada.

*Francis Lamer*, for the intervener Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc.

The judgment of the Court was delivered by

CÔTÉ AND MARTIN JJ. —

## I. Overview

[1] Mr. Bessette was charged with a provincial driving offence in British Columbia. Before the start of his trial in Provincial Court, he asked to be tried in French. Were he being prosecuted for a *criminal* offence in the very same court, the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, would unquestionably have given him the option of being tried in English or French. This appeal asks whether the *Criminal Code* provision for trials in either official language of Canada extends to persons accused of certain provincial offences in British Columbia.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Goepel et Fenlon), 2017 BCCA 264, 351 C.C.C. (3d) 448, [2017] B.C.J. No. 1358 (QL), 2017 CarswellBC 1871 (WL Can.), qui a confirmé la décision du juge Blok, 2016 BCSC 2416, 372 C.R.R. (2d) 54, [2016] B.C.J. No. 2727 (QL), 2016 CarswellBC 3656 (WL Can.), qui avait rejeté une requête en *certiorari* contre une décision du juge Gulbransen, 2015 BCPC 230, [2015] B.C.J. No. 1837 (QL), 2015 CarswellBC 2440 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Jennifer Klinck, Sara Scott, Darius Bossé et Casey Leggett*, pour l'appelant.

*Rodney G. Garson et Rome Carot*, pour l'intimé.

*Isabelle Bousquet et Élie Ducharme*, pour l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada.

*Francis Lamer*, pour l'intervenante la Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES CÔTÉ ET MARTIN —

## I. Aperçu

[1] Monsieur Bessette a été accusé d'une infraction provinciale liée à la conduite automobile en Colombie-Britannique. Avant le début de son procès devant la Cour provinciale, il a demandé d'être jugé en français. S'il avait été poursuivi pour une infraction *criminelle* devant la même cour, le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, lui aurait incontestablement donné la possibilité d'être jugé en anglais ou en français. Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si la disposition du *Code criminel* qui prévoit que les procès peuvent avoir lieu dans l'une ou l'autre des langues officielles du Canada s'applique aux personnes accusées de certaines infractions provinciales en Colombie-Britannique.



[2] Based on a principled interpretation of the relevant statutory provisions, we conclude that accused persons in Mr. Bessette’s position are entitled to be tried in either official language. We are also of the view that this important question merited proper consideration at the outset of the trial. As such, the provincial court judge’s decision not to honour Mr. Bessette’s request for a trial in French was immediately reviewable by the superior court on a petition for *certiorari*.

[3] We would therefore allow the appeal, quash the order of the Provincial Court, and order that Mr. Bessette is entitled to be tried in French.

## II. Context

### A. *Facts*

[4] The appellant, Mr. Bessette, was charged with “driving while prohibited”, an offence under s. 95(1) of British Columbia’s *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318.

[5] Prior to the anticipated start of his trial in Provincial Court, Mr. Bessette made an application to be tried in French, relying on s. 530 of the *Criminal Code*. That provision grants an accused the right to be tried by a provincial court judge who speaks the accused’s official language. Mr. Bessette argued that s. 530 applies to his prosecution because the *Motor Vehicle Act* and British Columbia’s *Offence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 338, are silent as to the language of trials. Meanwhile, s. 133 of the *Offence Act* dictates that gaps in that Act are to be filled with the provisions of the *Criminal Code* relating to offences punishable on summary conviction. Section 530 is one such provision of the *Criminal Code*.

[6] The Crown contested Mr. Bessette’s application, arguing that English is the language of provincial offence prosecutions according to *An Act that all Proceedings in Courts of Justice within that Part*

[2] Nous concluons, en nous appuyant sur une interprétation de principe des dispositions législatives pertinentes, que les accusés dans la situation de M. Bessette ont le droit d’être jugés dans l’une ou l’autre des langues officielles. Nous estimons également que cette importante question méritait un examen adéquat dès le début du procès. Par conséquent, la décision du juge de la cour provinciale de ne pas faire droit à la demande de M. Bessette d’être jugé en français était immédiatement susceptible de contrôle par la cour supérieure sur requête en *certiorari*.

[3] Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance de la Cour provinciale et d’ordonner que M. Bessette a le droit d’être jugé en français.

## II. Contexte

### A. *Faits*

[4] L’appelant, M. Bessette, a été accusé de [TRANSDUCTION] « conduite sous le coup d’une interdiction », infraction prévue au par. 95(1) de la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318.

[5] Avant que commence son procès devant la Cour provinciale, M. Bessette a demandé d’être jugé en français, en se fondant sur l’art. 530 du *Code criminel*. Cette disposition confère à l’accusé le droit de subir son procès devant un juge de la cour provinciale qui parle la langue officielle qui est la sienne. M. Bessette a fait valoir que l’art. 530 s’applique à la poursuite intentée contre lui vu que la *Motor Vehicle Act* et la *Offence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 338 de la Colombie-Britannique sont muettes quant à la langue dans laquelle doivent se dérouler les procès. Parallèlement, l’art. 133 de la *Offence Act* prescrit que les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, comme l’art. 530, suppléent à ses lacunes.

[6] La Couronne a contesté la demande de M. Bessette, plaidant que l’anglais est la langue utilisée lors des poursuites relatives aux infractions provinciales en vertu de la loi intitulée *An Act that*

of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language (G.B.), 1731, 4 Geo. II, c. 26 (“1731 Act”). This English statute forms part of British Columbia law by virtue of s. 2 of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253 (*Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, 2013 SCC 42, [2013] 2 S.C.R. 774, at para. 41; see also paras. 14-17). As its full title says, the *1731 Act* directs that proceedings in British Columbia courts be conducted in English.

[7] The provincial court judge accepted the Crown’s argument and dismissed Mr. Bessette’s application, holding that British Columbia law does not provide for French-language trials of provincial offences.

[8] Instead of proceeding to trial in English, Mr. Bessette brought a petition in the Supreme Court of British Columbia (i.e., British Columbia’s superior court) for judicial review of the provincial court judge’s decision. (In British Columbia, an application for judicial review takes the form of a petition: *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241, s. 2(1).) He asked the superior court judge to quash the provincial court judge’s ruling and order that his trial be conducted in French.

[9] A judge of the Supreme Court of British Columbia dismissed Mr. Bessette’s petition on the grounds that there were no exceptional circumstances warranting departure from the general rule against pre- or mid-trial intervention by superior courts in criminal or quasi-criminal matters. In essence, the court held that his petition was premature and that he should instead wait to challenge the language of his trial through an appeal of the trial decision if he was ultimately convicted.

[10] Mr. Bessette appealed. The Court of Appeal for British Columbia held that the superior court judge’s decision was entitled to deference and dismissed Mr. Bessette’s appeal.

*all Proceedings in Courts of Justice within that Part of Great Britain called England, and in the Court of Exchequer in Scotland, shall be in the English Language (G.-B.), 1731, 4 Geo. II, c. 26 (« Loi de 1731 »).* Cette loi anglaise fait partie de la loi de la Colombie-Britannique par l’effet de l’art. 2 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253 (*Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42, [2013] 2 R.C.S. 774, par. 41; voir aussi les par. 14-17). Comme son titre complet l’indique, la *Loi de 1731* dispose que les instances devant les tribunaux de la Colombie-Britannique se déroulent en anglais.

[7] Le juge de la cour provinciale a fait droit à l’argument de la Couronne et a rejeté la demande de M. Bessette, concluant que la loi de la Colombie-Britannique ne prévoit pas que les procès relatifs aux infractions provinciales peuvent se dérouler en français.

[8] M. Bessette, plutôt que de subir son procès en anglais, a présenté à la Cour suprême de la Colombie-Britannique (c.-à-d. la cour supérieure de la Colombie-Britannique) une requête en contrôle judiciaire de la décision du juge de la cour provinciale. (En Colombie-Britannique, une demande de contrôle judiciaire prend la forme d’une requête : *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241, par. 2(1).) Il a demandé au juge de la cour supérieure d’annuler la décision du juge de la cour provinciale et d’ordonner que son procès se déroule en français.

[9] Un juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la requête de M. Bessette au motif qu’aucune circonstance exceptionnelle ne justifiait de déroger à la règle générale selon laquelle, dans les affaires criminelles ou quasi criminelles, les cours supérieures ne peuvent intervenir avant ou pendant le procès. Essentiellement, le tribunal a conclu que sa requête était prématurée et qu’il aurait plutôt dû attendre de contester la langue de son procès lors d’un appel de la décision de première instance s’il était ultimement déclaré coupable.

[10] M. Bessette a porté cette décision en appel. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a conclu que la décision du juge de la cour supérieure commandait la déférence et a rejeté l’appel de M. Bessette.

[11] The Supreme Court of British Columbia and the Court of Appeal for British Columbia therefore did not consider it necessary or appropriate to decide the substantive question of whether a person accused of a provincial offence in British Columbia has the right to be tried in French. They disposed of the case on the basis that the provincial court judge’s decision (that British Columbia law does not provide for French-language trials of provincial offences) was not the type of decision which should be reviewed by a superior court on an interlocutory basis.

[12] Mr. Bessette now appeals to this Court. Among other relief, he asks for an order that his trial, which has yet to take place, be conducted in French.

#### B. *Relevant Statutory Provisions*

[13] At the centre of this dispute is the British Columbia *Offence Act*, as it governs prosecutions of offences under provincial statutes such as the *Motor Vehicle Act* (*Offence Act*, ss. 1 (definition of “proceedings”), 2, 3(1) and 5; see also *R. v. Corbett*, 2005 BCSC 1437, 24 M.V.R. (5th) 310, at paras. 3-4; *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 1 (definition of “enactment”). Both the *Motor Vehicle Act* and the *Offence Act* are silent on the language of trials. Because of this silence, s. 133 of the *Offence Act* becomes the focal point of this dispute. That provision incorporates certain *Criminal Code* provisions where a matter is not provided for in the *Offence Act*. Section 133 and other relevant provisions of the *Offence Act* state as follows:

#### Definitions

1 In this Act:

...

[11] La Cour suprême de la Colombie-Britannique et la Cour d’appel de la Colombie-Britannique n’ont donc pas jugé nécessaire ou approprié de trancher la question de fond de savoir si une personne accusée d’une infraction provinciale en Colombie-Britannique a le droit d’être jugée en français. Elles ont statué sur l’affaire en partant du principe que la décision du juge de la cour provinciale (selon laquelle la loi de la Colombie-Britannique ne prévoit pas que les procès relatifs aux infractions provinciales peuvent se dérouler en français) n’était pas le type de décision pouvant faire d’objet d’un contrôle par une cour supérieure sur une base interlocutoire.

[12] M. Bessette interjette maintenant appel devant notre Cour. Il demande notamment à la Cour d’ordonner que son procès, qui n’a toujours pas eu lieu, se déroule en français.

#### B. *Dispositions législatives pertinentes*

[13] Au cœur du présent litige se trouve la *Offence Act* de la Colombie-Britannique, étant donné qu’elle régit les poursuites à l’égard d’infractions prévues dans des lois provinciales comme la *Motor Vehicle Act* (*Offence Act*, art. 1 — définition de [TRADUCTION] « instance » (« *proceedings* ») — 2, 3(1) et 5; voir aussi *R. c. Corbett*, 2005 BCSC 1437, 24 M.V.R. (5th) 310, par. 3-4; *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, art. 1 — définition de [TRADUCTION] « texte de loi » (« *enactment* »)). La *Motor Vehicle Act* ainsi que la *Offence Act* sont muettes quant à la langue dans laquelle se déroulent les procès. En raison de ce silence, l’art. 133 de la *Offence Act* devient le point central du présent litige. Cette disposition incorpore certaines dispositions du *Code criminel* lorsque la *Offence Act* est muette sur une question. L’article 133 et les autres dispositions pertinentes de la *Offence Act* énoncent ce qui suit :

[TRADUCTION]

#### Définitions

1 Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

...

“proceedings” means

- (a) proceedings in respect of offences, and
- (b) proceedings in which a justice is authorized by an enactment to make an order;

...

#### Offence punishable on summary conviction

- 2 An offence created under an enactment is punishable on summary conviction.

#### Application to proceedings

- 3 (1) Except where otherwise provided by law, this Act applies to proceedings as defined in section 1.

...

#### General offence

- 5 A person who contravenes an enactment by doing an act that it forbids, or omitting to do an act that it requires to be done, commits an offence against the enactment.

...

#### Application of *Criminal Code*

- 133 If, in any proceeding, matter or thing to which this Act applies, express provision has not been made in this Act or only partial provision has been made, the provisions of the *Criminal Code* relating to offences punishable on summary conviction apply, with the necessary changes and so far as applicable, as if its provisions were enacted in and formed part of this Act.

[14] The two statutes competing to govern the language of *Offence Act* trials are the *Criminal Code*, which provides for trials in the accused’s official language of choice, and the *1731 Act*, which

« instance » S’entend à la fois de ce qui suit :

- (a) une instance à l’égard d’infractions;
- (b) une instance durant laquelle un juge est autorisé par un texte de loi à rendre une ordonnance;

...

#### Infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire

- 2 L’infraction créée par un texte de loi est punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

#### Application à l’instance

- 3 (1) Sauf disposition contraire de la loi, la présente loi s’applique aux instances au sens de l’article 1.

...

#### Infraction générale

- 5 Commet une infraction quiconque contrevient au texte de loi en accomplissant un acte qu’il interdit ou en omettant d’accomplir un acte qu’il prescrit.

...

#### Application du *Code criminel*

- 133 Si, dans toute instance, affaire ou chose à laquelle s’applique la présente loi, aucune disposition expresse n’a été adoptée dans la présente loi ou seule une disposition partielle a été adoptée, les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité s’appliquent, avec les adaptations nécessaires et dans la mesure où elles sont applicables, comme si ces dispositions faisaient partie de la présente loi.

[14] Les deux lois qui pourraient régir la question de la langue des procès intentés en vertu de la *Offence Act* sont le *Code criminel*, qui prévoit que les procès peuvent se dérouler dans la langue officielle

provides only for English trials. Their relevant provisions are:

### Language of accused

**530 (1)** On application by an accused whose language is one of the official languages of Canada, made not later than

- (a) the time of the appearance of the accused at which his trial date is set, if
  - (i) he is accused of an offence mentioned in section 553 or punishable on summary conviction,

...

a justice of the peace, provincial court judge or judge of the Nunavut Court of Justice shall grant an order directing that the accused be tried before a justice of the peace, provincial court judge, judge or judge and jury, as the case may be, who speak the official language of Canada that is the language of the accused or, if the circumstances warrant, who speak both official languages of Canada.

(*Criminal Code*, s. 530)

. . . [T]o protect the lives and fortunes of the subjects of that part of Great Britain called England, more effectually than heretofore from the peril of being ensnared or brought in danger by forms and proceedings in courts of justice, in an unknown language, be it enacted . . . that . . . all writs, process, and returns thereof and proceedings thereon, and all pleadings, rules, orders, indictments, informations, inquisitions, presentments, verdicts, prohibitions, certificates, and all patents, charters, pardons, commissions, records, judgments, statutes, recognizances, bonds, rolls, entries, fines and recoveries, and all proceedings relating thereunto, and all proceedings of courts leet, courts baron, and customary courts, and all copies thereof, and all proceedings whatsoever in any courts of justice . . ., and which concern the law and administration of justice, shall be in the english tongue and language only, and not in Latin or French, or any other tongue or language whatsoever . . .

(*1731 Act*, preamble)

du choix de l'accusé, et la *Loi de 1731*, qui prévoit que les procès se déroulent en anglais seulement. Voici les dispositions pertinentes :

### Langue de l'accusé

**530 (1)** Sur demande d'un accusé dont la langue est l'une des langues officielles du Canada, faite au plus tard :

- a) au moment où la date du procès est fixée :
  - (i) s'il est accusé d'une infraction mentionnée à l'article 553 ou punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

...

un juge de paix, un juge de la cour provinciale ou un juge de la Cour de justice du Nunavut ordonne que l'accusé subisse son procès devant un juge de paix, un juge de la cour provinciale, un juge seul ou un juge et un jury, selon le cas, qui parlent la langue officielle du Canada qui est celle de l'accusé ou, si les circonstances le justifient, qui parlent les deux langues officielles du Canada.

(*Code criminel*, art. 530)

[TRADUCTION] . . . [P]our mieux protéger qu'auparavant la vie et la fortune des sujets de cette partie de la Grande-Bretagne que l'on appelle l'Angleterre contre le péril ou le danger que présentent les formules et instances en cour de justice dans une langue inconnue, qu'il soit statué . . . que . . . tous les brefs, les sommations et la preuve de leur signification, et les instances en découlant, et les actes de procédure, règles, ordonnances, actes d'accusation, dénonciations, enquêtes, dépôts, verdicts, interdictions et certificats, les lettres patentes, chartes, grâces, commissions, archives, jugements, lois, engagements, cautionnements, rôles, inscriptions, amendes et indemnités, et les instances s'y rapportant et les instances de la cour foncière, de la cour de baronnie et des tribunaux coutumiers, et les copies des documents y afférents, et toute instance, quelle qu'elle soit dans toute cour de justice . . . et qui portent sur la loi et l'administration de la justice, seront établis en anglais seulement, et non en latin ou en français, ou en toute autre langue, quelle qu'elle soit . . .

(*Loi de 1731*, préambule)



As set out above, there is no dispute that the *1731 Act* remains in force in British Columbia. It applies because of s. 2 of British Columbia’s *Law and Equity Act*, which states as follows:

#### Application of English law in British Columbia

- 2 Subject to section 3, the Civil and Criminal Laws of England, as they existed on November 19, 1858, so far as they are not from local circumstances inapplicable, are in force in British Columbia, but those laws must be held to be modified and altered by all legislation that has the force of law in British Columbia or in any former Colony comprised within its geographical limits.

### III. Judicial History

#### A. *Provincial Court of British Columbia (Gulbransen Prov. Ct. J.) — 2015 BCPC 230*

[15] The provincial court judge dismissed Mr. Bessette’s application for a trial in French. He held that s. 530 of the *Criminal Code* could not be incorporated into the *Offence Act* to displace the *1731 Act* because this latter Act already forms part of British Columbia law. The judge adopted the reasoning of an earlier decision of the Provincial Court of British Columbia, *R. v. Laflamme*, B.C. Prov. Ct., No. 19739, February 17, 1997, which held that it is settled law that English is the language of the courts in British Columbia; s. 133 of the *Offence Act* is intended to incorporate procedural provisions of the *Criminal Code*, not substantive ones; and to read s. 133 as allowing for trials in French would be a “political” decision. The judge hearing Mr. Bessette’s application also expressed some discomfort with the idea that a federal statute like the *Criminal Code* could impose language obligations on a purely provincial matter (namely, the prosecution of provincial offences).

Comme nous l’avons mentionné précédemment, il n’est pas contesté que la *Loi de 1731* est encore en vigueur en Colombie-Britannique. Elle s’applique en raison de l’art. 2 de la *Law and Equity Act* de la Colombie-Britannique, qui énonce ce qui suit :

[TRADUCTION]

#### Application du droit anglais en Colombie-Britannique

- 2 Sous réserve de l’article 3, les lois civiles et criminelles d’Angleterre en vigueur le 19 novembre 1858 s’appliquent en Colombie-Britannique, à condition de ne pas être rendues inapplicables par les circonstances dans cette province et elles doivent être tenues pour modifiées par toute mesure législative adoptée en Colombie-Britannique ou dans toute ancienne colonie située à l’intérieur de ses limites géographiques.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique (le juge Gulbransen) — 2015 BCPC 230*

[15] Le juge de la cour provinciale a rejeté la demande de M. Bessette pour un procès en français. Il a conclu que l’art. 530 du *Code criminel* ne pouvait pas être incorporé à la *Offence Act* pour remplacer la *Loi de 1731* parce que cette dernière fait déjà partie de la loi de la Colombie-Britannique. Le juge a suivi le raisonnement adopté dans une décision antérieure de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, *R. c. Laflamme*, B.C. Prov. Ct., No. 19739, 17 février 1997, où celle-ci a conclu qu’il est établi en droit que l’anglais est la langue des tribunaux en Colombie-Britannique; que l’art. 133 de la *Offence Act* vise à incorporer les dispositions procédurales du *Code criminel* et non les dispositions substantielles; et que donner à l’art. 133 une interprétation selon laquelle les procès peuvent avoir lieu en français serait une décision « politique ». Le juge chargé d’entendre la demande de M. Bessette a aussi exprimé un certain inconfort quant à l’idée voulant qu’une loi fédérale comme le *Code criminel* puisse imposer des obligations linguistiques dans une affaire de juridiction purement provinciale (soit les poursuites visant les infractions provinciales).

B. *Supreme Court of British Columbia (Blok J.) — 2016 BCSC 2416, 372 C.R.R. (2d) 54*

[16] The Supreme Court of British Columbia dismissed Mr. Bessette’s petition for prerogative relief on the basis that it was premature. In its view, the provincial court judge’s decision would, if necessary, be reviewable by way of appeal after trial. Put differently, an appeal represented an adequate alternative remedy to *certiorari* — the prerogative writ which permits the superior court granting it to review the decision of the judge below. As explained in *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, at pp. 98-100, to grant *certiorari* is to undertake judicial review (or “*certiorari* review”).

[17] In coming to this conclusion, the superior court judge made the following assessments (based on the factors set out in *R. v. Johnson* (1991), 3 O.R. (3d) 49 (C.A.)): (a) the Provincial Court had the competence to make the ruling it did; (b) it was not apparent that the ruling resulted in an “ongoing significant” infringement of Mr. Bessette’s rights; (c) judicial economy, and the principles against delay and fragmentation of proceedings, strongly militated against considering the merits of Mr. Bessette’s petition; (d) the Provincial Court was not implicated in the alleged rights violation, but had simply made a ruling on a disputed question of law; and (e) the decision was not so “obviously wrong” (if indeed wrong at all) to merit immediate intervention.

C. *Court of Appeal for British Columbia (Saunders, Goepel and Fenlon J.J.A.) — 2017 BCCA 264, 361 C.C.C. (3d) 448*

[18] A unanimous panel of the Court of Appeal held that the Supreme Court of British Columbia’s decision attracted deference as it was a discretionary decision about whether the interests of justice favoured granting *certiorari*. The court held that it was open to the superior court judge to conclude that an appeal from conviction represented an adequate alternative remedy and that there were no circumstances warranting departure from the general

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Blok) — 2016 BCSC 2416, 372 C.R.R. (2d) 54*

[16] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la requête de bref de prérogative de M. Bessette au motif qu’elle était prématurée. Selon elle, la décision du juge de la cour provinciale serait, au besoin, susceptible de contrôle par voie d’appel après le procès. Autrement dit, l’appel représentait un recours adéquat au lieu d’un *certiorari* (le bref de prérogative qui permet à la cour supérieure qui l’accueille de réviser la décision du juge de l’instance inférieure). Comme il est expliqué dans *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 98-100, accorder un *certiorari* consiste à entreprendre un contrôle judiciaire (ou un « contrôle par voie de *certiorari* »).

[17] En arrivant à cette décision, le juge de la cour supérieure a tiré les conclusions suivantes (en fonction des facteurs énoncés dans *R. c. Johnson* (1991), 3 O.R. (3d) 49 (C.A.)) : a) la Cour provinciale avait juridiction pour statuer comme elle l’a fait; b) il n’était pas évident que la décision ait donné lieu à une atteinte « grave continue » aux droits de M. Bessette; c) l’économie des ressources judiciaires, et les principes à l’encontre des délais et de la fragmentation des instances, militaient fortement contre l’examen au fond de la requête de M. Bessette; d) la Cour provinciale n’a eu aucun rôle à jouer dans la violation des droits invoquée, mais a simplement statué sur une question de droit en litige; et e) la décision n’était pas « manifestement erronée » (si elle était effectivement erronée) au point de justifier une intervention immédiate.

C. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Goepel et Fenlon) — 2017 BCCA 264, 351 C.C.C. (3d) 448*

[18] Une formation unanime de la Cour d’appel a conclu que la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique commandait la déférence étant donné qu’il s’agissait d’une décision discrétionnaire quant à savoir s’il était dans l’intérêt de la justice que le *certiorari* soit accordé. La cour a statué que le juge de la cour supérieure pouvait conclure que l’appel d’une déclaration de culpabilité représentait un autre recours adéquat et qu’aucune

rule against interlocutory appeals in criminal and quasi-criminal matters.

#### IV. Issues

[19] There are two questions before this Court:

1. The threshold question: Was the Provincial Court's decision not to grant Mr. Bessette his trial in French immediately reviewable by the Supreme Court of British Columbia on a petition for *certiorari*, and, if so, did the Supreme Court err in declining to consider the merits of Mr. Bessette's petition?

2. The substantive question: Does s. 133 of the *Offence Act* incorporate s. 530 of the *Criminal Code* and thereby grant persons accused of certain provincial offences the right to be tried in French?

[20] It is not contested that Mr. Bessette made his application before the Provincial Court at the appropriate time under s. 530(1)(a) of the *Criminal Code*, and therefore meets the procedural requirements for obtaining a French-language trial. There is also no dispute that the Provincial Court must have the capacity to provide trials in French; indeed, because it hears *Criminal Code* matters, it is required to be institutionally bilingual (*R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 28).

#### V. Analysis

##### A. *The Threshold Question: Availability of Certiorari*

[21] In our view, whether Mr. Bessette is entitled to be tried in French raises a jurisdictional question, and *certiorari* review is therefore available before the trial is heard. Although superior courts retain a residual discretion to refuse *certiorari* review, even in the face of alleged jurisdictional errors, no such refusal is warranted in the circumstances.

circonstance ne justifiait de déroger à la règle générale interdisant les appels interlocutoires dans les affaires criminelles et quasi criminelles.

#### IV. Questions

[19] La Cour est saisie de deux questions :

1. Question préliminaire : La décision de la Cour provinciale de ne pas accorder un procès en français à M. Bessette était-elle immédiatement susceptible de contrôle par la Cour suprême de la Colombie-Britannique sur requête en *certiorari* et, dans l'affirmative, la Cour suprême a-t-elle commis une erreur en refusant de procéder à un examen au fond de la requête de M. Bessette?

2. Question de fond : L'article 133 de la *Offence Act* incorpore-t-il l'art. 530 du *Code criminel*, conférant ainsi aux personnes accusées de certaines infractions provinciales le droit d'être jugées en français?

[20] Il n'est pas contesté que M. Bessette a présenté sa demande à la Cour provinciale au bon moment conformément à l'al. 530(1)a) du *Code criminel*, et qu'il respecte donc les conditions sur le plan procédural pour être jugé en français. Il n'est pas non plus contesté que la Cour provinciale doit être en mesure de tenir des procès en français; de fait, parce qu'elle est saisie d'affaires portant sur des infractions au *Code criminel*, elle est tenue d'être institutionnellement bilingue (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 28).

#### V. Analyse

##### A. *La question préliminaire : la possibilité de recourir à un certiorari*

[21] À notre avis, la question de savoir si M. Bessette a le droit d'être jugé en français soulève une question juridictionnelle, et le contrôle par voie de *certiorari* est donc disponible avant l'instruction du procès. Bien que les cours supérieures demeurent investies du pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'accorder le contrôle par voie de *certiorari*, même en dépit d'erreurs juridictionnelles invoquées, un tel refus n'est pas justifié dans les circonstances.

(1) Jurisdictional Error: Failure to Comply With a Mandatory Statutory Provision

[22] Superior courts generally do not intervene in ongoing criminal proceedings in the provincial courts. As was recently explained by this Court in *R. v. Awashish*, 2018 SCC 45, [2018] 3 S.C.R. 87, criminal appeals are statutory and, with limited exceptions, there are no interlocutory appeals. Indeed, the *Offence Act* provisions governing appeals from “order[s]” (ss. 102 and 109) have been interpreted by the British Columbia courts as authorizing only appeals from *final* orders (see *R. v. Plummer*, 2018 BCSC 513, 25 M.V.R. (7th) 117, at para. 16). Criminal trials should not routinely be fragmented by interlocutory proceedings as these may be based on an incomplete record, take on a life of their own, or result in significant delay and the inefficient use of judicial resources (*Awashish*, at para. 10; *Johnson*, at p. 54).

[23] For parties to criminal proceedings, pre- or mid-trial *certiorari* is available “for a jurisdictional error by a provincial court judge” (*Awashish*, at para. 20). In the criminal context, a jurisdictional error occurs “where the court fails to observe a mandatory provision of a statute or where a court acts in breach of the principles of natural justice” (*Awashish*, at para. 23). The court that makes such an error loses jurisdiction over the accused (*Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597, at pp. 603 and 607; see also *R. v. Deschamplain*, 2004 SCC 76, [2004] 3 S.C.R. 601, at paras. 12, 18-19, 33 and 37-38). Whether the alleged error by the trial judge constitutes a jurisdictional error, making *certiorari* review available, is a question of law reviewable for correctness.

[24] The parties agree that the law governing the availability of *certiorari* review in the criminal context applies in this quasi-criminal context. Both parties argued their case on this basis. However, they dispute whether the Provincial Court’s decision not

(1) Erreur juridictionnelle : non-respect d’une disposition législative impérative

[22] Généralement, les cours supérieures n’interviennent pas dans les instances criminelles en cours devant les cours provinciales. Comme l’a récemment expliqué la Cour dans *R. c. Awashish*, 2018 CSC 45, [2018] 3 R.C.S. 87, les appels permis en matière criminelle sont prévus par la loi et, sauf exceptions limitées, il n’y a pas d’appels interlocutoires. Par ailleurs, selon l’interprétation des tribunaux de la Colombie-Britannique, les dispositions de la *Offence Act* qui régissent les appels d’« ordonnances » (art. 102 et 109) autorisent seulement les appels à l’égard d’ordonnances *définitives* (voir *R. c. Plummer*, 2018 BCSC 513, 25 M.V.R. (7th) 117, par. 16). Les instances criminelles ne doivent pas être couramment fragmentées par des procédures interlocutoires car celles-ci pourraient être fondées sur un dossier incomplet, devenir des instances distinctes ou donner lieu à des retards importants et à une utilisation inefficace des ressources judiciaires (*Awashish*, par. 10; *Johnson*, p. 54).

[23] Pour ce qui est des parties à une instance criminelle, elles peuvent recourir au *certiorari* avant ou pendant le procès « s’il y a erreur de compétence d’un juge de la cour provinciale » (*Awashish*, par. 20). En matière criminelle, il y a erreur juridictionnelle « lorsque le tribunal ne se conforme pas à une disposition impérative d’une loi ou transgresse les principes de justice naturelle » (*Awashish*, par. 23). Le tribunal qui commet une telle erreur perd sa juridiction à l’égard de l’accusé (*Doyle c. The Queen*, [1977] 1 R.C.S. 597, p. 603 et 607; voir aussi *R. c. Deschamplain*, 2004 CSC 76, [2004] 3 R.C.S. 601, par. 12, 18-19, 33 et 37-38). La question de savoir si l’erreur qu’aurait commise le juge de première instance est une erreur juridictionnelle, ce qui rendrait possible le contrôle par voie de *certiorari*, est une question de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[24] Les parties reconnaissent que la loi régissant le recours à un contrôle par voie de *certiorari* dans le contexte criminel s’applique dans le présent contexte, qui est quasi criminel. Elles ont toutes deux plaidé leur cause sur ce fondement. Cependant, elles

to grant Mr. Bessette a trial in French was immediately reviewable by the superior court for constituting a failure to observe a mandatory statutory provision.

[25] On its face, s. 530 of the *Criminal Code* is clearly a mandatory statutory provision. It dictates, in no uncertain terms, that the judge “shall grant” a French trial on application of the accused (provided the application is brought within the requisite time). “Shall” is mandatory language (*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 11; *Beaulac*, at para. 31).

[26] In *R. v. Munkonda*, 2015 ONCA 309, 126 O.R. (3d) 646, the Court of Appeal for Ontario expressly decided that not complying with s. 530 of the *Criminal Code* constitutes a jurisdictional error that is susceptible to review on *certiorari* (at paras. 131-33):

It is settled law that an accused can bring *certiorari* to quash a committal for trial where there is a lack or loss of jurisdiction (*R. v. Forsythe*, [1980] 2 S.C.R. 268, [1980] S.C.J. No. 66, at p. 271). A magistrate will lose jurisdiction if he or she “fails to observe a mandatory provision of the *Criminal Code*” (*Forsythe*, at pp. 271-72 S.C.R.).

The Quebec courts have held that ss. 530 and 530.1 of the *Criminal Code* are mandatory provisions. For example, the Superior Court of Quebec concluded that [TRANSLATION] “the interpretation of sections 530 and 530.1 raises a jurisdictional issue, and so any error by the justice of the peace on that point will affect his or her jurisdiction” (*R. c. Edwards*, [1998] J.Q. no 1420, [1998] R.J.Q. 1471 (S.C.), at para. 60).

In my opinion, the failure of the judge in this case to ensure that the requirements of ss. 530 and 530.1 were met resulted in a loss of jurisdiction, and we have the authority to quash the committal for trial. [Emphasis added.]

[27] We agree that failing to ensure that the requirements of s. 530 of the *Criminal Code* are met

ne s’entendent pas sur la question de savoir si la décision de la Cour provinciale de ne pas accorder un procès en français à M. Bessette était immédiatement susceptible de contrôle par une cour supérieure parce que cette décision constituait un non-respect d’une disposition législative impérative.

[25] À première vue, l’art. 530 du *Code criminel* est clairement une disposition législative impérative. Elle commande, en des termes non équivoques, que le juge « ordonne » que l’accusé subisse son procès en français sur demande de ce dernier (à condition que la demande soit présentée dans le délai prescrit). Le présent de l’indicatif indique l’obligation (*Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 11; *Beaulac*, par. 31).

[26] Dans *R. c. Munkonda*, 2015 ONCA 309, 126 O.R. (3d) 691, la Cour d’appel de l’Ontario a expressément décidé que le non-respect de l’art. 530 du *Code criminel* constitue une erreur juridictionnelle qui est susceptible de contrôle par voie de *certiorari* (par. 131-133) :

Il est de jurisprudence constante qu’un accusé puisse avoir recours au *certiorari* pour casser un renvoi à procès après enquête préliminaire s’il y a absence ou perte de compétence (*R. c. Forsythe*, [1980] 2 R.C.S. 268, [1980] S.C.J. n° 66, p. 271). Un magistrat perdra compétence « s’il omet de se conformer à une disposition impérative du *Code criminel* » (*Forsythe*, à la p. 271).

Or la jurisprudence québécoise a déjà établi que les articles 530 et 530.1 du *Code criminel* sont des dispositions impératives. Ainsi la Cour supérieure du Québec a conclu que « l’interprétation des articles 530 et 530.1 soulève une question de nature juridictionnelle, de sorte que toute erreur du juge de paix sur ce point affecte sa compétence » (*R. c. Edwards*, [1998] J.Q. 1420, [1998] R.J.Q. 1471 (C.S.), au par. 60).

À mon avis, l’omission du juge, en l’espèce, de s’assurer que les exigences des articles 530 et 530.1 sont respectées entraîne une perte de compétence, et nous avons la compétence pour casser le renvoi à procès. [Nous soulignons.]

[27] Nous convenons que l’omission de s’assurer du respect des exigences de l’art. 530 du *Code*



constitutes a jurisdictional error. As such, the court that fails to comply with s. 530, where it applies, loses jurisdiction over the proceedings. This is consistent with this Court's decision in *Beaulac*, in which Bastarache J. said the following (at para. 11):

... the order under s. 530(4) governs the judicial process itself, rather than the conduct of the parties, such that traditional concerns as to certainty and the need for the orderly administration of justice are not brought into play. The order would have been subject to review if it had been made by the trial judge, and the appellant should not be penalized for having brought the application in a timely manner prior to the trial rather than at the trial proper. [Emphasis added.]

[28] The Attorney General of British Columbia rightly concedes the mandatory nature of s. 530. However, he maintains that, because the applicability of s. 530 to *Offence Act* trials is the very question in dispute, the provincial court judge's determination that s. 530 does not apply cannot constitute the failure to follow a mandatory statutory provision. Put differently, the Attorney General submits that the provincial court judge was not deciding whether to follow a mandatory statutory provision; he was deciding whether a mandatory statutory provision indeed applied to him — a matter of statutory interpretation and a question of law. In the Attorney General's view, the provincial court judge would only have committed a jurisdictional error if he had concluded that s. 530 applied to Mr. Bessette's trial but nonetheless failed to follow it.

[29] With respect, we disagree. Whether the Provincial Court is bound to comply with a mandatory statutory provision does not become a non-jurisdictional question simply because the court decides that it is not bound by the provision. In this regard, the Attorney General's position contradicts this Court's approach to identifying jurisdictional issues amenable to *certiorari* review in the course of criminal proceedings set out in *R. v. Russell*, 2001 SCC 53, [2001] 2 S.C.R. 804. In *Russell*, the Court (per McLachlin

*criminel* constitue une erreur juridictionnelle. Par conséquent, le tribunal qui omet de se conformer à l'art. 530, lorsque celui-ci s'applique, perd sa juridiction sur l'instance. Ce principe est conforme à la décision de notre Cour dans *Beaulac*, où le juge Bastarache a affirmé ce qui suit (au par. 11) :

... l'ordonnance prévue au par. 530(4) régit le processus judiciaire lui-même, plutôt que la conduite des parties, de sorte que les préoccupations traditionnelles en ce qui concerne la certitude et le besoin d'une administration ordonnée de la justice n'entrent pas en jeu. L'ordonnance aurait été susceptible de contrôle judiciaire si elle avait été rendue par le juge du procès et l'appelant ne devrait pas être pénalisé pour avoir présenté sa demande en temps opportun avant le procès plutôt qu'au procès lui-même. [Nous soulignons.]

[28] Le procureur général de la Colombie-Britannique reconnaît à juste titre la nature impérative de l'art. 530. Cependant, il soutient que, parce que l'applicabilité de l'art. 530 aux procès intentés en vertu de la *Offence Act* est la question même qui est en litige, la décision du juge de la cour provinciale selon laquelle l'art. 530 ne s'applique pas ne peut constituer un non-respect d'une disposition législative impérative. Autrement dit, le procureur général fait valoir que le juge de la cour provinciale ne décidait pas s'il devait ou non se conformer à une disposition législative impérative; il décidait si une disposition législative impérative s'appliquait à lui — ce qui est une question d'interprétation législative et une question de droit. De l'avis du procureur général, le juge de la cour provinciale aurait commis une erreur juridictionnelle seulement s'il avait conclu que l'art. 530 s'appliquait au procès de M. Bessette mais qu'il avait tout de même omis de s'y conformer.

[29] Avec égards, nous ne sommes pas de cet avis. La question de savoir si la Cour provinciale est tenue de se conformer à une disposition législative impérative ne devient pas une question qui ne touche pas la juridiction simplement parce que le tribunal décide qu'il n'est pas lié par la disposition. À cet égard, la position du procureur général est contraire à la démarche, énoncée dans *R. c. Russell*, 2001 CSC 53, [2001] 2 R.C.S. 804, que la Cour a adoptée pour cerner les questions juridictionnelles qui peuvent faire

C.J.) concluded that the preliminary inquiry judge's committal of Mr. Russell for trial was reviewable on *certiorari* because the *kind of error alleged* by Mr. Russell went to jurisdiction (*Russell*, at paras. 21-22 and 30).

[30] In *Russell*, the evidence at the preliminary inquiry suggested that Mr. Russell had forcibly confined one person and then killed another. The preliminary inquiry judge held that Mr. Russell should be tried on the charge of first degree murder, as murder is first degree when done “while committing” certain enumerated offences, including forcible confinement (*Criminal Code*, s. 231(5)). In making Mr. Russell stand trial for first degree murder, the preliminary inquiry judge held that the victim of the predicate offence (forcible confinement) did not need to be the same as the victim of the murder for the latter offence to be done “while committing” the former. Mr. Russell sought *certiorari* to quash the committal.

[31] When the matter reached this Court, it held that the preliminary inquiry judge had properly interpreted “while committing” and had therefore not exceeded jurisdiction in deciding that Mr. Russell should stand trial for first degree murder. Nonetheless, the judge's decision had been amenable to *certiorari* review since, *had the judge erred* in his interpretation, *he would have exceeded his jurisdiction* in committing Mr. Russell to stand trial.

[32] Applying *Russell*, if the provincial court judge erred in his interpretation of s. 133 of the *Offence Act* (as Mr. Bessette asserts and as we find below), the effect was that he failed to observe a mandatory statutory provision (namely s. 530 of the *Criminal Code*) and thereby exceeded (or lost) his jurisdiction. Because Mr. Bessette complied with the statutory requirements of s. 530 for requesting a trial in French, if s. 530 applies, a provincial court judge does not have the jurisdiction to conduct Mr. Bessette's trial in

l'objet d'un contrôle par voie de *certiorari* dans le cadre d'une instance criminelle. Dans cette affaire, la juge en chef McLachlin, au nom de la Cour, a conclu que la décision du juge de l'enquête préliminaire de renvoyer M. Russell à procès était susceptible de révision par voie de *certiorari* parce que le *genre d'erreur alléguée* par M. Russell touchait la juridiction (*Russell*, par. 21-22 et 30).

[30] Dans *Russell*, la preuve au stade de l'enquête préliminaire indiquait que M. Russell avait séquestré une personne et en avait tué une autre. Le juge de l'enquête préliminaire a conclu que M. Russell devrait être jugé pour meurtre au premier degré, car le meurtre est au premier degré si l'accusé a causé la mort d'une autre personne « en commettant » certaines infractions énumérées, notamment la séquestration (par. 231(5) du *Code criminel*). En renvoyant M. Russell à procès pour meurtre au premier degré, le juge de l'enquête préliminaire a conclu qu'il n'était pas nécessaire que la victime de l'infraction sous-jacente (la séquestration) soit la même que la victime de meurtre pour que l'accusé ait commis cette dernière infraction « en commettant » la première. M. Russell a cherché à obtenir un *certiorari* pour annuler son renvoi à procès.

[31] Lorsque notre Cour a été saisie de l'affaire, elle a conclu que le juge de l'enquête préliminaire avait dûment interprété l'expression « en commettant », et qu'il n'avait donc pas outrepassé sa juridiction en décidant que M. Russell devrait subir un procès pour meurtre au premier degré. Néanmoins, la décision du juge aurait pu faire l'objet d'un contrôle par voie de *certiorari*, car *si le juge avait commis une erreur* dans son interprétation, *il aurait outrepassé sa juridiction* en renvoyant M. Russell à procès.

[32] Suivant l'arrêt *Russell*, si le juge de la cour provinciale a commis une erreur dans son interprétation de l'art. 133 de la *Offence Act* (comme M. Bessette le fait valoir et comme nous le concluons plus loin), cette erreur a eu pour effet qu'il a omis de se conformer à une disposition législative impérative (soit l'art. 530 du *Code criminel*) et ainsi outrepassé (ou perdu) sa juridiction. Étant donné que M. Bessette s'est conformé aux exigences statutaires de l'art. 530 pour demander la tenue d'un procès en

English. Indeed, if a trial in English was erroneously ordered, the proceeding would be a nullity from the outset. As such, the error Mr. Bessette alleged before the superior court was amenable to *certiorari* review.

[33] To be clear, our conclusion that *certiorari* review was available in this case is not predicated on our conclusion that s. 133 of the *Offence Act* incorporates s. 530 of the *Criminal Code*. *Certiorari* review would have been available even if s. 133 did not incorporate s. 530. The determinative question is not whether the error alleged on a petition for *certiorari* is in fact established. Rather, it is whether the error alleged would result in a loss of jurisdiction over the proceedings. This, in turn, depends upon the nature, effects and consequences of the decision. Such an approach is logical; it permits the reviewing court to determine whether the petition can be adjudicated *before* deciding the merits of that petition.

[34] On an application by a party for *certiorari* in the course of a criminal (or, as is the case here, quasi-criminal) trial, the alleged error will be jurisdictional in nature if making it results in a failure to comply with a mandatory statutory provision or a breach of natural justice. Here, the interpretation of s. 133 of the *Offence Act* related to a mandatory statutory provision, such that a misinterpretation of s. 133 would have resulted in a loss of jurisdiction over the proceedings. As such, the proper interpretation of s. 133 is itself jurisdictional for the purposes of *certiorari* review.

(2) Discretion to Undertake *Certiorari* Review

[35] Even where *certiorari* review is available, superior courts retain the discretion to refuse to conduct that review (*Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, at para. 37). One of the discretionary grounds for

français, dans le cas où cet article s'applique, un juge de la cour provinciale n'a pas juridiction pour instruire le procès de M. Bessette en anglais. En effet, si l'on ordonnait à tort la tenue d'un procès dans cette langue, l'instance serait nulle dès le début. Par conséquent, l'erreur que M. Bessette a fait valoir devant la cour supérieure pouvait faire l'objet d'un contrôle par voie de *certiorari*.

[33] Nous tenons à préciser que notre conclusion selon laquelle le contrôle par voie de *certiorari* était possible en l'espèce ne repose pas sur notre conclusion que l'art. 133 de la *Offence Act* incorpore l'art. 530 du *Code criminel*. Le contrôle par voie de *certiorari* aurait été possible même si l'art. 133 n'incorporait pas l'art. 530. La question déterminante n'est pas celle de savoir si l'erreur visée dans le bref de *certiorari* est établie dans les faits. La question est plutôt celle de savoir si l'erreur invoquée entraînerait une perte de juridiction sur l'instance. La réponse dépend quant à elle de la nature, des effets et des conséquences de la décision. Une telle approche est logique; elle permet à la cour de révision d'établir si la requête peut être tranchée *avant* qu'elle se prononce sur son fond.

[34] Dans le cadre d'une requête en *certiorari* présentée par une partie lors d'un procès criminel (ou, comme en l'espèce, un procès quasi criminel), l'erreur invoquée sera de nature juridictionnelle si elle donne lieu au non-respect d'une disposition législative impérative ou à un manquement aux règles de justice naturelle. En l'espèce, l'interprétation de l'art. 133 de la *Offence Act* avait trait à une disposition législative impérative, si bien qu'une mauvaise interprétation de cet article aurait donné lieu à une perte de juridiction sur l'instance. Par conséquent, l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 133 est elle-même de nature juridictionnelle aux fins du contrôle par voie de *certiorari*.

(2) Pouvoir discrétionnaire de procéder à un contrôle par voie de *certiorari*

[35] Même lorsqu'un contrôle par voie de *certiorari* est possible, la cour supérieure conserve le pouvoir discrétionnaire de refuser de procéder à un tel contrôle (*Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, par. 37).

refusing to engage in *certiorari* review — the ground invoked by the superior court in this case — is the existence of an adequate alternative remedy (*Strickland*, at para. 40; *R. v. Arcand* (2004), 73 O.R. (3d) 758 (C.A.), at para. 13). Because *certiorari* review is a discretionary remedy, the court’s decision not to undertake it is entitled to deference on appeal (*Strickland*, at para. 39). To interfere with the judge’s decision, the appellate court must be satisfied that the decision fails to give weight to all relevant considerations (*MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at para. 43), rests on an error in principle, or is plainly wrong (*Cowper-Smith v. Morgan*, 2017 SCC 61, [2017] 2 S.C.R. 754, at para. 46; see also *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at p. 64 (per Sopinka J., dissenting, but not on this point of law)).

[36] In our view, the superior court judge erred in exercising his discretion not to engage in *certiorari* review and consider the substantive issues raised in Mr. Bessette’s petition. Specifically, the superior court erred in concluding that (a) whether s. 133 of the *Offence Act* incorporates s. 530 of the *Criminal Code* is a ruling which does not engage the Provincial Court’s “competence” or jurisdiction; (b) there was no “ongoing significant” infringement of Mr. Bessette’s rights at stake; and (c) Mr. Bessette’s right to a trial in French was a question best left on appeal following his trial. Had the superior court judge recognized the jurisdictional nature of the dispute, the impact of his decision on Mr. Bessette’s claimed language rights, and the desirability of deciding the language of trial question before the start of the trial, he should have concluded that an appeal from conviction would not represent an adequate alternative remedy to *certiorari* review.

[37] As explained above, whether Mr. Bessette had a right to a French-language trial for the provincial

L’un des motifs discrétionnaires pouvant fonder le refus de procéder à un contrôle par voie de *certiorari* — soit le motif invoqué par la cour supérieure en l’espèce — est l’existence d’un autre recours adéquat (*Strickland*, par. 40; *R. c. Arcand* (2004), 73 O.R. (3d) 758 (C.A.), par. 13). Étant donné que le contrôle par voie de *certiorari* est un recours discrétionnaire, la décision de la cour de ne pas procéder à un tel contrôle commande la déférence en appel (*Strickland*, par. 39). Pour que la cour d’appel puisse intervenir à l’égard de la décision du juge, elle doit être convaincue que la décision n’accorde pas suffisamment d’importance à tous les éléments pertinents (*Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, par. 43), qu’elle est fondée sur une erreur de principe ou qu’elle est nettement erronée (*Cowper-Smith c. Morgan*, 2017 CSC 61, [2017] 2 R.C.S. 754, par. 46; voir aussi *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, p. 64 (le juge Sopinka, dissident, mais pas sur ce point de droit)).

[36] À notre avis, le juge de la cour supérieure a commis une erreur lorsqu’il a décidé d’exercer sa discrétion de ne pas procéder au contrôle par voie de *certiorari* et de ne pas examiner les questions de fond soulevées dans la requête de M. Bessette. Plus précisément, la cour supérieure a commis une erreur en concluant que a) la question de savoir si l’art. 133 de la *Offence Act* incorpore l’art. 530 du *Code criminel* est une décision qui ne relève pas de la « compétence » ou juridiction de la cour provinciale; b) il n’y a eu aucune atteinte « grave continue » aux droits en cause de M. Bessette; et c) le droit de M. Bessette à un procès en français était une question qui devrait être débattue en appel après son procès. Si le juge de la cour supérieure avait reconnu que le litige portait sur une question juridictionnelle, que sa décision avait une incidence sur les droits linguistiques revendiqués par M. Bessette et qu’il était souhaitable de trancher la question de la langue du procès avant le début de celui-ci, il aurait dû conclure qu’un appel de la déclaration de culpabilité ne représentait pas un recours adéquat au lieu du contrôle par voie de *certiorari*.

[37] Comme nous l’avons expliqué, la question de savoir si M. Bessette avait droit à un procès en

offence for which he was charged was a jurisdictional question. This factor ought to have weighed heavily against deferring the question until the end of the trial; the prospect of conducting a trial without jurisdiction is a serious matter with important consequences.

[38] Second, this Court has recognized that the right to a trial in the official language of one's choice, where it applies, is "fundamental". The right is substantive, not merely procedural. It is not concerned with trial fairness, but with affirming the accused's linguistic and cultural identity, which is inherently "personal". The violation of the right is a "substantial wrong" (*Beaulac*, at paras. 23, 25, 28, 34, 45, 47 and 53-54).

[39] The Attorney General builds on the reasoning of the Court of Appeal (at para. 30), and cites *Beaulac* (at para. 57), to argue that a new trial can represent a suitable remedy for a language rights violation. The fact that "a new hearing will generally be an appropriate [after-the-fact] remedy for most language rights violations" (*Mazraani v. Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc.*, 2018 SCC 50, [2018] 3 S.C.R. 261, at para. 48) does not mean that a new hearing represents an *adequate* alternative remedy from the outset. What a court may order in response to damage done does not speak to what a court should order when given the opportunity to identify and *prevent* similar damage. In this regard, we note that the relatively short time estimated for Mr. Bessette's trial (an hour) has no import on the analysis; a violation cannot reasonably be quantified by its duration (see *Mazraani*, at para. 51).

[40] As the violation of the accused's trial language right is a harm in itself, an appeal following a conviction by an English-speaking court cannot represent an adequate alternative remedy to deciding, before the trial has taken place, whether the accused is indeed entitled to this fundamental right. Further, Mr. Bessette rightly points out that, had he been acquitted after an English trial, he would have had *no* opportunity to have his language rights vindicated.

français pour l'infraction provinciale dont il était accusé était une question juridictionnelle. Ce facteur aurait dû militer fortement contre le report de la question à la fin du procès; le fait de tenir un procès sans avoir juridiction pour le faire constitue une grave erreur qui a des conséquences importantes.

[38] Ensuite, notre Cour a reconnu que le droit d'une personne à un procès dans la langue officielle de son choix, lorsqu'il s'applique, est « fondamental ». Il s'agit d'un droit substantiel, et non simplement procédural. Il n'a pas trait à l'équité du procès : il vise plutôt à affirmer l'identité linguistique et culturelle de l'accusé, qui est éminemment « personnelle ». La violation du droit est un « tort important » (*Beaulac*, par. 23, 25, 28, 34, 45, 47 et 53-54).

[39] Le procureur général s'inspire du raisonnement de la Cour d'appel (par. 30), et cite l'arrêt *Beaulac* (par. 57) pour faire valoir qu'un nouveau procès peut représenter un recours convenable en cas de violation des droits linguistiques. Le fait qu'une « nouvelle audience constituera généralement une réparation [après le fait] convenable dans la plupart des cas de violation de droits linguistiques » (*Mazraani c. Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc.*, 2018 CSC 50, [2018] 3 R.C.S. 261, par. 48) ne signifie pas qu'une nouvelle audience représente toujours un autre recours *adéquat*. Ce qu'un tribunal peut ordonner en réponse aux dommages causés n'est pas indicateur de ce qu'un tribunal devrait ordonner lorsqu'il a l'occasion de cerner et de *prévenir* un dommage similaire. À cet égard, nous soulignons que la période relativement courte estimée pour le procès de M. Bessette (une heure) n'a aucune importance dans le cadre de l'analyse; une violation ne peut raisonnablement être quantifiée selon sa durée (voir *Mazraani*, par. 51).

[40] Étant donné que la violation du droit linguistique de l'accusé relativement à son procès constitue elle-même un préjudice, un appel de la déclaration de culpabilité inscrite par un tribunal d'expression anglaise ne peut représenter une réponse adéquate à la question de savoir, avant que le procès ait lieu, si l'accusé jouissait effectivement de ce droit fondamental. De plus, M. Bessette souligne à juste titre que s'il avait été acquitté à la suite d'un procès en



This is because an accused does not have the right to appeal an acquittal under the *Offence Act* (s. 102).

[41] The superior court judge declined to consider the substantive aspects of Mr. Bessette's petition in part because Mr. Bessette indicated that he might raise another distinct language issue as a defence at his trial (namely, whether he was entitled to receive notice of his driving prohibition in French). The superior court judge considered it "undesirable" to deal with Mr. Bessette's petition on the merits as doing so "could result in two language-rights appeals, one via the current judicial review route (to deal with the language at trial) and the other by way of an ordinary appeal following the trial (to deal with the language issue concerning the notice of prohibition)" (para. 29). While the judge's view may have some practical merit, it ultimately fails to recognize the distinct nature of the trial language claim. An application for a trial in French asks the court to conduct *future* proceedings in a manner which respects the accused's language rights. The possibility that the accused's rights were violated in the past (by a prohibition notice infringing the accused's language rights) cannot be used to justify additional, preventable infringements.

[42] Finally, we are not persuaded by the Attorney General's argument that the case of *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480, supports declining *certiorari* review in Mr. Bessette's case. The rationale for declining *certiorari* review in *Prince* is simply not germane to the issues raised in Mr. Bessette's case. In *Prince*, Dickson C.J. stated:

Although it was not argued in this Court, I wish to add that in my view it is normally appropriate for a superior court to decline to grant a prerogative remedy on an interlocutory application in respect of the rule against multiple convictions. That rule has proved to be a fertile source of appeals. The delay engendered by an erroneous

anglais, il n'aurait eu *aucune* occasion de faire valoir ses droits linguistiques, parce qu'un accusé n'a pas de droit d'appel à l'égard d'un acquittement sous le régime de la *Offence Act* (art. 102).

[41] Le juge de la cour supérieure a refusé d'examiner les aspects de fond de la requête de M. Bessette en partie parce que ce dernier a affirmé qu'il pourrait soulever une question linguistique distincte en défense lors de son procès (à savoir s'il avait le droit de recevoir un avis de son interdiction de conduire en français). Le juge de la cour supérieure a estimé [TRADUCTION] « non souhaitable » d'instruire sa requête au fond car cela « pourrait déboucher sur deux appels en matière de droits linguistiques, l'un par la voie du contrôle judiciaire (portant sur la langue du procès) utilisée en l'espèce et l'autre constituant un appel ordinaire suivant le procès (portant sur la question de la langue de l'avis d'interdiction) » (par. 29). Bien que le point de vue du juge présente un certain intérêt sur le plan pratique, il ne reconnaît pas, en définitive, le caractère distinct de la demande fondée sur la langue du procès. Une demande visant la tenue d'un procès en français requiert que le tribunal tienne une instance *future* d'une façon qui respecte les droits linguistiques de l'accusé. La possibilité que les droits de l'accusé aient été violés dans le passé (par un avis d'interdiction portant atteinte à ses droits linguistiques) ne peut servir à justifier des atteintes supplémentaires et évitables.

[42] Enfin, l'argument du procureur général, selon lequel l'arrêt *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480, étaye la décision de refuser d'accorder un contrôle par voie de *certiorari* dans le cas de M. Bessette, ne nous convainc pas. La raison pour laquelle le juge a refusé d'accorder un contrôle par voie de *certiorari* dans *Prince* n'est simplement pas pertinente en ce qui a trait aux questions soulevées dans le cas de M. Bessette. Dans *Prince*, le juge en chef Dickson a affirmé ce qui suit :

Quoique ce point n'ait pas été soulevé en cette Cour, je tiens à souligner que, selon moi, il convient normalement qu'une cour supérieure refuse de faire droit à une demande interlocutoire de bref de prérogative lorsque c'est la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples qui est en cause. Cette règle est à l'origine de nombreux appels.

application of the *Kienapple* principle prior to the conclusion of the trial is regrettably illustrated by the present case. Prerogative remedies are discretionary, and notwithstanding the possibility of jurisdictional error in some cases, it would generally be preferable for superior courts to decline to consider the merits of a *Kienapple* argument on an interlocutory application. [Emphasis added; pp. 507-8.]

[43] In our view, Dickson C.J. was not stating that *certiorari* review should be declined when jurisdictional errors are alleged. To the contrary, he was opining that, in light of the particular challenges they pose, and *despite* their jurisdictional nature, alleged *Kienapple* errors should, exceptionally, await adjudication at the end of trial.

[44] In any event, deciding whether a person is entitled to a trial in his or her official language of choice cannot be analogized to applying the *Kienapple* principle against multiple convictions. The latter is inherently fact-specific, record-dependant, and poses the risk (in Dickson C.J.'s view) of becoming a frequent and fertile source of appeals. The same cannot be said of deciding whether the *Offence Act* offers trials in either official language, which is a question of law that does not depend on any evidentiary record. In addition, and as set out above, where the law does indeed provide the accused with a choice to proceed to trial in either official language, that choice is the accused's to make for his or her own reasons. Provided the accused is able to instruct counsel and follow the proceedings in the language selected, no evidentiary record is necessary to justify the accused's stated choice (*Beaulac*, at paras. 34 and 56).

[45] Further, and crucially, the Attorney General acknowledged in oral submissions that a Supreme Court of British Columbia decision on the language of *Offence Act* trials would serve as binding precedent for the statutory courts hearing such trials in the province (transcript, at p. 59). Thus, had the Supreme Court judge decided the merits of Mr. Bessette's

La présente affaire offre malheureusement un exemple des retards qui peuvent résulter d'une application erronée du principe de l'arrêt *Kienapple* avant la fin du procès. Les brefs de prérogative relèvent de l'exercice d'un pouvoir discrétaire et, nonobstant la possibilité d'une erreur de compétence dans certains cas, il serait généralement préférable que les cours supérieures refusent d'examiner le bien-fondé de l'argument de l'arrêt *Kienapple* invoqué dans le cadre d'une demande interlocutoire. [Nous soulignons; p. 507-508.]

[43] À notre avis, le juge en chef Dickson n'affirmait pas que le contrôle par voie de *certiorari* devrait être rejeté lorsque des erreurs juridictionnelles sont invoquées. Au contraire, il était d'avis que compte tenu des défis particuliers qu'elles posent, et *malgré* le fait qu'elles étaient de nature juridictionnelle, les erreurs de type *Kienapple* invoquées devraient, exceptionnellement, être tranchées à la fin du procès.

[44] Quoi qu'il en soit, décider si une personne a le droit de subir son procès dans la langue officielle de son choix ne peut être comparé à l'application du principe de l'arrêt *Kienapple* interdisant les déclarations de culpabilité multiples. Celui-ci, de par sa nature même, est axé sur les faits, dépend du dossier et pose le risque (de l'avis du juge en chef Dickson) d'être à l'origine d'appels nombreux et fréquents. Il en va autrement de la décision de savoir si la *Offence Act* permet que les procès se déroulent dans l'une ou l'autre des langues officielles, laquelle est une question de droit qui ne dépend pas de la preuve au dossier. De plus, comme nous l'avons indiqué précédemment, lorsque la loi prévoit effectivement que l'accusé peut choisir de subir son procès dans l'une ou l'autre des langues officielles, il fera ce choix pour des raisons qui lui appartiennent. Si l'accusé est capable de donner des directives à son avocat et de suivre le déroulement des procédures dans la langue choisie, aucune preuve ne sera nécessaire pour justifier le choix de l'accusé (*Beaulac*, par. 34 et 56).

[45] En outre, et plus fondamentalement, le procureur général a reconnu lors de sa plaidoirie qu'une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique concernant la langue dans laquelle doivent se dérouler les procès intentés en vertu de la *Offence Act* servirait de précédent contraignant pour les tribunaux statutaires instruisant de tels procès dans la province

petition, his decision would have *discouraged* further interlocutory appeals on the same ground, rather than encouraging them.

[46] As set out above, interlocutory appeals are circumscribed in part because of concerns about judicial economy, delay, and the fragmentation of proceedings. However, in this case, these considerations militate in favour of adjudicating the merits of Mr. Bessette’s petition before the start of his trial. Modern courts are busy and work to avoid delay. When a *pre-trial* petition alleges a jurisdictional error by the trial court that would render the proceedings a nullity, it is difficult to imagine how it could be preferable for the superior court to refuse to rule on that alleged error and compel a full trial on the merits. To do so would give rise to a potential ground of appeal which might result in the appeal court having to order a new trial. This second trial, which would inevitably take place at some later time further down the road, might have been avoided entirely had the petition been dealt with on the merits when it was first brought. Such successive proceedings cost not only the justice system — crucially, they also cost the accused. Putting the accused through a trial which may well be a nullity risks putting the accused to undue legal expense. This risk should not be taken lightly.

[47] Had Mr. Bessette not appealed the superior court’s decision, it would have resulted in a trial in English being conducted without jurisdiction, and a significant infringement of Mr. Bessette’s language rights. By failing to recognize this prospect, the superior court made a decision which failed to give weight to all relevant considerations, erred in principle and was, respectfully, “plainly wrong” in the result. In our view, there was no basis for the superior court to exercise its discretion to decline *certiorari* review. The court ought to have decided the merits of Mr. Bessette’s petition.

(transcription, p. 59). Par conséquent, si le juge de la Cour suprême s’était prononcé sur le fond de la requête de M. Bessette, sa décision aurait *découragé* les appels interlocutoires au même motif, plutôt que d’avoir l’effet de les encourager.

[46] Comme nous l’avons indiqué précédemment, les appels interlocutoires sont limités en partie en raison de considérations relatives à l’économie des ressources judiciaires, aux retards et à la fragmentation des procédures. Cependant, dans l’affaire qui nous occupe, ces considérations militent pour que la requête de M. Bessette soit tranchée sur le fond avant le début de son procès. Les tribunaux modernes sont occupés et s’efforcent d’éviter de retarder les instances. Lorsqu’une partie allègue dans une requête *préliminaire* que le tribunal de première instance a commis une erreur juridictionnelle qui rendrait nulle l’instance, on peut difficilement imaginer en quoi il serait préférable que la cour supérieure refuse de statuer sur l’erreur reprochée et ordonne un procès complet sur le fond. Agir ainsi ferait naître un possible moyen d’appel susceptible d’avoir pour effet que la cour d’appel doive ordonner un nouveau procès. Ce deuxième procès, qui aurait inévitablement lieu plus tard, pourrait être évité entièrement si la requête était tranchée sur le fond au moment où elle a été présentée pour la première fois. De telles instances successives coûtent non seulement au système de justice — elles coûtent aussi surtout à l’accusé. Faire subir à l’accusé un procès qui pourrait bien être nul risque d’assujettir celui-ci à des frais juridiques indus. Ce risque ne devrait pas être pris à la légère.

[47] Si M. Bessette n’avait pas interjeté appel de la décision de la cour supérieure, la Cour provinciale aurait tenu un procès en anglais sans que le juge ait juridiction pour le faire, et il en aurait résulté une atteinte grave aux droits linguistiques de M. Bessette. En omettant de reconnaître cette possibilité, la cour supérieure a pris une décision qui ne tenait pas compte de toutes les considérations pertinentes, qui contenait une erreur de principe et, avec égards, qui était « clairement erronée » quant au résultat. À notre avis, rien ne justifiait que la cour supérieure refuse, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, d’accorder le contrôle par voie de *certiorari*. La cour aurait dû trancher la requête de M. Bessette sur le fond.

[48] It is to those merits that we now turn.

**B. *The Substantive Question: Language of Offence Act Trials***

[49] As a preliminary point, we would note that while some language rights receive constitutional protection, the language of trials held pursuant to the *Offence Act* is, in this case, simply a question of statutory interpretation. Mr. Bessette has not alleged any infringement of his rights arising under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or challenged the constitutionality of the statutory scheme in question.

[50] Rather, he and the Attorney General divide over which statute the *Offence Act* designates as determining the language of trials. Mr. Bessette says that the *Criminal Code* governs on this point and provides for trials in either official language. The Attorney General says that the question is answered in the *1731 Act*, which mandates English-only trials. The task of this Court is therefore to interpret the relevant provisions of the *Offence Act* and determine the proper interrelationship between that Act, the *Criminal Code*, and the *1731 Act* in respect of the language of *Offence Act* trials. As set out above, of the courts below, only the Provincial Court of British Columbia addressed this substantive issue. Having the benefit of the parties' developed submissions on interpreting the *Offence Act*, we focus on those submissions instead of the Provincial Court's reasons.

[51] To reiterate, the *Offence Act* provisions at issue state the following:

**Application to proceedings**

3 (1) Except where otherwise provided by law, this Act applies to proceedings as defined in section 1.

...

[48] C'est de ce fond que nous allons maintenant traiter.

**B. *La question de fond : la langue des procès intentés en vertu de la Offence Act***

[49] Tout d'abord, nous voulons souligner que bien que certains droits linguistiques soient protégés par la Constitution, la question de la langue des procès intentés en vertu de la *Offence Act* en est simplement une d'interprétation statutaire en l'espèce. M. Bessette n'a invoqué aucune atteinte aux droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*, ni contesté la constitutionnalité du régime statutaire dont il est question.

[50] Plutôt, M. Bessette et le procureur général ne s'entendent pas sur la loi que la *Offence Act* désigne comme étant celle qui détermine la langue dans laquelle les procès doivent se dérouler. M. Bessette soutient que le *Code criminel* régit cette question et prévoit que les procès peuvent se dérouler dans l'une ou l'autre des langues officielles. Le procureur général affirme plutôt que la réponse à la question se trouve dans la *Loi de 1731*, qui prévoit que les procès ont lieu en anglais seulement. Le rôle de notre Cour consiste donc à interpréter les dispositions pertinentes de la *Offence Act* et à établir quelle est la corrélation adéquate entre cette Loi, le *Code criminel* et la *Loi de 1731* en ce qui concerne la langue des procès intentés en vertu de la *Offence Act*. Comme nous l'avons vu, parmi les juridictions inférieures, seule la Cour provinciale de la Colombie-Britannique s'est penchée sur cette question de fond. Ayant eu le bénéfice des argumentations détaillées des parties quant à l'interprétation de la *Offence Act*, nous portons notre attention sur celles-ci plutôt que sur les motifs de la Cour provinciale.

[51] Rappelons que les dispositions en question de la *Offence Act* sont libellées comme suit :

[TRADUCTION]

**Application à l'instance**

3 (1) Sauf disposition contraire de la loi, la présente loi s'applique aux instances au sens de l'article 1.

...

**Application of *Criminal Code***

**133** If, in any proceeding, matter or thing to which this Act applies, express provision has not been made in this Act or only partial provision has been made, the provisions of the *Criminal Code* relating to offences punishable on summary conviction apply, with the necessary changes and so far as applicable, as if its provisions were enacted in and formed part of this Act.

[52] The parties have provided two very different readings of these provisions and, as a result, dispute the “hierarchy of laws” or “order of operations” created by the *Offence Act*.

[53] The Attorney General says that the wording of ss. 3(1) and 133 conveys that other British Columbia law (such as the *1731 Act*) takes precedence over the provisions of both the *Offence Act* and the *Criminal Code*. In his view, the words “[e]xcept where otherwise provided by law” in s. 3(1) indicate that the *Offence Act* applies to proceedings *only insofar* as other British Columbia law does not already apply. Similarly, the words “and so far as applicable” in s. 133 indicate that *Criminal Code* provisions must be incorporated in a manner that is consistent with existing British Columbia law. Since the *1731 Act* already states the law on the language of proceedings in British Columbia, the *Offence Act* — and, by extension, the *Criminal Code* — cannot govern on this point.

[54] We disagree with this reading. In our view, it is not supported by the guiding rule of statutory interpretation, which has been reiterated many times by this Court:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

(*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, citing

**Application du *Code criminel***

**133** Si, dans toute instance, affaire ou chose à laquelle s’applique la présente loi, aucune disposition expresse n’a été adoptée dans la présente loi ou seule une disposition partielle a été adoptée, les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité s’appliquent, avec les adaptations nécessaires et dans la mesure où elles sont applicables, comme si ces dispositions faisaient partie de la présente loi.

[52] Les parties ont soumis deux lectures très différentes de ces dispositions et, par conséquent, elles contestent la « hiérarchie des lois » ou l’« ordre des opérations » que crée la *Offence Act*.

[53] Le procureur général affirme que la formulation du par. 3(1) et de l’art. 133 indique que d’autres lois de la Colombie-Britannique (comme la *Loi de 1731*) ont préséance sur les dispositions de la *Offence Act* et du *Code criminel*. À son avis, les mots [TRADUCTION] « [s]auf disposition contraire de la loi » au par. 3(1) indiquent que la *Offence Act* s’applique aux instances *seulement dans la mesure* où la loi de la Colombie-Britannique ne s’applique pas déjà. De la même façon, les mots « et dans la mesure où elles sont applicables » à l’art. 133 indiquent que les dispositions du *Code criminel* doivent être incorporées d’une façon qui est conforme aux lois existantes de la Colombie-Britannique. Étant donné que la *Loi de 1731* prévoit déjà la langue des instances en Colombie-Britannique, la *Offence Act* — et, par extension, le *Code criminel* — ne peuvent régir cette question.

[54] Nous sommes en désaccord avec cette position. À notre avis, elle ne trouve pas appui dans le principe directeur de l’interprétation statutaire, qui a souvent été repris par notre Cour :

[TRADUCTION] Aujourd’hui, il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

(*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant Elmer



Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; see also *Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184, at para. 26; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615, at para. 48; and *R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138, at para. 23.)

[55] On their face and read in context, ss. 3(1) and 133 have clear functions; the former sets the scope of the *Offence Act* — as applying to “proceedings” — and the latter clearly dictates that any gaps in the *Offence Act* are to be filled with the provisions of the *Criminal Code*, adapted to fit the *Offence Act* context. These provisions cannot reasonably be read as prioritizing other, more removed legislation over both the provisions of the *Offence Act* itself and other legislation to which the *Offence Act* specifically refers. Put in terms of “hierarchy” or “order of operations”, as Mr. Bessette says, ss. 3(1) and 133 of the *Offence Act* direct the following:

- (1) look to the particularized legislation creating the offence in question (in this case, the *Motor Vehicle Act*) (s. 3(1));
- (2) provided the particularized legislation does not direct otherwise, apply the *Offence Act* (s. 3(1));
- (3) where the *Offence Act* is silent on the matter in question (or makes only partial provision for the matter), look to the *Criminal Code* (s. 133); and
- (4) if the matter is not addressed in any of the preceding legislation, turn to other sources of law, including other British Columbia legislation.

[56] Mr. Bessette argues that this roadmap leads directly to the incorporation of s. 530 of the *Criminal Code* into the *Offence Act* via s. 133 of the latter Act. We agree. In what follows, we explain why the Act’s language and purpose support Mr. Bessette’s interpretation of the *Offence Act*.

A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87; voir aussi *Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184, par. 26; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 48; et *R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138, par. 23.)

[55] À première vue et placés dans leur contexte, le par. 3(1) et l’art. 133 ont des fonctions précises; le premier énonce la portée de la *Offence Act* — elle s’applique aux « instances » — et le dernier indique clairement que les dispositions du *Code criminel*, adaptées au contexte de la *Offence Act*, suppléent à toute lacune dans celle-ci. On ne peut raisonnablement interpréter ces dispositions comme priorisant d’autres lois, plus éloignées, plutôt que les dispositions de la *Offence Act* elle-même et d’autres lois auxquelles la *Offence Act* renvoie expressément. Les dispositions du par. 3(1) et de l’art. 133 de la *Offence Act*, placées en ordre de « hiérarchie » ou en « ordre d’opérations », comme l’affirme M. Bessette, prescrivent de faire ce qui suit :

- (1) Consulter la loi précise qui crée l’infraction dont il est question (en l’espèce, la *Motor Vehicle Act*) (par. 3(1));
- (2) À moins que la loi précise n’en dispose autrement, appliquer la *Offence Act* (par. 3(1));
- (3) Lorsque la *Offence Act* est muette quant à la question en jeu (ou qu’elle ne prévoit qu’une disposition partielle à ce sujet), consulter le *Code criminel* (art. 133); et
- (4) Si les lois qui précèdent ne traitent pas de la question, consulter d’autres sources de droit, y compris les autres lois de la Colombie-Britannique.

[56] M. Bessette fait valoir que ce cadre aboutit directement à l’incorporation de l’art. 530 du *Code criminel* à la *Offence Act* par l’art. 133 de celle-ci. Nous sommes d’accord avec lui. Dans les paragraphes qui suivent, nous expliquons pourquoi le texte et l’objet de la loi étayent l’interprétation que donne M. Bessette à la *Offence Act*.

(1) Section 3(1) of the *Offence Act* — the Scope Provision

[57] Located in the opening provisions of the *Offence Act*, s. 3(1) plays a straightforward role familiar to legislation: it sets out the Act’s scope. It instructs that, unless another enactment directs otherwise (“[e]xcept where otherwise provided by law”), “this Act applies to proceedings as defined in section 1” (see, for example, *Anderson v. Victoria (City)*, 2002 BCSC 1466, 9 B.C.L.R. (4th) 75, at paras. 14-15). Put differently, all provincial offence “proceedings” are governed by the *Offence Act* unless they (or aspects of them) are expressly removed from the ambit of the Act by another provincial enactment — typically the particularized legislation creating the offence.

[58] On this plain and logical interpretation of s. 3(1), the phrase “[e]xcept where otherwise provided by law” does not mean that a *particular* provision of the *Offence Act* will not apply to “proceedings” if that particular provision contradicts *another law* in effect in British Columbia (such as the *1731 Act*). Rather, the *Offence Act* “applies to proceedings as defined in section 1”, “[e]xcept” if it is expressly “provided by [another] law” that the *Offence Act*, in whole or in part, does *not* apply to proceedings to which it would normally apply.

[59] Both the history and application of s. 3(1) support this interpretation. The legislative predecessor to s. 3(1) of the *Offence Act*, s. 4(1) of *An Act respecting Summary Proceedings before Justices of Peace (Summary Convictions Act)*, R.S.B.C. 1948, c. 317, read as follows:

4. (1) Subject to any special provision otherwise enacted with respect to such offense, act or matter, this Act shall apply to:
- (a) Every case in which any person commits, or is suspected of having committed, any offence or act over which the Legislature

(1) Paragraphe 3(1) de la *Offence Act* — la disposition relative à la portée

[57] Faisant partie des dispositions initiales de la *Offence Act*, le par. 3(1) joue un rôle simple et familier à la législation : il définit la portée de la loi. Il prévoit que, à moins qu’un autre texte de loi n’en dispose autrement ([TRADUCTION] « [s]auf disposition contraire de la loi », « la présente loi s’applique aux instances au sens de l’article 1 » (voir, p. ex., *Anderson c. Victoria (City)*, 2002 BCSC 1466, 9 B.C.L.R. (4th) 75, par. 14-15). Autrement dit, toutes les « instances » visant une infraction provinciale sont régies par la *Offence Act* sauf si un autre texte de loi provincial — habituellement la loi précise créant l’infraction — écarte expressément celles-ci (ou des aspects de celles-ci) du champ d’application de la *Offence Act*.

[58] Suivant l’interprétation claire et logique du par. 3(1) qui précède, l’expression « [s]auf disposition contraire de la loi » ne veut pas dire qu’une disposition *précise* de la *Offence Act* ne s’appliquera pas aux « instances » si elle contredit *une autre loi* en vigueur en Colombie-Britannique (comme la *Loi de 1731*). En effet, la *Offence Act* « s’applique aux instances au sens de l’article 1 », « [s]auf » si une « disposition contraire [d’une autre] loi » prévoit expressément que la *Offence Act* ne s’applique *pas*, en totalité ou en partie, aux instances auxquelles elle s’appliquerait normalement.

[59] L’historique et l’application du par. 3(1) appuient tous deux cette interprétation. Voici le texte du par. 4(1) de *An Act respecting Summary Proceedings before Justices of Peace (Summary Convictions Act)*, R.S.B.C. 1948, c. 317, la disposition qui a précédé le par. 3(1) de la *Offence Act* :

[TRADUCTION]

4. (1) Subordonnément à toute disposition spéciale décréée d’ailleurs au sujet de cette infraction, action, matière ou chose, la présente Loi s’applique
- (a) À tous les cas où un individu a commis ou est soupçonné d’avoir commis quelque infraction ou fait quelque chose qui tombe sous le

has legislative authority, and for which such person is liable, on summary conviction, to imprisonment, fine, penalty, or other punishment:

- (b) Every case in which a complaint is made to any Justice in relation to any matter over which the Legislature has Legislative authority, and with respect to which such Justice has authority by law to make any order for the payment of money or otherwise. [Code, s. 706.]

The language of “special provision” bolsters our conclusion that “[e]xcept where otherwise provided by law” in s. 3(1) means “except where other particularized legislation displaces the application of the *Offence Act*”.

[60] Examples of provincial enactments which displace the *Offence Act* in the manner contemplated by s. 3(1) include the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165, s. 74(3); the *Voluntary Blood Donations Act*, S.B.C. 2018, c. 30, s. 21(1); the *Armoured Vehicle and After-Market Compartment Control Act*, S.B.C. 2010, c. 8, s. 12(9); and the *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9, s. 85(4). These statutes provide expressly that s. 5 of the *Offence Act* — which makes it an “offence” under the *Offence Act* to do an act that the statute forbids, or to omit to do an act that the statute requires to be done — does *not* apply to the statute in question.

[61] Finally, as Mr. Bessette notes, the Attorney General’s proposed interpretation of “[e]xcept where otherwise provided by law” in s. 3(1) would give rise to an absurd consequence: it would render the *Offence Act* provisions subordinate to all other laws which might touch on *Offence Act* “proceedings”. In other words, the *Offence Act* would make itself residual. This interpretation is contrary to both the purpose of the Act and the remaining text of s. 3(1), which states that “this Act applies to proceedings”.

[62] Section 3(1) therefore gives us the first two steps in our legislative hierarchy or interpretive roadmap. First, it directs us to look to particularized

contrôle législatif du législateur provincial et qui rend l’inculpé passible, après déclaration sommaire de culpabilité, de l’emprisonnement, de l’amende ou de quelque autre peine;

- (b) À tous les cas où une plainte est portée devant un juge de paix au sujet d’une affaire qui tombe sous le contrôle législatif du législateur provincial, et à l’égard de laquelle ce juge de paix est autorisé par la loi à ordonner le paiement de deniers ou autrement. [Code, art. 706.]

L’utilisation de l’expression « disposition spéciale » appuie notre conclusion selon laquelle l’expression « [s]auf disposition contraire de la loi » qui figure au par. 3(1) signifie « sauf si une autre loi précise écarte l’application de la *Offence Act* ».

[60] Parmi les textes de loi provinciaux qui écartent la *Offence Act* de la façon prévue au par. 3(1), mentionnons la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165, par. 74(3); la *Voluntary Blood Donations Act*, S.B.C. 2018, c. 30, par. 21(1); la *Armoured Vehicle and After-Market Compartment Control Act*, S.B.C. 2010, c. 8, par. 12(9); et la *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9, par. 85(4). Ces lois prévoient expressément que l’art. 5 de la *Offence Act* — lequel érige en « infraction » l’acte interdit par la loi ou l’omission d’accomplir un acte exigé par la loi — *ne s’applique pas* à la loi en question.

[61] Enfin, comme le signale M. Bessette, l’interprétation que le procureur général propose de donner à l’expression [TRADUCTION] « [s]auf disposition contraire de la loi » figurant au par. 3(1) entraînerait une conséquence absurde : elle subordonnerait les dispositions de la *Offence Act* à toute autre loi susceptible de toucher aux « instances » intentées en vertu de cette loi. Autrement dit, la *Offence Act* deviendrait une loi supplétive. Cette interprétation est contraire tant à l’objet de la *Offence Act* qu’au reste du texte du par. 3(1), selon lequel « la présente loi s’applique aux instances ».

[62] Le paragraphe 3(1) nous indique donc les deux premières étapes de la hiérarchie entre les lois ou marche à suivre relative à l’interprétation. Tout

legislation (here, the *Motor Vehicle Act*) to determine whether that legislation ousts or alters the application of the *Offence Act*. Second, if that legislation does not affect the *Offence Act*, s. 3(1) tells us that the provisions of the *Offence Act* apply. The *Motor Vehicle Act* contains a number of references to the *Offence Act*, none of which purport to displace that Act either as a whole or with respect to the language of trials. As such, the provisions of the *Offence Act* apply.

(2) Section 133 of the *Offence Act* — the Incorporation Provision

[63] One such *Offence Act* provision is s. 133, which directly contradicts the Attorney General’s contention that the *1731 Act* dictates the language of *Offence Act* trials. Section 133 clearly states that the provisions of the *Offence Act* and, residually, the *Criminal Code*, govern “proceedings” in priority to other legislation.

[64] If there were any doubt about the meaning of s. 3(1), s. 133 reaffirms that the place to look for the law governing proceedings is “in this Act”, not in any and all other British Columbia law. Had the legislature instead chosen more general wording such as “in an enactment”, the Attorney General’s proposed approach of giving precedence to the *1731 Act* on the matter of trial language might have had merit. However, the wording of s. 133 is very specific, and reflects a clear intention that the law be ascertained by looking within the four corners of the *Offence Act*.

[65] Then, if no provision for a matter has been made in the *Offence Act*, s. 133 states that “the provisions of the *Criminal Code* relating to offences punishable on summary conviction apply”, thus placing the *Criminal Code* next in the order of operations. Section 133 provides for the incorporation of the *Criminal Code* in broad terms, as its provisions relating to summary conviction offences apply both in instances where “express provision has not been

d’abord, il nous enjoint de nous pencher sur une loi précise (en l’occurrence la *Motor Vehicle Act*) pour décider si cette loi écarte l’application de la *Offence Act* ou la modifie. Ensuite, si cette loi n’a pas d’incidence sur la *Offence Act*, le par. 3(1) nous indique que les dispositions de celle-ci s’appliquent. La *Motor Vehicle Act* contient plusieurs renvois à la *Offence Act*, mais aucun d’entre eux ne vise à l’écarter en totalité ou en partie pour ce qui est de la langue des procès. Par conséquent, les dispositions de la *Offence Act* s’appliquent.

(2) Article 133 de la *Offence Act* — la disposition d’incorporation

[63] L’article 133 de la *Offence Act* constitue une telle disposition, laquelle contredit directement la prétention du procureur général selon laquelle la *Loi de 1731* prescrit la langue des procès intentés en vertu de la *Offence Act*. L’article 133 indique clairement que les dispositions de la *Offence Act* et, de façon résiduelle, celles du *Code criminel*, régissent les [TRADUCTION] « instances » et qu’elles ont préséance sur toute autre loi.

[64] S’il y avait quelque doute au sujet du sens du par. 3(1), l’art. 133 confirme que c’est [TRADUCTION] « dans la présente loi » qu’il faut chercher les dispositions régissant les instances, et non dans une autre loi de la Colombie-Britannique. Si le législateur avait plutôt employé une formulation plus générale comme « dans un texte de loi », l’approche que préconise le procureur général qui consiste à donner préséance à la *Loi de 1731* en ce qui concerne la langue du procès aurait peut-être été fondée. Cependant, le libellé de l’art. 133 est très précis et exprime l’intention claire que le droit soit établi en fonction de ce qui se trouve à l’intérieur de la *Offence Act*.

[65] Alors, si la *Offence Act* ne contient aucune disposition sur une question donnée, l’art. 133 dispose que [TRADUCTION] « les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire s’appliquent », ce qui fait du *Code criminel* la deuxième loi en ordre d’application. L’article 133 prévoit l’incorporation du *Code criminel* en termes généraux, car ses dispositions liées aux infractions punissables

made” in the *Offence Act* and where “only partial provision has been made”.

[66] This Court has recognized that the incorporation of *Criminal Code* provisions is not restricted to situations where the *Offence Act* and the provincial enactment creating the offence are silent on a matter. In *Moore v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 195, the accused was charged with obstructing a peace officer by refusing to identify himself after violating the *Motor Vehicle Act* by proceeding against a red light on his bicycle. The *Motor Vehicle Act* made partial provision for the circumstances, as it included provisions requiring motor vehicle drivers (but not cyclists) to identify themselves upon request by a peace officer, and provisions authorizing a peace officer to make an arrest without a warrant. This Court incorporated into the *Summary Convictions Act*, 1960, via its s. 101 (now s. 133 of the *Offence Act*) an arrest power contained in s. 450(2) of the *Criminal Code*, and concluded that, since a constable had the power to arrest Mr. Moore to establish his identity pursuant to s. 450(2), Mr. Moore had committed the offence of obstructing that constable in the performance of his duties when he refused to accede to the constable’s identification request.

[67] In *Moore*, the fact that the *Motor Vehicle Act* clearly made partial provision for the matter did not preclude the incorporation of the relevant *Criminal Code* provisions (see also *Central Okanagan (Regional District) v. Ushko*, [1998] B.C.J. No. 2123 (QL) (S.C.); *Vancouver (City) v. Wiseberg*, 2005 BCSC 1377, at paras. 28-36 (CanLII); *R. v. Ambrosi*, 2012 BCSC 409, at paras. 31-32 (CanLII); *R. v. 0721464 B.C. Ltd.*, 2011 BCPC 90, at paras. 20-27 (CanLII)). Therefore, it is only where the *Offence Act* or the particularized legislation creating the offence fully provides for a matter that incorporation of *Criminal Code* provisions is precluded.

[68] Contrary to the Attorney General’s suggestion that the words “and so far as applicable” indicate that *Criminal Code* provisions must be incorporated around other valid law (such as the *1731 Act*), the ordinary meaning of the phrase “with the necessary

sur déclaration sommaire de culpabilité s’appliquent à la fois dans les cas où « aucune disposition expresse n’a été adoptée » dans la *Offence Act* et dans ceux où « seule une disposition partielle a été adoptée ».

[66] Notre Cour a reconnu que l’incorporation de dispositions du *Code criminel* ne se fait pas uniquement dans les situations où la *Offence Act* et le texte de loi provincial créant l’infraction sont muets sur une question. Dans *Moore c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 195, l’inculpé a été accusé d’avoir entravé un agent de la paix en refusant de s’identifier après avoir violé la *Motor Vehicle Act* en brûlant un feu rouge alors qu’il roulait à bicyclette. La *Motor Vehicle Act* prévoyait en partie la situation, car elle renfermait des dispositions obligeant les conducteurs de véhicule à moteur (mais non les cyclistes) à donner leur identité sur demande d’un agent de la paix, ainsi que des dispositions autorisant l’agent de la paix à arrêter quelqu’un sans mandat. Notre Cour a incorporé dans la *Summary Convictions Act*, 1960, par son art. 101 (aujourd’hui l’art. 133 de la *Offence Act*) le pouvoir d’arrestation qui figure au par. 450(2) du *Code criminel*, et a conclu que, comme un agent avait le pouvoir d’arrêter M. Moore pour établir son identité en vertu du par. 450(2), M. Moore avait commis l’infraction d’entrave à cet agent dans l’exercice de ses fonctions quand il a refusé d’accéder à sa demande d’identification.

[67] Dans *Moore*, le fait que la *Motor Vehicle Act* prévoyait clairement la situation en partie n’écartait pas l’incorporation des dispositions applicables du *Code criminel* (voir aussi *Central Okanagan (Regional District) c. Ushko*, [1998] B.C.J. No. 2123 (QL) (C.S.); *Vancouver (City) c. Wiseberg*, 2005 BCSC 1377, par. 28-36 (CanLII); *R. c. Ambrosi*, 2012 BCSC 409, par. 31-32 (CanLII); *R. c. 0721464 B.C. Ltd.*, 2011 BCPC 90, par. 20-27 (CanLII)). Par conséquent, ce n’est que lorsque la *Offence Act* ou la loi précise créant l’infraction prévoit entièrement une situation que l’incorporation de dispositions du *Code criminel* est exclue.

[68] Contrairement à la suggestion du procureur général suivant laquelle les mots [TRADUCTION] « et dans la mesure où elles sont applicables » indiquent que les dispositions du *Code criminel* doivent être incorporées d’une façon qui est conforme aux autres



changes and so far as applicable” is that the incorporated provisions will be adapted to fit the *Offence Act* context. As above, the comparison between the previous and current versions of this provision supports this interpretation:

Where, in any proceeding, matter, or thing to which this Act applies, express provision has not been made in this Act or only partial provision has been made, the provisions of the *Criminal Code* relating to offences punishable upon summary conviction apply, mutatis mutandis, as if the provisions thereof were enacted in and formed part of this Act.

(*Summary Convictions Act*, 1960, s. 101)

If, in any proceeding, matter or thing to which this Act applies, express provision has not been made in this Act or only partial provision has been made, the provisions of the *Criminal Code* relating to offences punishable on summary conviction apply, with the necessary changes and so far as applicable, as if its provisions were enacted in and formed part of this Act.

(*Offence Act*, s. 133)

[69] This comparison demonstrates that “with the necessary changes and so far as applicable” is merely a re-wording of “mutatis mutandis”. This Latin expression means “[w]ith the necessary changes in points of detail, meaning that matters or things are generally the same, but to be altered when necessary, as to names, offices, and the like” (*Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 1019; see also the British Columbia *Interpretation Act*, s. 44 (“mutatis mutandis”) and *Samograd v. Collison* (1995), 17 B.C.L.R. (3d) 51 (C.A.)). “[W]ith the necessary changes and so far as applicable” therefore cannot be stretched to mean “to the extent that another source of law does not contradict the *Criminal Code*”.

lois valides (comme la *Loi de 1731*), le sens ordinaire de l’expression « avec les adaptations nécessaires et dans la mesure où elles sont applicables » veut que les dispositions incorporées puissent être adaptées au contexte de la *Offence Act*. Tel que nous l’avons mentionné précédemment, la comparaison entre les versions antérieure et actuelle de cette disposition étaye cette interprétation :

[TRADUCTION] Lorsque, dans toute instance, affaire ou chose à laquelle s’applique la présente loi, aucune disposition expresse n’a été adoptée dans celle-ci ou seule une disposition partielle y a été adoptée, les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité s’appliquent, mutatis mutandis, comme si ces dispositions faisaient partie de la présente loi.

(*Summary Convictions Act*, 1960, art. 101)

[TRADUCTION] Si, dans toute instance, affaire ou chose à laquelle s’applique la présente loi, aucune disposition expresse n’a été adoptée dans celle-ci ou seule une disposition partielle y a été adoptée, les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité s’appliquent, avec les adaptations nécessaires et dans la mesure où elles sont applicables, comme si ces dispositions faisaient partie de la présente loi.

(*Offence Act*, art. 133)

[69] Cette comparaison démontre que l’expression « avec les adaptations nécessaires et dans la mesure où elles sont applicables » est tout simplement une autre façon de dire « mutatis mutandis ». Cette locution latine signifie « en changeant ce qui doit être changé, [et est] utilisée lorsqu’on veut appliquer une règle à un cas analogue, à la condition toutefois d’effectuer les adaptations qui s’imposent » (*Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français* (3<sup>e</sup> éd. 2004), p. 387; voir aussi la *Interpretation Act* de la Colombie-Britannique, art. 44 (« mutatis mutandis ») et l’arrêt *Samograd c. Collison* (1995), 17 B.C.L.R. (3d) 51 (C.A.)). On ne saurait donc élargir le sens de l’expression « avec les adaptations nécessaires et dans la mesure où elles sont applicables » pour qu’elle signifie « dans la mesure où une autre source de droit ne contredit pas le *Code criminel* ».

[70] Further, as with s. 3(1), the Attorney General’s proposed interpretation of s. 133 creates illogical consequences. The Attorney General’s approach invites the court applying s. 133 to search for other applicable legislation, including imperial legislation received into British Columbia law, before looking to the *Criminal Code*. Respectfully, this flies in the face of the plain wording and purpose of s. 133, as well as the overall scheme of the Act.

[71] Following the Attorney General’s logic, this Court would have erred in *Moore* by considering for incorporation through s. 101 of the *Summary Convictions Act*, 1960 (now s. 133 of the *Offence Act*) an arrest power contained in s. 450(2) of the *Criminal Code*, before and instead of looking for English laws on constabulary powers in place in 1858 which might have been applicable. To illustrate the implications of the Attorney General’s position, it is worth noting that the parties and the Court would have had to study, in priority to the *Criminal Code*, English laws such as: *An Act to provide for the Regulation of Municipal Corporations in England and Wales* (U.K.), 1835, 5 & 6 Will IV, c. 76; *An Act for further improving the Police in and near the Metropolis* (U.K.), 1839, 2 & 3 Vict., c. 47; *An Act for the Establishment of County and District Constables by the Authority of Justices of the Peace* (U.K.), 1839, 2 & 3 Vict., c. 93; *An Act to amend the Act for the Establishment of County and District Constables* (U.K.), 1840, 3 & 4 Vict., c. 88; *An Act for consolidating in One Act certain Provisions usually contained in Acts for regulating the Police of Towns* (U.K.), 1847, 10 & 11 Vict., c. 89; *An Act to amend the Acts relating to the Metropolitan Police* (U.K.), 1856, 19 Vict., c. 2; and *An Act to render more effectual the Police in Counties and Boroughs in England and Wales* (U.K.), 1856, 19 & 20 Vict., c. 69.

[72] Similarly, the Attorney General’s position implies that in *Application to Destroy the Dog “Tuppence”*, 2004 BCPC 27, at paras. 46-47 (CanLII), the court should have looked to the English *Justices of the Peace Act 1361* (Eng.), 1361, 34 Edw. 3, c. 1, instead of s. 810 of the *Criminal Code*, contrary to the express instruction set out in s. 133.

[70] De plus, comme dans le cas du par. 3(1), l’interprétation de l’art. 133 que propose le procureur général entraîne des conséquences illogiques. L’approche de celui-ci invite le tribunal qui applique l’art. 133 à chercher d’autres dispositions législatives applicables, ce qui comprend la législation impériale reçue dans le droit de la Colombie-Britannique, avant d’examiner le *Code criminel*. Avec égards, cette interprétation va à l’encontre du libellé clair et de l’objet de l’art. 133, ainsi que de l’économie générale de la Loi.

[71] Selon la logique du procureur général, notre Cour aurait fait erreur dans *Moore* en envisageant d’incorporer par l’art. 101 de la *Summary Convictions Act*, 1960 (aujourd’hui l’art. 133 de la *Offence Act*) un pouvoir d’arrestation prévu au par. 450(2) du *Code criminel*, avant et au lieu de chercher des lois anglaises sur les pouvoirs policiers en vigueur en 1858 qui auraient pu être applicables. Pour illustrer les conséquences de la position du procureur général, il convient de signaler que les parties et la Cour auraient dû examiner, avant le *Code criminel*, des lois anglaises comme : *An Act to provide for the Regulation of Municipal Corporations in England and Wales* (R.-U.), 1835, 5 & 6 Will IV, c. 76; *An Act for further improving the Police in and near the Metropolis* (R.-U.), 1839, 2 & 3 Vict., c. 47; *An Act for the Establishment of County and District Constables by the Authority of Justices of the Peace* (R.-U.), 1839, 2 & 3 Vict., c. 93; *An Act to amend the Act for the Establishment of County and District Constables* (R.-U.), 1840, 3 & 4 Vict., c. 88; *An Act for consolidating in One Act certain Provisions usually contained in Acts for regulating the Police of Towns* (R.-U.), 1847, 10 & 11 Vict., c. 89; *An Act to amend the Acts relating to the Metropolitan Police* (R.-U.), 1856, 19 Vict., c. 2; et *An Act to render more effectual the Police in Counties and Boroughs in England and Wales* (R.-U.), 1856, 19 & 20 Vict., c. 69.

[72] De même, la position du procureur général semble indiquer que dans la décision *Application to Destroy the Dog « Tuppence »*, 2004 BCPC 27, par. 46-47 (CanLII), le tribunal aurait dû se pencher sur la loi anglaise intitulée *Justices of the Peace Act 1361* (Angl.), 1361, 34 Edw. 3, c. 1, au lieu d’examiner l’art. 810 du *Code criminel*, contrairement à la directive expresse qui figure à l’art. 133.

[73] Finally, we would reject the Attorney General’s submission that s. 133 cannot incorporate s. 530 of the *Criminal Code* because language rights are substantive in nature and the focus of s. 133 is the incorporation of missing *procedural* sections. As set out above, the language of s. 133 provides for a generous incorporation of certain provisions of the *Criminal Code*. That language does not support creating a distinction between substantive and procedural sections of the *Criminal Code*. Moreover, s. 133 has previously been held to incorporate substantive provisions (see *Moore; Little v. Peers* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 224 (C.A.); *R. v. Singh*, 2001 BCCA 79, 149 B.C.A.C. 215).

[74] In light of the foregoing, there can be no doubt that s. 133 of the *Offence Act* incorporates s. 530 of the *Criminal Code* without heed to the *1731 Act*. Because the *Offence Act* applies to *Motor Vehicle Act* proceedings, and neither the *Motor Vehicle Act* nor the *Offence Act* makes provision for the language of trials, s. 530 of the *Criminal Code* applies “as if [it] were enacted in and formed part of [the *Offence Act*]”.

(3) Partial Provision for French: Section 132(2)(a.4) of the *Offence Act*

[75] The Attorney General argues that the *Offence Act* is *not* in fact silent as to the language of proceedings, as it does provide for the use of French in a limited fashion at s. 132(2)(a.4) and provides forms in English only (in a Schedule to the Act). This, in the Attorney General’s submission, demonstrates the limited role that the legislature intended the French language to play in *Offence Act* proceedings, and establishes that the broader provisions of s. 530 do not apply.

[76] Section 132(2)(a.4) of the *Offence Act* states:

Without limiting subsection (1), the Lieutenant Governor in Council may, on the recommendation of the Attorney General, make regulations as follows:

...

[73] Enfin, nous sommes d’avis de rejeter l’argument du procureur général suivant lequel l’art. 133 ne peut incorporer l’art. 530 du *Code criminel* parce que les droits linguistiques sont des droits de nature substantielle et que l’objet de l’art. 133 est l’incorporation des articles manquants de nature *procédurale*. Comme nous l’avons expliqué précédemment, le texte de l’art. 133 prévoit une incorporation étendue de certaines dispositions du *Code criminel*. Cette disposition ne permet pas de créer une distinction entre les dispositions de fond et les dispositions d’ordre procédural du *Code criminel*. En outre, l’art. 133 a déjà été interprété comme incorporant des dispositions de fond (voir *Moore; Little c. Peers* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 224 (C.A.); *R. c. Singh*, 2001 BCCA 79, 149 B.C.A.C. 215).

[74] Étant donné ce qui précède, il ne fait aucun doute que l’art. 133 de la *Offence Act* incorpore l’art. 530 du *Code criminel* sans égard à la *Loi de 1731*. Puisque la *Offence Act* s’applique aux instances intentées en vertu de la *Motor Vehicle Act* et qu’aucune de ces deux lois ne traite de la langue dans laquelle doivent se dérouler les procès, l’art. 530 du *Code criminel* s’applique [TRADUCTION] « comme [s’il] faisai[t] partie de la [*Offence Act*] ».

(3) Disposition partielle sur l’usage du français : alinéa 132(2)(a.4) de la *Offence Act*

[75] Selon le procureur général, la *Offence Act* n’est *pas*, en fait, muette quant à la langue des instances, car elle autorise un usage limité du français à l’al. 132(2)(a.4) et établit des formulaires en anglais uniquement (en annexe de la Loi). De l’avis du procureur général, cela démontre le rôle limité que le législateur voulait attribuer au français dans les instances tenues sous le régime de cette loi, et établit que les dispositions plus générales de l’art. 530 ne s’appliquent pas.

[76] L’alinéa 132(2)(a.4) de la *Offence Act* dispose :

[TRADUCTION] Sans limiter la portée du paragraphe (1), le lieutenant-gouverneur en conseil peut, sur recommandation du procureur général, prendre des règlements :

...

only for the purposes of an agreement between the Province and Canada under the *Contraventions Act* (Canada), exercising the authority under paragraphs (a.1), (a.2), (a.3) and (g) in both the English and French languages;

[77] Essentially, the Attorney General argues that if s. 133 incorporates the language provisions of the *Criminal Code*, then s. 132(2)(a.4) and the associated federal regulation (discussed below) would be redundant.

[78] We reject the significance the Attorney General places on s. 132(2)(a.4). At most, this provision and the English forms scheduled to the *Offence Act* prevent the incorporation of s. 849(3) of the *Criminal Code*, which states:

Any pre-printed portions of a form set out in this Part, varied to suit the case, or of a form to the like effect shall be printed in both official languages.

[79] Further, and more crucially, s. 132(2)(a.4) and the scheduled forms deal only with the language of forms. Accordingly, they cannot preclude the incorporation of s. 530 of the *Criminal Code* — which deals with the language of *trials*. To the extent that the forms speak to the role of the French language under the *Offence Act* generally, they make “partial provision” for French, permitting the incorporation of s. 530.

[80] Relatedly, the Attorney General submits that s. 3 of the federal *Application of Provincial Laws Regulations*, SOR/96-312, Part VIII (Province of British Columbia (“federal regulation”)) demonstrates that s. 133 of the *Offence Act* is understood *not* to already incorporate s. 530 of the *Criminal Code*. Section 3 of the federal regulation makes s. 530 applicable in respect of prosecutions under the *Offence Act* of contraventions under the federal *Contraventions Act*, S.C. 1992, c. 47.

[81] This argument must similarly be rejected. The apparent rationale for the federal regulation is the federal government’s responsibility to ensure that prosecutions under the *Contraventions Act* provide

uniquement pour les besoins d’un accord entre la Province et le Canada visé par la *Loi sur les contraventions* (Canada), dans l’exercice des pouvoirs conférés aux alinéas (a.1), (a.2), (a.3) et (g) en français et en anglais;

[77] Le procureur général soutient essentiellement que l’al. 132(2)(a.4) et le règlement fédéral connexe (dont il est question plus loin) seraient redondants si l’art. 133 incorporait les dispositions du *Code criminel* relatives à la langue.

[78] Nous rejetons l’importance que le procureur général attache à l’al. 132(2)(a.4). Cette disposition et les formulaires en anglais en annexe à la *Offence Act* empêchent tout au plus l’incorporation du par. 849(3) du *Code criminel*, qui prévoit ce qui suit :

Sont imprimés dans les deux langues officielles les textes des formules prévues à la présente partie.

[79] En outre, et plus fondamental encore, l’al. 132(2)(a.4) et les formulaires en annexe ne traitent que de la langue de ceux-ci. Ils ne peuvent donc pas empêcher l’incorporation de l’art. 530 du *Code criminel*, qui porte sur la langue des *procès*. Dans la mesure où les formulaires témoignent du rôle que joue la langue française sous le régime de la *Offence Act* en général, il y a dans cette loi une « disposition partielle » sur l’usage du français, donnant ainsi ouverture à l’incorporation de l’art. 530.

[80] Sur une note connexe, le procureur général plaide que l’art. 3 du *Règlement sur l’application de certaines lois provinciales*, DORS/96-312, partie VIII (Province de la Colombie-Britannique (« règlement fédéral »)) démontre que l’art. 133 de la *Offence Act* est perçu comme n’incorporant *pas* déjà l’art. 530 du *Code criminel*. L’article 3 du règlement fédéral prévoit l’applicabilité de l’art. 530 aux poursuites intentées sous le régime de la *Offence Act* à l’égard de contraventions visées par la *Loi sur les contraventions*, L.C. 1992, c. 47.

[81] Cet argument doit lui aussi être rejeté. La raison d’être apparente du règlement fédéral est la responsabilité du gouvernement canadien de faire en sorte que les poursuites visées par la *Loi sur les*

for the use of both official languages (see *Commissioner of Official Languages (Can.) v. Canada (Minister of Justice)*, 2001 FCT 239, 194 F.T.R. 181). Moreover, the *federal* regulation cannot and should not be treated as an interpretive aid for the British Columbia *Offence Act*. We therefore fail to see how the incorporation by a federal regulation of s. 530 of the *Criminal Code* into the *Offence Act* for the specific purpose of the prosecution of contraventions under a federal enactment can preclude the incorporation of s. 530 of the *Criminal Code* into the *Offence Act* via s. 133.

[82] In short, the provisions accounting for the prosecution of *Contraventions Act* offences under the *Offence Act* (s. 132(2)(a.4) and Part VIII of the federal regulation), and the *Offence Act* forms, neither inform nor prevent the incorporation of s. 530 of the *Criminal Code* by way of s. 133 of the *Offence Act*.

#### (4) The Chronological Interpretation

[83] The Attorney General also relies on the timing of the enactments of s. 133 of the *Offence Act* and s. 530 of the *Criminal Code* to support his position that the former cannot incorporate the latter. The predecessor to s. 133 of the *Offence Act* was first passed in 1955 as part of *An Act respecting Summary Proceedings (Summary Convictions Act, 1955)*, S.B.C. 1955, c. 71, s. 102. This provision was substantially similar to the current s. 133. Section 530 of the *Criminal Code* (then s. 462.1) became law on June 30, 1978, and was declared in force in British Columbia on January 1, 1990. Given that s. 530 came into force 35 years after the predecessor to s. 133 was enacted, the Attorney General argues that it cannot be incorporated.

[84] This position quite simply ignores s. 32 of British Columbia's *Interpretation Act*, as it was worded prior to January 1, 2019, which states:

In an enactment a reference to another enactment of the Province or of Canada is a reference to the other

*contraventions* puissent se faire dans les deux langues officielles (voir *Canada (Commissaire Aux langues officielles) c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2001 CFPI 239. De plus, le règlement *fédéral* ne peut et ne doit pas être considéré comme un outil d'interprétation de la *Offence Act* de la Colombie-Britannique. Nous ne voyons donc pas de quelle façon l'incorporation, par règlement fédéral, de l'art. 530 du *Code criminel* dans la *Offence Act* dans le but précis de poursuivre les auteurs de contraventions prévues dans un texte de loi fédéral peut empêcher l'incorporation de l'art. 530 du *Code criminel* à la *Offence Act* au moyen de l'art. 133.

[82] Bref, les dispositions portant sur les poursuites à l'égard des infractions visées par la *Loi sur les contraventions* en vertu de la *Offence Act* (al. 132(2)(a.4) et partie VIII du règlement fédéral), ainsi que les formulaires de la *Offence Act*, n'influent pas sur l'incorporation de l'art. 530 du *Code criminel* par l'art. 133 de la *Offence Act* ni ne l'empêchent.

#### (4) L'interprétation chronologique

[83] Le procureur général invoque aussi les moments où ont été adoptés l'art. 133 de la *Offence Act* et l'art. 530 du *Code criminel* à l'appui de sa position voulant que l'art. 133 ne puisse incorporer l'art. 530. La disposition qui a précédé l'art. 133 de la *Offence Act* a vu le jour en 1955 en tant que partie de la loi intitulée *An Act respecting Summary Proceedings (Summary Convictions Act, 1955)*, S.B.C. 1955, c. 71, art. 102. Cette disposition ressemblait beaucoup à l'art. 133 actuel. L'article 530 du *Code criminel* (l'art. 462.1 à l'époque) a été adopté le 30 juin 1978 et est entré en vigueur en Colombie-Britannique le 1<sup>er</sup> janvier 1990. Comme l'art. 530 est entré en vigueur 35 ans après l'adoption de la disposition précédant l'art. 133, le procureur général plaide qu'il ne peut être incorporé.

[84] Cette position fait tout simplement abstraction de l'art. 32 de la *Interpretation Act* de la Colombie-Britannique, dans sa version antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2019, dont voici le texte :

[TRADUCTION] Dans un texte de loi, la mention d'un autre texte de loi de la Province ou du Canada renvoie à



enactment as amended, whether amended before or after the commencement of the enactment in which the reference occurs.

[85] Indeed, the courts in British Columbia have held that s. 133 of the *Offence Act* “refer[s] to the *Criminal Code* as amended from time to time” and that “section 133 of the *Offence Act* should not be given a static interpretation but should incorporate contemporary sections of the *Criminal Code* as required” (*Wiseberg*, at paras. 32-35; *R. v. Trow* (1977), 5 B.C.L.R. 133 (S.C.), at p. 136).

[86] Relatedly, the Attorney General emphasizes the fact that, in 1971, the British Columbia legislature abandoned legislation which would have granted British Columbia courts the discretion to conduct proceedings in French. The Attorney General argues that this abandonment illustrates that, absent further legislative action, there is no ability for British Columbia courts to conduct trials in French (*Official Report of Debates of the Legislative Assembly*, 2nd Sess., 29th Parl., March 10, 1971, at p. 646).

[87] Even if the legislature’s reasoning for abandoning this legislation could be ascertained, this decision was made nearly 50 years ago. As such, it cannot reasonably have any bearing on this Court’s interpretation of the *Offence Act* as that statute reads today. It goes without saying that an *enactment* tells us a great deal more about a legislature’s intent than that legislature’s *failure to enact* something. Any meaning that could be ascribed to the legislature’s inaction in 1971 cannot compete with the plain meaning of s. 133. Section 133 sets out the applicable law; silence or inaction does not.

[88] The plain intent of s. 133 of the *Offence Act* is to allow for incorporation of certain *Criminal Code* provisions in broad and general terms. We cannot glean from the words of s. 133 a specific intent to exclude s. 530 of the *Criminal Code*. To insist on such an exclusion of s. 530 is to demote the importance of language rights, or to assume that the province does not intend to make provision for the French language in its courts. This intention

l’autre texte modifié avant ou après l’adoption du texte où figure cette mention.

[85] En effet, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont jugé que l’art. 133 de la *Offence Act* [TRADUCTION] « renvoie au *Code criminel* et à ses modifications » et qu’« il faut non pas donner à l’article 133 de la *Offence Act* une interprétation statique, mais plutôt incorporer les articles actuels du *Code criminel* au besoin » (*Wiseberg*, par. 32-35; *R. c. Trow* (1977), 5 B.C.L.R. 133 (C.S.), par. 136).

[86] Dans le même ordre d’idées, le procureur général insiste sur le fait qu’en 1971, le Parlement de la Colombie-Britannique a abandonné une loi qui aurait accordé aux tribunaux de cette province le pouvoir discrétionnaire d’instruire des instances en français. Selon le procureur général, cet abandon montre que, sans aucune autre mesure législative, les tribunaux de la Colombie-Britannique ne peuvent pas tenir des procès en français (*Official Report of Debates of the Legislative Assembly*, 2<sup>e</sup> sess., 29<sup>e</sup> lég., 10 mars 1971, p. 646).

[87] Même s’il était possible d’établir les raisons pour lesquelles le Parlement a abandonné ce projet de loi, la décision a été prise il y a près de 50 ans. Elle ne peut donc raisonnablement influencer sur l’interprétation que la Cour donne aujourd’hui à la *Offence Act* dans sa version actuelle. Il va sans dire qu’un *texte de loi* en révèle beaucoup plus sur l’intention du législateur que le fait qu’il *n’ait pas adopté* une disposition précise. Tout sens pouvant être donné à l’inaction du législateur en 1971 ne peut faire concurrence au sens ordinaire de l’art. 133. Cette disposition énonce le droit applicable; on ne peut dire la même chose du silence ou de l’inaction.

[88] L’article 133 de la *Offence Act* vise clairement à permettre l’incorporation de certaines dispositions du *Code criminel* en termes larges et généraux. Nous ne pouvons déduire du libellé de l’art. 133 que le législateur avait l’intention précise que l’art. 530 du *Code criminel* soit exclu. Insister pour exclure ainsi l’art. 530, c’est diminuer l’importance des droits linguistiques ou présumer que la province n’a pas l’intention d’adopter une disposition prévoyant

is clearly not present in s. 133 or elsewhere in the *Offence Act*.

[89] As a final point, we note that both the Attorney General and the provincial court judge rely on the division of powers between the provinces and the federal government to suggest that the language of provincial offence trials in British Columbia should not readily be determined by the *Criminal Code*, a federal statute. While it is true that the language used in courts is a matter falling under provincial powers, British Columbia has exercised that power in favour of granting French trials for provincial offences, by legislating to incorporate s. 530 of the *Criminal Code* into the *Offence Act*. Interpreting s. 133 of the *Offence Act* as incorporating s. 530 of the *Criminal Code* does not equate to imposing or inserting a federal provision into a British Columbia Act. Rather, by virtue of their incorporation, the language provisions found under s. 530 form part of the *Offence Act* itself.

#### (5) Implied Repeal

[90] In their submissions before this Court, the parties agreed that if s. 133 of the *Offence Act* were found to incorporate s. 530 of the *Criminal Code*, the *1731 Act* would be implicitly repealed in respect of *Offence Act* prosecutions. The Attorney General conceded this point in oral submissions (transcript, at pp. 75-76.)

[91] We agree. By virtue of its incorporation into the *Offence Act*, s. 530 enjoys the same status in that Act as it does in the *Criminal Code*. Therefore, just as s. 530 of the *Criminal Code* implicitly repealed the *1731 Act* in respect of criminal trials (*Conseil scolaire francophone*, at para. 48), it implicitly repeals the *1731 Act* in respect of *Offence Act* trials.

[92] Section 2 of the *Law and Equity Act* lends further support to this conclusion. It states that “the Civil and Criminal Laws of England . . . must be held to be modified and altered by all legislation that has

l’usage du français devant ses tribunaux. Cette intention n’est manifestement pas présente à l’art. 133 ni ailleurs dans la *Offence Act*.

[89] En dernier lieu, soulignons que le procureur général et le juge de la cour provinciale se fondent sur le partage des compétences entre les provinces et le gouvernement fédéral pour affirmer que la langue utilisée lors des procès relatifs aux infractions provinciales en Colombie-Britannique ne devrait pas d’emblée être établie par le *Code criminel*, une loi fédérale. S’il est vrai que la langue utilisée devant les tribunaux est une question relevant de la juridiction provinciale, la Colombie-Britannique a exercé cette compétence de manière à autoriser la tenue de procès en français relativement aux infractions provinciales en légiférant pour incorporer l’art. 530 du *Code criminel* à la *Offence Act*. Interpréter l’art. 133 de la *Offence Act* comme incorporant l’art. 530 du *Code criminel* n’équivaut pas à imposer ou à insérer une disposition fédérale dans une loi de la Colombie-Britannique. De par leur incorporation, les dispositions de l’art. 530 en matière linguistique font plutôt partie de la *Offence Act*.

#### (5) Abrogation implicite

[90] Devant la Cour, les parties s’entendent pour dire que s’il est conclu que l’art. 133 de la *Offence Act* incorpore l’art. 530 du *Code criminel*, la *Loi de 1731* serait implicitement abrogée en ce qui concerne les poursuites intentées en vertu de la *Offence Act*. Le procureur général a concédé ce point lors de sa plaidoirie (transcription, p. 75-76.)

[91] Nous sommes du même avis. De par son incorporation dans la *Offence Act*, l’art. 530 jouit du même statut dans cette loi que dans le *Code criminel*. Par conséquent, l’art. 530 du *Code criminel* abroge implicitement la *Loi de 1731* à l’égard des procès intentés en vertu de la *Offence Act*, tout comme il abrogeait implicitement cette loi en ce qui concerne les procès criminels (*Conseil scolaire francophone*, par. 48).

[92] L’article 2 de la *Law and Equity Act* vient étayer davantage cette conclusion. Il dispose que [TRADUCTION] « les lois civiles et criminelles d’Angleterre [. . .] doivent être tenues pour modifiées

the force of law in British Columbia”. As s. 133 of the *Offence Act* incorporates s. 530 of the *Criminal Code*, s. 530 is, in effect, a provision of the *Offence Act* itself and therefore constitutes “legislation that has the force of law in British Columbia”. As such, the imperial 1731 Act must give way to the *Offence Act*’s provision for trials in either official language.

## VI. Conclusion

[93] For the above reasons, we conclude that s. 133 of the *Offence Act* incorporates s. 530 of the *Criminal Code* and that this incorporation implicitly repeals the 1731 Act in respect of *Offence Act* proceedings. The provincial court judge erred in holding otherwise and in denying Mr. Bessette his right to a trial in French. This failure to comply with s. 530 constituted a jurisdictional error, resulting in the Provincial Court’s loss of jurisdiction over Mr. Bessette’s trial. The Supreme Court of British Columbia failed to recognize the jurisdictional nature of the provincial court judge’s ruling, its serious effects on Mr. Bessette’s language rights, and the clear benefits of adjudicating the matter pre-trial. This failure caused it to err in declining to entertain Mr. Bessette’s petition for prerogative relief. The Court of Appeal for British Columbia similarly erred in upholding the Supreme Court’s decision.

[94] We would therefore allow the appeal, quash the order of the Provincial Court, and order that Mr. Bessette be allowed to stand trial in French.

## VII. Costs

[95] Mr. Bessette has requested that costs be awarded to him, both in this Court and the courts below. Cost awards in criminal cases are very rare, particularly in the absence of any *Charter* violation (*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. 974649*

par toute mesure législative adoptée en Colombie-Britannique ». Puisque l’art. 133 de la *Offence Act* incorpore l’art. 530 du *Code criminel*, celui-ci devient lui-même, en fait, une disposition de la *Offence Act* et constitue donc une « mesure législative adoptée en Colombie-Britannique ». En conséquence, la *Loi de 1731* impériale doit céder le pas à la disposition de la *Offence Act* qui autorise la tenue de procès dans l’une ou l’autre des langues officielles.

## VI. Conclusion

[93] Pour les motifs qui précèdent, nous concluons que l’art. 133 de la *Offence Act* incorpore l’art. 530 du *Code criminel* et que cette incorporation abroge implicitement la *Loi de 1731* à l’égard des instances engagées sous le régime de la *Offence Act*. Le juge de la cour provinciale a commis une erreur en concluant autrement et en refusant à M. Bessette le droit à un procès en français. Ce non-respect de l’art. 530 constituait une erreur juridictionnelle, et a entraîné la perte de juridiction de la Cour provinciale sur le procès de M. Bessette. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a omis de reconnaître que la décision du juge de la cour provinciale touchait à la juridiction, que celle-ci a eu des conséquences graves sur les droits linguistiques de M. Bessette et qu’il y a des avantages évidents à trancher la question avant le procès. Cette omission a amené la Cour suprême de la Colombie-Britannique à commettre une erreur en refusant d’instruire la requête en bref de prérogative de M. Bessette. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a elle aussi fait erreur en confirmant la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

[94] Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’ordonnance de la Cour provinciale et d’ordonner qu’il soit permis à M. Bessette de subir son procès en français.

## VII. Dépens

[95] M. Bessette a demandé que les dépens lui soient adjugés devant la Cour et les juridictions inférieures. Les dépens sont rarement octroyés en matière criminelle, surtout s’il n’y a pas eu violation de la *Charte* (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500;

*Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575). Costs are typically awarded as a consequence of acts of bad faith or intentional misconduct on the part of the Crown (*Munkonda*, at para. 142; *M. (C.A.)*, at para. 97). This was the case in *Munkonda*, where the prosecution failed in several ways to respect the appellant's language rights, and afforded superior treatment to the accused who had chosen to have their preliminary inquiry held in English than to the accused who had chosen to proceed in French (para. 146).

[96] There may be unique circumstances in which an accused should recover his or her legal costs even where there is no evidence of bad faith on the part of the Crown. In *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537, costs were awarded to the accused as a result of delays occasioned by the words and actions of the trial judge which gave rise to an apprehension of bias (para. 13).

[97] In our view, the circumstances which might justify awarding costs against the Crown are not present in Mr. Bessette's case. Consequently, we would allow the appeal without costs.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Power Law, Vancouver; Martin + Associates, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Gatineau.*

*Solicitors for the intervener Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc.: Shapray Cramer Fitterman Lamer, Vancouver.*

*R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575). Ils sont habituellement adjugés en raison d'actes de mauvaise foi ou de conduite répréhensible intentionnelle de la Couronne (*Munkonda*, par. 142; *M. (C.A.)*, par. 97). C'est ce qui s'est produit dans *Munkonda*, où la poursuite n'a pas respecté à plusieurs égards les droits linguistiques de l'appellant, et a réservé un meilleur traitement aux accusés qui avaient choisi de subir leur enquête préliminaire en anglais qu'aux accusés qui avaient choisi de procéder en français (par. 146).

[96] Il peut exister des circonstances uniques dans lesquelles l'accusé devrait recouvrer ses dépens même lorsqu'il n'y a aucune preuve de mauvaise foi de la part de la Couronne. Dans *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, les dépens ont été adjugés à l'accusé en raison des délais occasionnés par les propos et les actes du juge du procès qui ont suscité une crainte de partialité (par. 13).

[97] À notre avis, les circonstances susceptibles de justifier la condamnation de la Couronne aux dépens ne sont pas présentes dans le cas de M. Bessette. Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi sans dépens.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appellant : Juristes Power, Vancouver; Martin + Associates, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles du Canada, Gatineau.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc. : Shapray Cramer Fitterman Lamer, Vancouver.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Omar Muhammad Omar** *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association (Ontario)**  
*Intervener*

**INDEXED AS: R. v. OMAR**

**2019 SCC 32**

File No.: 38461.

2019: May 22.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Exclusion of evidence — Seriousness of Charter-infringing state conduct — Accused found in possession of loaded handgun, ammunition and cocaine when stopped by police while walking along a street late at night — Trial judge finding that several of accused's constitutional rights infringed by police but declining to exclude evidence and convicting accused of various firearms offences and possession of cocaine for the purpose of trafficking — Majority of Court of Appeal holding that trial judge committed reversible error in assessing seriousness of Charter-infringing police conduct — Majority excluding evidence and entering acquittals — Dissenting judge holding that there was no error in trial judge's assessment of seriousness of state conduct that would justify appellate intervention — Convictions restored — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 24(1), (2).

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Omar Muhammad Omar** *Intimé*

et

**Criminal Lawyers' Association (Ontario)**  
*Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : R. c. OMAR**

**2019 CSC 32**

N° du greffe : 38461.

2019 : 22 mai.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe et Martin.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exclusion de la preuve — Gravité de la conduite étatique attentatoire à la Charte — Accusé trouvé en possession d'une arme de poing chargée, de munitions et de cocaïne lors de son interception par la police alors qu'il marchait dans une rue tard le soir — Juge du procès concluant à la violation de plusieurs droits constitutionnels de l'accusé, mais refusant d'exclure les éléments de preuve et déclarant l'accusé coupable de diverses infractions liées aux armes à feu et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic — Conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que le juge du procès a commis une erreur infirmable dans le cadre de son appréciation de la gravité de la conduite policière attentatoire à la Charte — Décision des juges majoritaires excluant les éléments de preuve et inscrivant des acquittements — Conclusion du juge dissident portant que le juge du procès n'a commis dans son appréciation de la gravité de la conduite étatique aucune erreur qui justifierait une intervention en appel — Rétablissement des déclarations de culpabilité — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 24(1), (2).



APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Brown and Paciocco JJ.A.), 2018 ONCA 975, 144 O.R. (3d) 1, 369 C.C.C. (3d) 544, 435 D.L.R. (4th) 273, [2018] O.J. No. 6346 (QL), 2018 CarswellOnt 20344 (WL Can.), setting aside the convictions of the accused, excluding the evidence and entering acquittals. Appeal allowed, Karakatsanis, Brown and Martin JJ. dissenting.

*Karen Papadopoulos and Justin Reid*, for the appellant.

*Catriona Verner and Patricia Brown*, for the respondent.

*Faisal Mirza and Kate Robertson*, for the intervenor the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] BROWN J. — A majority of this Court would allow the appeal, substantially for the reasons of Brown J.A. at the Court of Appeal. The majority adds this. It may be that consideration should be given to the availability, under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, of remedies other than exclusion of evidence when dealing with s. 24(2), but the majority would leave this question for another day.

[2] Justices Karakatsanis, Brown and Martin dissent, substantially for the reasons of Sharpe J.A. at the Court of Appeal. The dissenters add this. It may be that consideration should be given to whether the police should caution persons that they stop and question that such persons need not remain or answer questions, but the dissenters would leave this for another day.

[3] The appeal is allowed and the convictions are restored.

*Judgment accordingly.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Sharpe, Brown et Paciocco), 2018 ONCA 975, 144 O.R. (3d) 1, 369 C.C.C. (3d) 544, 435 D.L.R. (4th) 273, [2018] O.J. No. 6346 (QL), 2018 CarswellOnt 20344 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé, exclu les éléments de preuve et inscrit des acquittements. Pourvoi accueilli, les juges Karakatsanis, Brown et Martin sont dissidents.

*Karen Papadopoulos et Justin Reid*, pour l'appelante.

*Catriona Verner et Patricia Brown*, pour l'intimé.

*Faisal Mirza et Kate Robertson*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE BROWN — La Cour est d'avis, à la majorité, d'accueillir le pourvoi, essentiellement pour les motifs exposés par le juge Brown de la Cour d'appel. Les juges majoritaires ajoutent ce qui suit. Peut-être faudrait-il se demander si d'autres réparations que l'exclusion de la preuve peuvent être accordées en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsque le par. 24(2) est en cause, mais cette question sera examinée à une autre occasion.

[2] Les juges Karakatsanis, Brown et Martin sont dissidents, principalement pour les motifs du juge Sharpe de la Cour d'appel. Les juges dissidents ajoutent ce qui suit. Peut-être conviendrait-il de se demander si les policiers doivent aviser les personnes qu'ils arrêtent et questionnent qu'elles ne sont pas tenues de rester sur place et de répondre à leurs questions, mais cette question sera examinée à une autre occasion.

[3] Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

*Jugement en conséquence.*

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

*Procureur de l'appelante : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Lockyer Campbell Posner, Toronto; Law Office of Patricia Brown, Windsor.*

*Procureurs de l'intimé : Lockyer Campbell Posner, Toronto; Law Office of Patricia Brown, Windsor.*

*Solicitors for the intervener: Faisal Mirza Professional Corporation, Mississauga; Markson Law Professional Corporation, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante : Faisal Mirza Professional Corporation, Mississauga; Markson Law Professional Corporation, 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@scs-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scs-csc.ca