



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2020 Vol. 1

2^e cahier, 2020 Vol. 1

Cited as [2020] 1 S.C.R. 319-576

Renvoi [2020] 1 R.C.S. 319-576

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

ÉLOÏSE BENOIT
AUDREY-ANNE BERGERON
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN

LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
CRAIG MRACEK
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

AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
MARC-ANDRÉ ALAIN
SUZANNE AUDET
MARYAM ARZANI
GENEVIÈVE MARTIN-LAFLEUR

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

MacDonald v. Canada 319

Taxation — Derivative contracts — Hedging — Subjective and objective intention — Linkage — Taxpayer entering into derivative contract — Taxpayer pledging cash settlement payments and underlying asset from derivative contract as collateral for loan — Whether derivative contract should be characterized as hedge or speculation — Whether gains or losses arising from derivative contract are taxable on income or capital account.

R. v. K.G.K. 364

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Verdict deliberation time — Delay of nine months between conclusion of evidence and argument at trial and trial judge's verdict — Whether s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to verdict deliberation time — If so, whether verdict deliberation time is included in presumptive ceilings established in Jordan — Test to be applied in assessing whether right to be tried within reasonable time infringed by delay occasioned by verdict deliberation time.

R. v. Chung 405

Criminal law — Appeals — Appeal by Crown against acquittal — Question of law — Dangerous operation of motor vehicle causing death — Accused acquitted of dangerous driving causing death at trial — Court of Appeal finding trial judge committed error of law in finding accused lacked requisite mens rea — Court of Appeal setting aside acquittal and entering conviction — Whether trial judge committed error of law which would allow Crown to appeal acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 249(4), 676(1)(a).

R. v. Friesen 424

Criminal law — Sentencing — Considerations — Sentencing ranges and starting points — Sexual offences against children — Sentencing judge imposing six-year global sentence following accused's guilty plea to offences of sexual interference with young child and attempted extortion of child's mother — Court of Appeal reducing sentence to four years and six months — Whether sentencing

Continued on next page

SOMMAIRE

MacDonald c. Canada 319

Droit fiscal — Contrats dérivés — Couverture — Intention subjective et objective — Rattachement — Contrat dérivé conclu par un contribuable — Contribuable donnant en gage les paiements en espèces à titre de règlement et l'actif sous-jacent qui lui étaient dus en vertu d'un contrat dérivé en guise de garantie pour un prêt — Y a-t-il lieu de considérer le contrat dérivé comme une opération de couverture ou de la spéculation? — Les gains ou pertes issus du contrat dérivé sont-ils imposables au titre du revenu ou au titre du capital?

R. c. K.G.K. 364

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Temps de délibération en vue du prononcé du verdict — Délai de neuf mois entre la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries au procès et le prononcé du verdict par le juge du procès — L'alinéa 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-il au temps de délibération en vue du prononcé du verdict? — Si oui, le temps de délibération en vue du prononcé du verdict est-il inclus dans les plafonds présumés établis par l'arrêt Jordan? — Test à appliquer pour évaluer si le délai découlant du temps de délibération en vue du prononcé du verdict a entraîné une violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

R. c. Chung 405

Droit criminel — Appels — Appel interjeté par la Couronne contre un acquittement — Question de droit — Conduite dangereuse d'un véhicule à moteur causant la mort — Accusé acquitté au procès relativement à une accusation de conduite dangereuse causant la mort — Conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès a commis une erreur de droit en statuant que l'accusé n'avait pas la mens rea requise — Acquittement écarté et déclaration de culpabilité inscrite par la Cour d'appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit qui permettrait à la Couronne d'interjeter appel de l'acquittement? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 249(4), 676(1)a).

R. c. Friesen 424

Droit criminel — Détermination de la peine — Considérations — Fourchettes de peines et points de départ — Infractions d'ordre sexuel contre des enfants — Infliction par le juge chargé de déterminer la peine d'une peine globale de six ans d'emprisonnement à la suite du plaidoyer de culpabilité de l'accusé à des infractions de contacts sexuels avec une jeune enfant et de tentative d'extorsion

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

ranges for sexual offences against children are still consistent with Parliamentary and judicial recognition of severity of such crimes — Whether Court of Appeal erred by interfering with sentence imposed by sentencing judge.

9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp. 521

Bankruptcy and insolvency — Discretionary authority of supervising judge in proceedings under Companies' Creditors Arrangement Act — Appellate review of decisions of supervising judge — Whether supervising judge has discretion to bar creditor from voting on plan of arrangement where creditor is acting for improper purpose — Whether supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.2.

SOMMAIRE (Fin)

à l'encontre de la mère de l'enfant — Réduction de la peine à quatre ans et six mois par la Cour d'appel — Les fourchettes de peines pour les infractions d'ordre sexuel contre des enfants s'accordent-elles toujours avec la reconnaissance, par le législateur et les tribunaux, de la gravité de ces crimes? — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en modifiant la peine infligée par le juge chargé de déterminer la peine?

9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp. 521

Faillite et insolvabilité — Pouvoir discrétionnaire du juge surveillant dans une instance introduite sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Contrôle en appel des décisions du juge surveillant — Le juge surveillant a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement si ce créancier agit dans un but illégitime? — Le juge surveillant peut-il approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.2.

James S. A. MacDonald *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: MACDONALD v. CANADA

2020 SCC 6

File No.: 38320.

2019: October 17; 2020: March 13.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Derivative contracts — Hedging — Subjective and objective intention — Linkage — Taxpayer entering into derivative contract — Taxpayer pledging cash settlement payments and underlying asset from derivative contract as collateral for loan — Whether derivative contract should be characterized as hedge or speculation — Whether gains or losses arising from derivative contract are taxable on income or capital account.

In 1988, M became the owner of 183,333 common shares of the Bank of Nova Scotia. In 1997, the Toronto-Dominion Bank offered M a loan for up to \$10.5 million. The loan also contemplated and required the existence of a forward contract as part of the pledge. A forward contract is a type of derivative contract that creates an obligation for one party to sell, and another party to buy, an underlying asset at a pre-determined future date and at a pre-determined price.

Shortly before signing the loan and pledge agreements to gain access to the loan, M entered into the forward contract with TD Securities Inc. The assets underlying the forward contract were 165,000 Bank of Nova Scotia shares, the same number of shares M eventually pledged as collateral for the loan. The forward contract was to be cash settled and was structured so that M would make money if the Bank of Nova Scotia stock price decreased. M was required to pledge Bank of Nova Scotia shares and any cash settlement payments he was entitled to receive from the forward contract as security for the loan.

James S. A. MacDonald *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : MACDONALD c. CANADA

2020 CSC 6

N° du greffe : 38320.

2019 : 17 octobre; 2020 : 13 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Contrats dérivés — Couverture — Intention subjective et objective — Rattachement — Contrat dérivé conclu par un contribuable — Contribuable donnant en gage les paiements en espèces à titre de règlement et l'actif sous-jacent qui lui étaient dus en vertu d'un contrat dérivé en guise de garantie pour un prêt — Y a-t-il lieu de considérer le contrat dérivé comme une opération de couverture ou de la spéculation? — Les gains ou pertes issus du contrat dérivé sont-ils imposables au titre du revenu ou au titre du capital?

En 1988, M a obtenu 183 333 actions ordinaires de la Banque de Nouvelle-Écosse. En 1997, la Banque Toronto-Dominion lui a offert un prêt à hauteur de 10,5 millions de dollars. Le prêt prévoyait également qu'un contrat à terme de gré à gré devait faire partie du gage. Un contrat à terme de gré à gré est un type de contrat dérivé qui oblige une partie à vendre, et une autre à acheter, un actif sous-jacent à une date fixée d'avance et à un prix fixé d'avance.

Peu de temps avant de signer les ententes de prêt et de nantissement pour obtenir le prêt, M a signé le contrat à terme de gré à gré avec Valeurs mobilières TD Inc. Les éléments d'actif sous-jacents à ce contrat étaient 165 000 actions de la Banque de Nouvelle-Écosse, soit le même nombre d'actions que M a données par la suite en gage à titre de garantie pour le prêt. Le contrat à terme de gré à gré devait être réglé en espèces et a été structuré de façon à ce que M fasse de l'argent si le cours de l'action de la Banque de Nouvelle-Écosse baissait. M devait donner en gage, en garantie du prêt, les paiements en espèces

M entered into the forward contract with TD Securities Inc. on June 26, 1997.

During the life of the forward contract, the price of Bank of Nova Scotia shares increased and M made cash settlement payments totaling approximately \$10 million. In computing his income for the 2004, 2005 and 2006 taxation years, M characterized the cash settlement payments as income losses deductible against income from other sources. The Minister of National Revenue reassessed M and characterized the cash settlement payments as capital losses on the basis that the forward contract was a hedge of the Bank of Nova Scotia shares. M filed notices of objection based on the position that he used the forward contract for speculation, not hedging. The Tax Court concluded that the forward contract was a speculative instrument such that the cash settlement payments were properly characterized as losses on account of income. The Federal Court of Appeal unanimously allowed the Crown's appeal, holding that the forward contract was a hedge of M's Bank of Nova Scotia shares and, therefore, the cash settlement payments were capital losses.

Held (Côté J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: Whether gains and losses from derivative contracts are to be characterized as on income account or on capital account depends on whether the contract is considered a hedge or speculation. A hedge is generally a transaction which mitigates risk, while speculation is the taking on of risk with a view to earning a profit. Gains and losses arising from hedging derivative contracts take on the character of the underlying asset, liability or transaction being hedged.

The characterization of a derivative contract turns on the contract's purpose. While subjective manifestations of purpose may sometimes be relevant, the taxpayer's stated intention is not determinative. The primary source of ascertaining a derivative contract's purpose is the linkage between the derivative contract and any underlying asset, liability or transaction purportedly hedged.

à titre de règlement qu'il avait le droit de recevoir en exécution du contrat à terme de gré à gré. M a conclu le contrat à terme de gré à gré avec Valeurs mobilières TD Inc. le 26 juin 1997.

Pendant la durée du contrat à terme de gré à gré, le prix des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse a augmenté et M a fait des paiements en espèces à titre de règlement totalisant environ 10 millions de dollars. En calculant son revenu pour ses années d'imposition 2004, 2005 et 2006, M a décrit les paiements en espèces à titre de règlement comme des pertes de revenu déductibles de revenus provenant d'autres sources. Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard de M et a décrit les paiements en espèces à titre de règlement comme des pertes en capital vu que le contrat à terme de gré à gré était une opération de couverture des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse. M a déposé des avis d'opposition parce qu'il estimait s'être servi du contrat à terme de gré à gré à des fins de spéculation, non de couverture. La Cour de l'impôt a conclu que le contrat à terme de gré à gré était un instrument de spéculation et que les paiements en espèces à titre de règlement avaient été par conséquent qualifiés à bon droit de pertes au titre du revenu. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel du ministère public à l'unanimité, concluant que le contrat à terme de gré à gré était une couverture des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse, et donc, que les paiements en espèces à titre de règlement étaient des pertes en capital.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : La question de savoir s'il y a lieu de caractériser les gains et les pertes issus de contrats dérivés comme étant au titre du revenu ou au titre du capital dépend de la question de savoir si le contrat est considéré comme une opération de couverture ou de la spéculation. La couverture est généralement une opération qui atténue le risque, alors que la spéculation est la prise d'un risque dans le but de réaliser un profit. Les gains et les pertes issus de contrats dérivés de couverture acquièrent la qualité de l'élément d'actif, de l'élément de passif ou de l'opération sous-jacents faisant l'objet de la couverture.

La qualification d'un contrat dérivé dépend de l'objet du contrat. Bien que les manifestations subjectives de l'objet puissent parfois être pertinentes, l'intention déclarée du contribuable n'est pas décisive. Le principal indice qui permet de déterminer l'objet d'un contrat dérivé est le rattachement entre le contrat dérivé et l'élément d'actif, l'élément de passif ou l'opération sous-jacents censément couverts.

The linkage analysis begins with the identification of an underlying asset, liability or transaction which exposes the taxpayer to a particular financial risk, and then requires consideration of the extent to which the derivative contract mitigates or neutralizes the identified risk. The more effective the derivative contract is at mitigating or neutralizing the identified risk and the more closely connected the derivative contract is to the item purportedly hedged, the stronger the inference that the purpose of the derivative contract was to hedge. Perfect linkage is not required to conclude that the purpose of a derivative contract was to hedge and the method by which a derivative contract is settled is not determinative of linkage or, ultimately, purpose. The relationship between the derivative contract and transactions or assets outside of the derivative contract will very often be relevant.

While M did not immediately sell his Bank of Nova Scotia shares to offset his losses under the forward contract, the absence of a synchronous transaction used to offset gains or losses arising from a derivative contract is not equivalent to the absence of risk and is not, by itself, determinative of the characterization of a derivative contract. In this case, the substantial linkage between the forward contract and the Bank of Nova Scotia shares fully supports the conclusion that the forward contract was a hedge. The forward contract had the effect of nearly perfectly neutralizing fluctuations in the price of Bank of Nova Scotia shares, pointing to the necessary linkage.

The purpose of the forward contract as a hedging instrument is most apparent when one considers the forward contract alongside the loan and pledge agreements. The loan and pledge agreements are part of the context relevant to ascertaining the purpose of the forward contract. They gave M access to a large credit facility but required him to maintain the forward contract and to pledge, as collateral, Bank of Nova Scotia shares and all cash settlement payments owed to him pursuant to the forward contract. The credit available to M could not exceed 95 percent of the value of his pledged Bank of Nova Scotia shares, and the shares pledged as collateral matched the shares contemplated by the forward contract. This arrangement allowed M access to a large credit facility on attractive terms. It also allowed Toronto-Dominion Bank to provide the credit facility with the guarantee of collateral that was free from market fluctuation risk, since if the price of Bank of Nova Scotia shares increased, the value of M's pledged shares would increase proportionally, but if the price decreased, M would be entitled to an offsetting cash settlement payment

L'analyse du rattachement commence par l'identification d'un élément d'actif, d'un élément de passif ou d'une opération sous-jacents qui exposent le contribuable à un risque financier en particulier, puis nécessite un examen de la mesure dans laquelle le contrat dérivé atténue ou neutralise le risque identifié. Plus le contrat dérivé est efficace pour atténuer ou neutraliser le risque identifié et plus le contrat dérivé est étroitement lié à l'élément qu'il est censé couvrir, plus forte sera l'inférence que le contrat dérivé a pour fin de couvrir. Il n'est pas nécessaire que le rattachement soit parfait pour conclure que le contrat dérivé vise à couvrir et la méthode par laquelle un contrat dérivé se dénoue n'est pas déterminante en ce qui concerne le rattachement ni, en fin de compte, l'objet. La relation entre ce contrat et les opérations ou actifs qui débordent de son cadre s'avère très souvent pertinente.

Bien que M n'ait pas immédiatement vendu ses actions de la Banque de Nouvelle-Écosse pour compenser ses pertes en exécution du contrat à terme de gré à gré, l'absence d'opération synchrone utilisée pour compenser les gains ou les pertes issus d'un contrat dérivé n'équivaut pas à l'absence de risque et ne dicte pas, à elle seule, la qualification d'un contrat dérivé. En l'espèce, le rattachement substantiel entre le contrat à terme de gré à gré et les actions de la Banque de Nouvelle-Écosse étaye entièrement la conclusion selon laquelle le contrat à terme de gré à gré était une opération de couverture. Le contrat à terme de gré à gré avait pour effet de neutraliser presque parfaitement les fluctuations du prix des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse, ce qui témoigne du rattachement nécessaire.

L'objet du contrat à terme de gré à gré en tant qu'instrument de couverture est d'autant plus apparent lorsqu'on examine côte à côte le contrat à terme de gré à gré et les ententes de prêt et de nantissement. Les ententes de prêt et de nantissement font partie du contexte utile pour établir l'objet du contrat à terme de gré à gré. Elles donnaient à M accès à une importante facilité de crédit, mais l'obligeaient à maintenir en vigueur le contrat à terme de gré à gré et à donner en gage, à titre de garantie, des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse et tous les paiements en espèces à titre de règlement qui lui étaient dus en vertu du contrat à terme de gré à gré. Le crédit dont il disposait ne pouvait pas dépasser 95 p. 100 de la valeur des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse qu'il avait données en gage, et les actions données en gage à titre de garantie correspondaient aux actions envisagées par le contrat à terme de gré à gré. Ces modalités permettaient à M d'avoir accès à une facilité de crédit importante à des conditions avantageuses. Elles permettaient aussi à la Banque Toronto-Dominion de fournir la facilité de crédit avec la garantie d'une sûreté

which would automatically be pledged as collateral. This arrangement reveals the necessary linkage between M's Bank of Nova Scotia shares and the forward contract to indicate a hedging purpose.

The cash settlement payments arising from the forward contract derive their income tax treatment from the underlying Bank of Nova Scotia shares, which the parties agree were held by M on account of capital. When considered in its full and proper context, it is clear that the purpose of the forward contract was to hedge against market price fluctuations that M's Bank of Nova Scotia shares were exposed to.

Per Côté J. (dissenting): The appeal should be allowed and the trial judge's order restored. There is disagreement with the majority regarding the meaning of intent, the majority's interference with the trial judge's findings of fact and the relationship between the forward contract and M's arrangements with other entities. There is no basis for intervening in the trial judge's finding that M intended to speculate and not to hedge.

The tax characterization of the forward contract turns on the taxpayer's intent, which is determined by reviewing the taxpayer's subjective statements of intent and objective manifestations of intent. Neither the objective nor the subjective element is determinative on its own. A hedge may exist for tax purposes despite the absence of a synchronous transaction used to offset gains or losses arising from a derivative contract due to ownership risk. Ownership risk is a concept which recognizes that the owner of an asset is exposed to risks arising from fluctuations in the value of the asset, notwithstanding that the owner does not intend to sell the asset (and thereby incur a transactional risk).

The majority adopts a test which purports to be similarly anchored on a taxpayer's subjective statements and objective manifestations of intent. However, its analysis looks only to the economic effects of the derivative instrument in order to ascertain its tax character. The majority's

exempte de risque de fluctuation du marché, car si le prix des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse augmentait, la valeur des actions données en gage par M augmenterait proportionnellement; si le prix baissait, M aurait droit à un paiement en espèces à titre de règlement en guise de compensation qui serait automatiquement donné en gage comme garantie. Cet arrangement révèle le rattachement nécessaire entre les actions de la Banque de Nouvelle-Écosse détenues par M et le contrat à terme de gré à gré pour indiquer un objet de couverture.

Le traitement fiscal des paiements en espèces à titre de règlement issu du contrat à terme de gré à gré découle des actions sous-jacentes de la Banque de Nouvelle-Écosse qui, comme en conviennent les parties, étaient détenues par M à titre de capital. Lorsqu'on l'examine dans le contexte global qui lui est propre, le contrat à terme de gré à gré avait manifestement pour objet de se prémunir contre les fluctuations du prix du marché auxquelles étaient exposées les actions de la Banque de Nouvelle-Écosse détenues par M.

La juge Côté (dissidente) : L'appel devrait être accueilli et l'ordonnance de la juge de première instance rétablie. Il y désaccord avec les juges majoritaires quant à la signification de l'intention, quant à leur intervention à l'égard des conclusions de fait de la juge de première instance, et quant au rapport entre le contrat à terme de gré à gré et les ententes conclues par M avec d'autres entités. Aucune raison ne justifie d'intervenir quant à la conclusion de la juge de première instance selon laquelle M avait l'intention de spéculer et non de couvrir.

La qualification fiscale du contrat à terme de gré à gré repose sur l'intention du contribuable, laquelle est établie au moyen de l'examen des déclarations subjectives d'intention du contribuable, ainsi que des manifestations objectives de cette intention. Ni l'élément objectif ni l'élément subjectif ne sont déterminants à eux seuls. Une couverture peut exister aux fins du calcul de l'impôt malgré l'absence d'opération synchronisée utilisée pour compenser les gains ou les pertes issus d'un contrat dérivé en raison du risque lié à la propriété. Ce risque est une notion qui repose sur la reconnaissance du fait que le propriétaire d'un bien est exposé à des risques relatifs aux fluctuations de la valeur du bien, même si le propriétaire n'a pas l'intention de vendre le bien (et, de ce fait, d'encourir un risque lié à une transaction).

Les juges majoritaires adoptent un test qui se veut fondé de façon similaire sur les énoncés subjectifs et les manifestations objectives de l'intention du contribuable. Cependant, leur analyse porte seulement sur les effets économiques de l'instrument dérivé en vue de déterminer

test will introduce a significant degree of uncertainty into the tax treatment of derivative instruments, because a test which is in effect based solely on risk mitigation will have extensive repercussions for the taxation of financial derivatives.

There is disagreement with the majority on its treatment of the forward contract between M and TD Securities Inc. as an indistinguishable component of the credit facility and the securities pledge agreement between M and Toronto-Dominion Bank. It is not a court's role to prevent taxpayers from relying on the sophisticated structure of their transactions by imposing tax according to the transactions true economic and commercial effects. The tax character of the losses from the forward contract is not affected by M's arrangements with other entities. The forward contract must be considered separately from the credit facility and the securities pledge agreement. Further, in tax characterization cases, it is the intention of the taxpayer which the court is concerned with, not the intention of other entities on the other side of the taxpayer's transaction. Therefore, Toronto-Dominion Bank's interest in mitigating the risk of the Bank of Nova Scotia shares is not relevant. In order for the forward contract to constitute a hedge, it and M's ownership risk in the Bank of Nova Scotia shares must stand on their own.

There is further disagreement with the majority's three purported legal errors which they impute to the trial judge. Regarding the first error, the majority's critique amounts to a difference of opinion as to the weight to be ascribed to the forward contract's mode of settlement and to M's evidence. The trial judge correctly identified and applied the relevant legal principles. She did not treat the mode of settlement as determinative. She did not treat M's statements of intent as determinative. There is no basis for the Court to intervene. The second of the purported errors is based on a flawed reading of the trial judge's reasons. The trial judge did not deny that the law recognizes the concept of ownership risk. Rather, she found as a matter of fact that a short-term ownership risk was not a material concern to M and did not therefore inform his conduct or his intentions. With respect to the final purported error, the trial judge's reasons must be considered as a whole. She did not focus solely on the absence of ownership risk. Rather, she considered a number of objective factors and made findings of credibility and reliability which are owed deference on appeal. Absent an extricable legal error, her factual

sa qualification fiscale. Le test utilisé par les juges majoritaires introduira un important degré d'incertitude à l'égard du traitement fiscal des instruments dérivés, car un test qui est effectivement fondé uniquement sur la mitigation des risques aura des répercussions considérables sur l'imposition des instruments dérivés.

Il y a désaccord avec les juges majoritaires quant à la façon dont ils traitent le contrat à terme de gré à gré conclu entre M et Valeurs mobilières TD Inc., à savoir comme une composante indissociable de la facilité de crédit et de l'entente de nantissement conclues par M et la Banque Toronto-Dominion. Il ne revient pas aux tribunaux d'empêcher les contribuables de recourir à des structures sophistiquées pour leurs transactions, en déterminant l'obligation fiscale en fonction des effets véritables des opérations sur les plans économique et commercial. Les ententes conclues par M avec d'autres entités ne modifient pas le caractère fiscal des pertes découlant du contrat à terme de gré à gré. Ce contrat doit être traité séparément de la facilité de crédit et de l'entente de nantissement. De plus, dans les cas de qualification fiscale, c'est l'intention du contribuable qui intéresse le tribunal, et non l'intention des autres entités à l'autre extrémité des opérations du contribuable. Par conséquent, l'intérêt de la Banque Toronto-Dominion à l'égard de la mitigation du risque relatif aux actions de la Banque de Nouvelle-Écosse n'est pas pertinent. Pour que le contrat à terme de gré à gré constitue un instrument de couverture, celui-ci et le risque lié à la propriété de M dans les actions de la Banque de Nouvelle-Écosse doivent être indépendants.

Il y a également désaccord avec les juges majoritaires pour ce qui est des trois erreurs de droit qu'ils imputent à la juge de première instance. Concernant la première erreur, la critique formulée par les juges majoritaires équivaut à une divergence d'opinion quant au poids à accorder au mode de règlement du contrat à terme de gré à gré et au témoignage de M. La juge de première instance a correctement énoncé et appliqué les principes juridiques pertinents. Elle n'a traité ni le mode de règlement, ni les déclarations d'intention de M comme des éléments déterminants. Aucune raison ne justifie l'intervention de la Cour. La deuxième erreur reprochée repose sur une interprétation erronée des motifs de la juge de première instance. Celle-ci n'a pas nié que la loi reconnaît la notion de risque lié à la propriété. Elle a plutôt décidé, comme question de fait, que le risque lié à la propriété à court terme n'était pas une préoccupation importante pour M, et que cette éventualité ne guidait donc pas sa conduite ni ses intentions. Concernant la dernière erreur reprochée, il faut lire les motifs de la juge de première instance dans leur ensemble. Elle n'a pas limité son examen à l'absence du

findings that M had intended to speculate and that he had objectively manifested that intent are findings of fact that can be reviewed only for a palpable and overriding error.

Turning to the question of linkage, while the timing connection and quantum connections are imperfect, during its existence the forward contract achieved a theoretical partial economic hedge of M's ownership risk in the Bank of Nova Scotia shares. However, economic realities are not the end of the analysis. M's conduct was more consistent with that of a speculator than of a hedger, because the forward contract was cash-settled and the forward contract was an isolated transaction. On balance, the trial judge's findings of fact should not be overturned on the application of a deferential standard of review, because, while some of the objective economic indicators are consistent with an intent to hedge, there are also objective circumstances that suggest an intent to speculate.

In the final analysis, the Court should not disregard a unanimous precedent, applicable standards of review, findings of fact and a trial judge's assessment of credibility in order to square a theoretical economic hedge into the round hole of an intention-based test.

Cases Cited

By Abella J.

Considered: *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *A.-G. of Man. v. A.-G. of Can.*, [1925] 2 D.L.R. 691; *Atlantic Sugar Refineries Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 706; *Salada Foods Ltd. v. The Queen*, [1974] C.T.C. 201; *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 707; *George Weston Ltd. v. R.*, 2015 TCC 42, [2015] 4 C.T.C. 2010; **referred to:** *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082.

risque lié à la propriété. Elle a plutôt pris en considération un certain nombre de facteurs objectifs et tiré des conclusions relatives à la crédibilité et à la fiabilité, lesquelles commandent la retenue en appel. À défaut d'une erreur de droit isolable, ses conclusions de fait voulant que M ait eu l'intention de spéculer et qu'il ait manifesté objectivement cette intention sont des conclusions de fait susceptibles de révision uniquement selon la norme de l'erreur manifeste et déterminante.

Pour ce qui est de la question du rattachement, bien que le lien temporel et le lien quant au quantum soient imparfaits, pendant la durée de son existence, le contrat à terme de gré à gré offrait théoriquement une couverture partielle économique du risque relatif à la propriété auquel était exposé M en ce qui concerne les actions de la Banque de Nouvelle-Écosse. Toutefois, l'analyse ne s'arrête pas à la réalité économique. M a davantage agi comme une personne qui spéculait plutôt que comme une personne qui effectuait une opération de couverture, parce que le contrat à terme de gré à gré devait être réglé en espèces et qu'il constituait une opération isolée. Tout bien considéré, les conclusions de fait de la juge de première instance ne devraient pas être infirmées sur la base d'une norme de contrôle qui commande la déférence, parce que, même si certains indicateurs économiques objectifs sont compatibles avec une intention de couvrir, il existe également des circonstances objectives tendant à indiquer une intention de spéculer.

En dernière analyse, la Cour ne peut faire fi d'une jurisprudence unanime, des normes de contrôle applicables, des conclusions de fait et de l'appréciation de la crédibilité faite par la juge de première instance à seule fin d'appliquer le test axé sur l'intention à une opération de couverture économique théorique, ce qui équivalait à faire passer un chameau par le chas d'une aiguille.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts examinés : *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *A.-G. of Man. c. A.-G. of Can.*, [1925] 2 D.L.R. 691; *Atlantic Sugar Refineries Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 706; *Salada Foods Ltd. c. The Queen*, [1974] C.T.C. 201; *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 707; *George Weston Limited c. La Reine*, 2015 CCI 42; **arrêts mentionnés :** *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, 2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082.

By Côté J. (dissenting)

Underwood v. Ocean City Realty Ltd. (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082; *George Weston Ltd. v. R.*, 2015 TCC 42, [2015] 4 C.T.C. 2010; *Barrick Gold Corp. v. R.*, 2017 TCC 18, [2017] 3 C.T.C. 2103; *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 707; *Atlantic Sugar Refineries Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 706; *Salada Foods Ltd. v. The Queen*, [1974] C.T.C. 201; *Canada Safeway Ltd. v. R.*, 2008 FCA 24, [2008] 2 C.T.C. 149; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Canada v. Shell Canada Ltd.*, [1998] 3 F.C. 64; *R. v. Javanmardi*, 2019 SCC 54, [2019] 4 S.C.R. 3; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 3.

Authors Cited

Balmer, Alexandra G. *Regulating Financial Derivatives: Clearing and Central Counterparties*. Northampton, Mass.: Edward Elgar Publishing, 2018.

Beitel, Jeremie. “Hedging Transactions — MacDonald Reversed” (2018), 66 *Can. Tax J.* 919.

Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2019, release 2).

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee, and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto: Carswell, 2010.

Krishna, Vern. *Income Tax Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.

Li, Jinyan, Joanne Magee, and J. Scott Wilkie. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 9th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël C.J. and Pelletier and de Montigny J.J.A.), 2018 FCA 128, [2019] 2 F.C.R. 302, 2018 D.T.C. 5077, [2019] 3 C.T.C. 79, [2018] F.C.J. No. 680 (QL), 2018 CarswellNat 3400 (WL Can.), setting aside a decision of Lafleur J., 2017 TCC 157, [2018] 1 C.T.C. 2239, 2017 D.T.C. 1104, [2017]

Citée par la juge Côté (dissidente)

Underwood c. Ocean City Realty Ltd. (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, 2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082; *George Weston Limited c. La Reine*, 2015 CCI 42; *Barrick Gold Corporation c. La Reine*, 2017 CCI 18; *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 707; *Atlantic Sugar Refineries Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 706; *Salada Foods Ltd. c. The Queen*, [1974] C.T.C. 201; *Canada Safeway Limited c. Canada*, 2008 CAF 24; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Canada c. Shell Canada Ltée*, [1998] 3 C.F. 64; *R. c. Javanmardi*, 2019 CSC 54, [2019] 4 R.C.S. 3; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 3.

Doctrine et autres documents cités

Balmer, Alexandra G. *Regulating Financial Derivatives: Clearing and Central Counterparties*. Northampton (Mass.), Edward Elgar Publishing, 2018.

Beitel, Jeremie. « Hedging Transactions — MacDonald Reversed » (2018), 66 *Rev. fisc. can.* 919.

Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2019, release 2).

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee, and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed., Toronto: Carswell, 2010.

Krishna, Vern. *Income Tax Law*, 2nd ed., Toronto: Irwin Law, 2012.

Li, Jinyan, Joanne Magee, and J. Scott Wilkie. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 9th ed., Toronto: Thomson Reuters, 2017.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Noël et les juges Pelletier et de Montigny), 2018 CAF 128, [2019] 2 R.C.F. 302, 2018 D.T.C. 5077, [2019] 3 C.T.C. 79, [2018] A.C.F. n° 680 (QL), 2018 CarswellNat 3823 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Lafleur, 2017 CCI 157, [2018] 1 C.T.C. 2239, 2017 D.T.C. 1104, [2017]

T.C.J. No. 121 (QL), 2017 CarswellNat 3934 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

Matthew Milne-Smith, Elie S. Roth, Stephen S. Ruby and Chenyang Li, for the appellant.

Daniel Bourgeois and Eric Noble, for the respondent.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — This appeal deals with what are known as derivative contracts. Whether gains and losses from these contracts are to be characterized as on income account or on capital account depends on whether the contract is considered a hedge or speculation. A hedge is generally a transaction which mitigates risk, while speculation is the taking on of risk with a view to earning a profit.

[2] James S. A. MacDonald has over 40 years of capital markets and corporate finance experience. He was the head of mergers and acquisitions at McLeod Young Weir, a brokerage firm engaged in various aspects of corporate finance, when the firm was acquired by the Bank of Nova Scotia in 1988. As a result of this acquisition, Mr. MacDonald became the owner of 183,333 common shares of the Bank of Nova Scotia. He continued his career as an executive at the Bank until March 1997 when he left to start another company.

[3] Shortly after he left the Bank of Nova Scotia, the Toronto-Dominion Bank offered Mr. MacDonald a credit facility for up to \$10.5 million. Under the terms of the offer, Mr. MacDonald was required to pledge Bank of Nova Scotia shares as partial security for the credit facility and the credit available to him would not exceed 95 percent of the value of these pledged shares. The credit offer also contemplated

T.C.J. No. 121 (QL), 2017 CarswellNat 9106 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

Matthew Milne-Smith, Elie S. Roth, Stephen S. Ruby et Chenyang Li, pour l'appelant.

Daniel Bourgeois et Eric Noble, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le présent pourvoi porte sur ce qu'on appelle les contrats dérivés. La question de savoir s'il y a lieu de caractériser les gains et les pertes issus de ces contrats comme étant au titre du revenu ou au titre du capital dépend de la question de savoir si le contrat est considéré comme une opération de couverture ou de la spéculation. La couverture est généralement une opération qui atténue le risque, alors que la spéculation est la prise d'un risque dans le but de réaliser un profit.

[2] James S. A. MacDonald a plus de 40 ans d'expérience dans les domaines des marchés financiers et du financement des entreprises. Il était directeur du service des fusions et acquisitions chez McLeod Young Weir, un cabinet de courtage qui s'occupait de divers aspects du financement des entreprises, lorsque le cabinet a été acquis par la Banque de Nouvelle-Écosse en 1988. À la suite de cette acquisition, M. MacDonald a obtenu 183 333 actions ordinaires de la Banque de Nouvelle-Écosse. Il a poursuivi sa carrière comme cadre à la Banque jusqu'en mars 1997, lorsqu'il a quitté son poste pour démarrer une autre entreprise.

[3] Peu de temps après que M. MacDonald eut quitté la Banque de Nouvelle-Écosse, la Banque Toronto-Dominion lui a offert une facilité de crédit à hauteur de 10,5 millions de dollars. Selon les modalités de cette offre, M. MacDonald devait donner en gage des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse en garantie partielle de la facilité de crédit et le crédit à sa disposition ne dépasserait pas 95 p. 100 de la valeur

and required the existence of a “forward contract” as part of the pledge.

[4] A forward contract is an agreement for the purchase/sale of an asset at an agreed future date. More technically, a forward contract is a type of derivative contract that creates an obligation for one party to sell, and another party to buy, an underlying asset (“Reference Asset”) at a pre-determined future date (“Forward Date”) and at a pre-determined price (“Forward Price”) (*Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, [2006] 1 S.C.R. 715, at para. 30; Margaret E. Grotenthaler and Philip J. Henderson, *The Law of Financial Derivatives in Canada* (loose-leaf), at p. 1-5).

[5] Forward contracts can be settled by physical delivery of the underlying asset, or “cash settled” by one party paying the other based on whether the Forward Price is higher or lower than the market price on the Forward Date (*Placer Dome*, at para. 31; Grotenthaler and Henderson, at p. 11-18). In either case, forward contracts essentially function to “remove uncertainties relating to future price changes” of the Reference Asset (Alexandra G. Balmer, *Regulating Financial Derivatives: Clearing and Central Counterparties* (2018), at p. 24).

[6] Mr. MacDonald entered into the forward contract with TD Securities Inc. on June 26, 1997. The Reference Assets underlying the forward contract were 165,000 Bank of Nova Scotia shares. The forward contract was to be cash settled and was structured so that Mr. MacDonald would make money if the Bank of Nova Scotia stock price decreased. Specifically,

- (a) if the 165,000 Bank of Nova Scotia shares decreased in value, TD Securities would pay Mr. MacDonald the full amount of the decrease (i.e., the amount by which the Forward Price exceeded the actual market price on the Forward

de ces actions données en gage. L’offre de crédit prévoyait également qu’un « contrat à terme de gré à gré » devait faire partie du gage.

[4] Un contrat à terme de gré à gré est une entente ayant pour objet l’achat et la vente d’un actif à une date future dont conviennent les parties. Sur un plan plus technique, un contrat à terme de gré à gré est un type de contrat dérivé qui oblige une partie à vendre, et une autre à acheter, un actif sous-jacent (« actif de référence ») à une date fixée d’avance (« date d’échéance ») et à un prix fixé d’avance (« prix à terme ») (*Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 30; Margaret E. Grotenthaler et Philip J. Henderson, *The Law of Financial Derivatives in Canada* (feuilles mobiles), p. 1-5).

[5] Les contrats à terme de gré à gré peuvent se dénouer par la livraison physique de l’actif sous-jacent, ou être « réglés en espèces » par une partie qui paie l’autre selon que le prix à terme est supérieur ou inférieur au prix du marché à la date d’échéance (*Placer Dome*, par. 31; Grotenthaler et Henderson, p. 11-18). Dans un cas comme dans l’autre, les contrats à terme de gré à gré ont essentiellement pour fonction de [TRADUCTION] « lever les incertitudes relatives aux changements de prix futurs » de l’actif de référence (Alexandra G. Balmer, *Regulating Financial Derivatives : Clearing and Central Counterparties* (2018), p. 24).

[6] Monsieur MacDonald a conclu le contrat à terme de gré à gré avec Valeurs mobilières TD Inc. le 26 juin 1997. Les éléments d’actif de référence sous-jacents à ce contrat étaient 165 000 actions de la Banque de Nouvelle-Écosse. Le contrat à terme de gré à gré devait être réglé en espèces et a été structuré de façon à ce que M. MacDonald fasse de l’argent si le cours de l’action de la Banque de Nouvelle-Écosse baissait. En particulier,

- a) si la valeur des 165 000 actions de la Banque de Nouvelle-Écosse baissait, Valeurs mobilières TD paierait à M. MacDonald le plein montant de la baisse (c.-à-d. le montant duquel le prix à terme dépassait le prix réel du marché à la date

Date multiplied by the number of Bank of Nova Scotia shares (165,000));

and

(b) if the 165,000 Bank of Nova Scotia shares increased in value, Mr. MacDonald would pay TD Securities the full amount of the increase (i.e., the amount by which the Forward Price fell below the actual market price on the Forward Date, multiplied by the number of Bank of Nova Scotia shares (165,000)).

[7] Payments made pursuant to the forward contract were known as “Cash Settlement Payments”. Mr. MacDonald had the option of terminating the contract early by making appropriate Cash Settlement Payments. He did so on several occasions with respect to a number of shares, which had the effect of correspondingly reducing the number of shares included under the forward contract.

[8] On July 2, 1997, Mr. MacDonald signed a pledge agreement, whereby he pledged 165,000 of his Bank of Nova Scotia shares and any Cash Settlement Payments he was entitled to receive from the forward contract as security for the credit facility. He formally accepted the credit offer shortly after on July 7, 1997.

[9] The parties originally set a Forward Date of June 26, 2002, but the contract was extended and amended several times before it was terminated on March 29, 2006.

[10] During the life of the forward contract, the price of Bank of Nova Scotia shares increased and Mr. MacDonald made Cash Settlement Payments totaling approximately \$10 million.

[11] In computing his income for his 2004, 2005 and 2006 taxation years, Mr. MacDonald took the position that he used the forward contract for speculation,

d’échéance, multiplié par le nombre d’actions de la Banque de Nouvelle-Écosse (165 000));

et

b) si la valeur des 165 000 actions de la Banque de Nouvelle-Écosse augmentait, M. MacDonald paierait à Valeurs mobilières TD le plein montant de l’augmentation (c.-à-d. le montant duquel le prix à terme était inférieur au prix réel du marché à la date d’échéance, multiplié par le nombre d’actions de la Banque de Nouvelle-Écosse (165 000)).

[7] Les paiements faits en exécution du contrat à terme de gré à gré étaient appelés [TRADUCTION] « paiements en espèces à titre de règlement ». Monsieur MacDonald avait la possibilité de résilier le contrat par anticipation en faisant les paiements en espèces à titre de règlement appropriés. Il l’a fait à plusieurs occasions à l’égard d’un certain nombre d’actions, ce qui avait pour effet de réduire proportionnellement le nombre d’actions comprises dans le contrat à terme de gré à gré.

[8] Le 2 juillet 1997, M. MacDonald a signé une entente de nantissement par laquelle il a donné en gage, en garantie de la facilité de crédit, 165 000 de ses actions de la Banque de Nouvelle-Écosse et les paiements en espèces à titre de règlement qu’il avait le droit de recevoir en exécution du contrat à terme de gré à gré. Peu de temps après, soit le 7 juillet 1997, il a formellement accepté l’offre de crédit.

[9] Les parties avaient initialement fixé la date d’échéance au 26 juin 2002, mais le contrat a été prolongé et modifié plusieurs fois avant d’être résilié le 29 mars 2006.

[10] Pendant la durée du contrat à terme de gré à gré, le prix des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse a augmenté et M. MacDonald a fait des paiements en espèces à titre de règlement totalisant environ 10 millions de dollars.

[11] En calculant son revenu pour ses années d’imposition 2004, 2005 et 2006, M. MacDonald a estimé s’être servi du contrat à terme de gré à gré à des fins

not hedging and, on this basis, characterized the Cash Settlement Payments as income losses deductible against income from other sources. The Minister of National Revenue reassessed Mr. MacDonald and characterized the Cash Settlement Payments as capital losses — which could only be deducted against capital gains — on the basis that the forward contract was a hedge of the Bank of Nova Scotia shares Mr. MacDonald held on account of capital.

[12] Mr. MacDonald filed notices of objection and appealed the reassessments to the Tax Court of Canada ([2018] 1 C.T.C. 2239).

[13] The trial judge held that Mr. MacDonald's sole intention in entering into the forward contract was to speculate, not hedge and that there was no linkage between the forward contract and Mr. MacDonald's Bank of Nova Scotia shares. On this basis, she concluded that the forward contract was a speculative instrument and the Cash Settlement Payments were properly characterized as losses on account of income.

[14] Writing for a unanimous court, Noël C.J. allowed the Crown's appeal ([2019] 2 F.C.R. 302). In his view, intention is not a condition precedent to hedging: a derivative contract will be a hedging instrument if the party entering into the contract owns assets exposed to risk from market fluctuation, the contract neutralizes or mitigates this risk, and the party entering into the contract understands the contract's nature. These requirements were met in this case since Mr. MacDonald owned Bank of Nova Scotia shares exposed to risk from market fluctuation, the forward contract had the effect of neutralizing that risk, and Mr. MacDonald understood that it had this effect. Mr. MacDonald's testimony regarding his intentions could not overwhelm these facts. For these reasons, Noël C.J. concluded that the forward contract was a hedge of Mr. MacDonald's

de spéculation, non de couverture, et, pour cette raison, il a décrit les paiements en espèces à titre de règlement comme des pertes de revenu déductibles de revenus provenant d'autres sources. Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard de M. MacDonald et a décrit les paiements en espèces à titre de règlement comme des pertes en capital — qui ne pouvaient être déduites que des gains en capital — vu que le contrat à terme de gré à gré était une opération de couverture des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse que possédait M. MacDonald au titre du capital.

[12] Monsieur MacDonald a déposé des avis d'opposition et a interjeté appel des nouvelles cotisations à la Cour canadienne de l'impôt (2017 CCI 157).

[13] La juge de première instance a statué que la seule intention de M. MacDonald, au moment de conclure le contrat à terme de gré à gré, était de spéculer, et non de couvrir, et qu'il n'y avait aucun rattachement entre le contrat à terme de gré à gré et les actions de la Banque de Nouvelle-Écosse que possédait M. MacDonald. La juge a donc conclu que le contrat à terme de gré à gré était un instrument de spéculation et que les paiements en espèces à titre de règlement avaient été qualifiés à bon droit de pertes au titre du revenu.

[14] S'exprimant au nom de la cour à l'unanimité, le juge en chef Noël a accueilli l'appel du ministère public ([2019] 2 R.C.F. 302). À son avis, l'intention n'est pas une condition préalable à une opération de couverture : un contrat dérivé est un instrument de couverture si la partie qui conclut le contrat détient des biens exposés à un risque de fluctuation du marché, si le contrat a pour effet de neutraliser ou d'atténuer ce risque et si la partie qui conclut le contrat comprend la nature de celui-ci. Ces conditions ont été remplies en l'espèce, puisque M. MacDonald détenait des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse exposées à un risque de fluctuation du marché, le contrat à terme de gré à gré avait pour effet de neutraliser ou d'atténuer ce risque et M. MacDonald comprenait qu'il avait cet effet. Le témoignage de M. MacDonald quant à ses intentions ne pouvait

Bank of Nova Scotia shares and, therefore, the Cash Settlement Payments were capital losses.

[15] For the following reasons, I would dismiss the appeal.

Analysis

[16] The basis for determining the income of a taxpayer is found in s. 3 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.):

3. The income of a taxpayer for a taxation year for the purposes of this Part is the taxpayer's income for the year determined by the following rules:

(a) determine the total of all amounts each of which is the taxpayer's income for the year (other than a taxable capital gain from the disposition of a property) from a source inside or outside Canada, including, without restricting the generality of the foregoing, the taxpayer's income for the year from each office, employment, business and property,

(b) determine the amount, if any, by which

(i) the total of

(A) all of the taxpayer's taxable capital gains for the year from dispositions of property other than listed personal property, and

(B) the taxpayer's taxable net gain for the year from dispositions of listed personal property,

exceeds

(ii) the amount, if any, by which the taxpayer's allowable capital losses for the year from dispositions of property other than listed personal property exceed the taxpayer's allowable business investment losses for the year,

pas supplanter ces faits. Pour ces motifs, le juge en chef Noël a conclu que le contrat à terme de gré à gré était une couverture des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse que détenait M. MacDonald et, partant, que les paiements en espèces à titre de règlement étaient des pertes en capital.

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

Analyse

[16] Les règles de base qui servent à déterminer le revenu d'un contribuable se trouvent à l'art. 3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) :

3. Pour déterminer le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, pour l'application de la présente partie, les calculs suivants sont à effectuer :

a) le calcul du total des sommes qui constituent chacune le revenu du contribuable pour l'année (autre qu'un gain en capital imposable résultant de la disposition d'un bien) dont la source se situe au Canada ou à l'étranger, y compris, sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, le revenu tiré de chaque charge, emploi, entreprise et bien;

b) le calcul de l'excédent éventuel du montant visé au sous-alinéa (i) sur le montant visé au sous-alinéa (ii) :

(i) le total des montants suivants :

(A) ses gains en capital imposables pour l'année tirés de la disposition de biens, autres que des biens meubles déterminés,

(B) son gain net imposable pour l'année tiré de la disposition de biens meubles déterminés,

(ii) l'excédent éventuel de ses pertes en capital déductibles pour l'année, résultant de la disposition de biens autres que des biens meubles déterminés sur les pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise pour l'année, subies par le contribuable;

...

(d) determine the amount, if any, by which the amount determined under paragraph (c) exceeds the total of all amounts each of which is the taxpayer's loss for the year from an office, employment, business or property or the taxpayer's allowable business investment loss for the year[.]

[17] In *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, Major J. explained that s. 3 of the *Income Tax Act*

recognizes two basic categories of income: "ordinary income" from office, employment, business and property, all of which are included in s. 3(a), and income from a capital source, or capital gains which are covered by s. 3(b). The whole structure of the *Income Tax Act* reflects the basic distinction recognized in the Canadian tax system between income and capital gain. [p. 111]

[18] Financial derivatives are "contracts whose value is based on the value of an underlying asset, reference rate, or index" (*Placer Dome*, at para. 29). Depending on the circumstances, gains and losses arising from derivative contracts may be taxable either as income or capital. There are two basic types of derivative contracts which form the building blocks for more complex structures: forward contracts and options. Though both forward contracts and options are about the future purchase/sale of assets, forward contracts create a mutual obligation to buy/sell, while options provide one party the right, but not the obligation, to purchase/sell the asset (*Placer Dome*, at para. 30; *Grottenthaler and Henderson*, at p. 1-4).

[19] Regardless of the type, derivative contracts are used for two purposes:

- "to speculate on the movement of the underlying asset, reference rate or index";

or

...

d) le calcul de l'excédent éventuel de l'excédent calculé selon l'alinéa c) sur le total des pertes subies par le contribuable pour l'année qui résultent d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise ou d'un bien et des pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise subies par le contribuable pour l'année;

[17] Dans *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, le juge Major a expliqué que l'art. 3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

reconnaît deux catégories fondamentales de revenus : le « revenu ordinaire » tiré d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise et d'un bien, qui sont tous visés par l'al. 3a), et le revenu tiré de biens en immobilisation, ou les gains en capital, qui sont visés par l'al. 3b). Toute la structure de la *Loi de l'impôt sur le revenu* reflète cette distinction de base, reconnue dans le régime fiscal canadien, entre le revenu et le gain en capital. [p. 111]

[18] Les instruments financiers dérivés sont « des contrats dont la valeur devient fonction de celle d'un actif, d'un taux de référence ou d'un indice qui lui est sous-jacent » (*Placer Dome*, par. 29). Selon les circonstances, les gains ou les pertes issus de contrats dérivés peuvent être imposables au titre du revenu ou du capital. Il y a deux types fondamentaux de contrats dérivés, qui forment les éléments de base de structures plus complexes : les contrats à terme de gré à gré et les options. Même si les contrats à terme de gré à gré et les options ont tous les deux pour objet l'achat ou la vente futur d'actifs, les contrats à terme de gré à gré créent une obligation réciproque d'acheter et de vendre, tandis que les options confèrent à une partie le droit, et non l'obligation, d'acheter ou de vendre l'actif (*Placer Dome*, par. 30; *Grottenthaler et Henderson*, p. 1-4).

[19] Indépendamment du type, les contrats dérivés sont utilisés à deux fins :

- « soit la spéculation sur les fluctuations de la valeur de l'actif, du taux de référence ou de l'indice sous-jacent »;

- “to hedge exposure to a particular financial risk such as the risk posed by volatility in the prices of commodities” (*Placer Dome*, at para. 29).
- « soit la volonté de couvrir une position exposée à un risque financier particulier, comme celui que présente la volatilité des prix des marchandises » (*Placer Dome*, par. 29).

[20] The income tax treatment of gains and losses arising from derivative contracts depends on whether the derivative contract is characterized as a hedge or speculation. Gains and losses arising from hedging derivative contracts take on the character of the underlying asset, liability or transaction being hedged (*Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at paras. 68-70). In contrast, speculative derivative contracts are characterized on their own terms, independent of an underlying asset or transaction.

[21] In this case, there is no dispute that Mr. MacDonald’s Bank of Nova Scotia shares are a capital asset and that if the forward contract was a hedge of those shares, the Cash Settlement Payments will be characterized as capital losses. There is also no dispute that if the forward contract was not a hedge of Mr. MacDonald’s Bank of Nova Scotia shares, the Cash Settlement Payments will be characterized as income losses.

[22] A long line of jurisprudence supports the conclusion that the characterization of a derivative contract as a hedge turns on the contract’s purpose. Purpose is ascertained objectively (*Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, at para. 54). While subjective manifestations of purpose may sometimes be relevant, the taxpayer’s stated intention, as Noël C.J. noted, is not determinative. The taxpayer’s conduct is generally more revealing than “*ex post facto* declarations” of the taxpayer (Vern Krishna, *Income Tax Law* (2nd ed. 2012), at p. 161; see also Jinyan Li, Joanne Magee and J. Scott Wilkie, *Principles of Canadian Income Tax Law* (9th ed. 2017), at p. 296). As the cases demonstrate, the primary source of ascertaining a derivative contract’s purpose is the linkage between the derivative contract and any underlying asset, liability or

[20] Le traitement fiscal des gains et des pertes issus de contrats dérivés dépend de la question de savoir si le contrat dérivé est qualifié de couverture ou de spéculation. Les gains et les pertes issus de contrats dérivés de couverture acquièrent la qualité de l’élément d’actif, de l’élément de passif ou de l’opération sous-jacents faisant l’objet de la couverture (*Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 68-70). En revanche, les contrats dérivés spéculatifs sont qualifiés suivant leurs propres modalités, indépendamment d’un élément d’actif ou d’une opération sous-jacents.

[21] En l’espèce, nul ne conteste que les actions de la Banque de Nouvelle-Écosse que détenait M. MacDonald sont une immobilisation et que si le contrat à terme de gré à gré était une opération de couverture de ces actions, les paiements en espèces à titre de règlement seront qualifiés de pertes en capital. Nul ne conteste non plus que si le contrat à terme de gré à gré n’était pas une opération de couverture des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse que détenait M. MacDonald, les paiements en espèces à titre de règlement seront qualifiés de pertes au titre du revenu.

[22] Un long courant jurisprudentiel permet de conclure que la qualification d’un contrat dérivé comme opération de couverture dépend de l’objet du contrat. L’objet est déterminé objectivement (*Enterprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, par. 54). Bien que les manifestations subjectives de l’objet puissent parfois être pertinentes, l’intention déclarée du contribuable n’est pas décisive, comme l’a fait remarquer le juge en chef Noël. La conduite du contribuable est généralement plus révélatrice que ses [TRANSCRIPTION] « déclarations *ex post facto* » (Vern Krishna, *Income Tax Law* (2^e éd. 2012), p. 161; voir aussi Jinyan Li, Joanne Magee et J. Scott Wilkie, *Principles of Canadian Income Tax Law* (9^e éd. 2017), p. 296). Comme le démontre la jurisprudence, le principal indice qui permet de déterminer l’objet d’un contrat dérivé est le rattachement

transaction purportedly hedged. The more closely the derivative contract is linked to the item it is said to hedge, the stronger the inference that the purpose of the derivative contract was hedging.

[23] *A.-G. of Man. v. A.-G. of Can.*, [1925] 2 D.L.R. 691 (P.C.), provides an early description of hedging and of the importance “purpose” and “linkage” play in defining a derivative contract as a hedge. In that case, the Judicial Committee of the Privy Council reviewed the Manitoba legislature’s authority to enact the *Grain Futures Taxation Act*, S.M. 1923, c. 17, which imposed a tax on gains arising from grain futures (a type of derivative instrument similar to a forward contract). In finding the statute *ultra vires*, Viscount Haldane described the use of grain futures as “hedged”, noting that grain sellers use grain futures to “guard against” and “avoid possible loss from a drop in market-price” while waiting to sell their grain on the market (p. 694). He observed that the grain seller does this by buying and selling grain futures equivalent to the quantity of grain actually held with an “aim . . . to eliminate the risk which he runs from fluctuations in the general market-price while waiting to sell what he actually possesses” (p. 694 (emphasis added)). As Viscount Haldane’s description implies, the linkage between the underlying asset (the grain possessed) and the derivative contract (the grain futures) is central in defining the contract’s purpose.

[24] A similar understanding of hedging was applied in *Atlantic Sugar Refineries Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 706, where this Court explored the bounds of linkage. The issue was how to characterize a sugar refinery’s earnings arising from entering into sugar futures under the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97. In concluding that the futures were a hedge, Kerwin J. observed that the subject of the derivative contract was the same as the taxpayer’s business (raw sugar) and found that

entre le contrat dérivé et l’élément d’actif, l’élément de passif ou l’opération sous-jacents censément couverts. Plus le contrat dérivé sera étroitement lié à ce qui est censé être couvert, plus forte sera l’inférence selon laquelle l’objet du contrat dérivé était la couverture.

[23] L’arrêt *A.-G. of Man. c. A.-G. of Can.*, [1925] 2 D.L.R. 691 (C.P.), fournit une des premières descriptions de l’opération de couverture et de l’importance qu’ont l’« objet » et le « rattachement » dans la définition du contrat dérivé comme couverture. Dans cette affaire, le Comité judiciaire du Conseil privé a examiné le pouvoir de la législature manitobaine d’édicter la *Grain Futures Taxation Act*, S.M. 1923, c. 17, qui imposait une taxe sur les gains issus des marchés de grain à terme (un type d’instrument dérivé similaire à un contrat à terme de gré à gré). En concluant que la loi était *ultra vires*, le vicomte Haldane a qualifié le recours aux marchés de grain à terme d’[TRADUCTION] « opérations de couverture », faisant observer que les vendeurs de grain avaient recours aux marchés de grain à terme pour « se prémunir » et « éviter d’éventuelles pertes causées par une chute du prix du marché » en attendant de vendre leur grain sur le marché (p. 694). Il a fait remarquer que le vendeur de grain fait cela en achetant et en vendant des marchés de grain à terme équivalents à la quantité de grain réellement détenue dans le [TRADUCTION] « but [. . .] d’éliminer le risque qu’il court en raison des fluctuations du prix du marché général en attendant de vendre ce qu’il possède réellement » (p. 694 (je souligne)). Comme le laisse entendre la description du vicomte Haldane, le rattachement entre l’actif sous-jacent (le grain possédé) et le contrat dérivé (les marchés de grain à terme) est essentiel à la détermination de l’objet du contrat.

[24] Une interprétation semblable de la couverture a été appliquée dans l’arrêt *Atlantic Sugar Refineries Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 706, où notre Cour a étudié les limites du rattachement. La question en litige était de savoir comment caractériser les gains d’une raffinerie de sucre issus de la conclusion d’un contrat à terme du sucre au regard de la *Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, c. 97. En concluant que le contrat à terme était une opération de couverture, le juge

the purpose of the sugar futures was “to offset losses either actual or feared” from the taxpayer’s purchase of higher-than-normal quantities of raw sugar during wartime conditions (p. 707). He concluded that the profits from these futures were sufficiently connected to the taxpayer’s business operations such that they should be treated the same way as its other business earnings. It was added by Locke J., in concurring reasons, that although the futures were not entered into at the exact time the raw sugar was purchased, this lack of synchronized timing did not change the essential nature of the futures as a hedge. Locke J. concluded that the futures were a hedge despite testimony of the president of the taxpayer company that the sales “were not in the nature of hedges but speculative transactions” (p. 710).

[25] *Salada Foods Ltd. v. The Queen*, [1974] C.T.C. 201 (F.C.T.D.), provides an example of how an insufficient connection will lead to the conclusion that the derivative contract was entered into for speculation, not hedging purposes. In that case, Salada Foods entered into a forward sale contract for £500,000 with the Canadian Imperial Bank of Commerce, from which it realized a substantial profit. Salada Foods argued that the contract was entered into with the sole purpose of protecting the value of its investment in its U.K. subsidiaries (which it considered capital assets). It submitted, therefore, that gains arising from this contract should be taxed as capital gains. Urie J. rejected the argument, noting that the value of the forward sale contract did not align with the value of Salada Food’s investments into its subsidiaries, and that there was “little or no relationship between the gain received by [Salada Foods] on its forward sale contract and its actual investment loss occurring as a result of the devaluation of the pound” (p. 206). As a result, notwithstanding Salada Food’s stated intentions, Urie J. found that the purpose of the forward sale contract was speculative, and concluded

Kerwin a fait remarquer que le sujet du contrat dérivé était le même que l’entreprise de la contribuable (le sucre brut) et il a conclu que l’objet du contrat à terme du sucre était [TRADUCTION] « de compenser les pertes, réelles ou appréhendées » issues de l’achat par la contribuable de quantités supérieures à la normale de sucre brut pendant que prévalent des conditions de temps de guerre (p. 707). Il a conclu que les profits réalisés sur ces contrats à terme étaient suffisamment liés aux opérations commerciales de la contribuable, si bien qu’ils devaient être traités de la même façon que ses autres revenus d’entreprise. Dans ses motifs concordants, le juge Locke a ajouté que même si le contrat à terme n’avait pas été conclu au moment même où le sucre brut a été acheté, ce décalage chronologique ne modifiait pas la nature essentielle du contrat à terme comme couverture. Le juge Locke a conclu que le contrat à terme était une opération de couverture, malgré le témoignage du président de la contribuable selon lequel les ventes [TRADUCTION] « n’étaient pas de la nature de couvertures, mais des opérations spéculatives » (p. 710).

[25] L’arrêt *Salada Foods Ltd. c. La Reine*, [1974] C.T.C. 201 (C.F. 1^{re} inst.), est un exemple de cas où un lien insuffisant mènera à la conclusion que le contrat dérivé a été signé à des fins de spéculation, et non de couverture. Dans cette affaire, Salada Foods avait conclu un contrat de vente à terme pour 500 000 £ avec la Banque Canadienne Impériale de Commerce, duquel elle a réalisé un profit substantiel. Salada Foods a plaidé que le contrat avait été conclu dans le seul but de protéger la valeur de son investissement dans ses filiales du Royaume-Uni (qu’elle considérait être des immobilisations). Elle a fait valoir, par conséquent, que les gains issus de ce contrat devaient être imposés à titre de gains en capital. Le juge Urie a rejeté l’argument, faisant remarquer que la valeur du contrat de vente à terme ne correspondait pas à la valeur des investissements de Salada Foods dans ses filiales et « qu’il n’y [avait] qu’un faible lien ou aucun entre le profit qu’ [avait] touché [Salada Foods] sur le contrat de vente à terme et sa véritable perte d’investissement résultant de la dévaluation de la livre » (p. 206). En conséquence, malgré les intentions déclarées de Salada Foods, le

that gains arising from it were taxable on account of income.

[26] The definition of hedging and the required sufficiency of linkage were further discussed in *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 707. The issue was whether income from the settlement of forward sales contracts for the delivery of silver counted as “resource profits” within the meaning s. 1204(1) of the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945. MacKay J. found that the resolution of the case required a determination as to whether the forward sales contracts were a hedge of the mine’s silver production. This in turn required consideration of the following:

... under generally accepted accounting principles [GAAP], a producer’s gain or loss from its execution of forward sales contracts may be considered a “hedge” and therefore matched against the production of the goods produced, if four conditions are met

1. The item to be hedged exposes the enterprise to price (or interest rate) risk.
2. The futures contract reduces that exposure and is designated as a hedge.
3. The significant characteristics and expected terms of the anticipated transactions are identified.
4. It is probable that the anticipated transaction will occur. [pp. 715-16]

[27] MacKay J. concluded that despite imperfect symmetry between the quantum of the forward contracts and the actual production from the mine, and between the timing of production sales and the settlement of the forward contracts, “[e]xact matching was not feasible from a practical point of view, nor is it required in order to constitute hedging” (p. 731). He held that the linkage between the forward contracts and the mine’s production was sufficient to support the conclusion that the purpose of the forward contracts was to hedge against price fluctuations

juge Urie a conclu que le contrat de vente à terme avait un but spéculatif et que les gains qui en étaient issus étaient imposables au titre du revenu.

[26] La définition de la couverture et la suffisance du rattachement nécessaire ont été analysées plus à fond dans *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 707. Le point litigieux à trancher était de savoir si le revenu provenant de la liquidation de contrats de vente à terme pour la livraison d’argent pouvait être assimilé aux « bénéfices relatifs à des ressources » au sens du par. 1204(1) du *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C., c. 945. Le juge MacKay a conclu que pour trancher l’affaire, il fallait décider si les contrats de vente à terme étaient une couverture de la production d’argent de la mine. Il fallait par conséquent prendre en compte ce qui suit :

... selon les principes comptables généralement reconnus, le bénéfice réalisé ou la perte subie par le producteur à la liquidation du contrat de vente à terme peut être considéré comme une « couverture » et par conséquent mis sur le compte de la marchandise effectivement produite, si quatre conditions sont réunies. . .

- [TRADUCTION] 1. La marchandise à couvrir expose l’entreprise au risque de fluctuation du prix (ou du taux d’intérêt).
2. Le contrat de vente à terme réduit ce risque et est considéré comme une couverture.
 3. Les caractéristiques et les stipulations de l’opération prévue sont précisées.
 4. Il est probable que l’opération prévue aura lieu. [p. 715-716]

[27] Le juge MacKay a conclu que malgré la symétrie imparfaite entre le montant des contrats à terme et la production réelle de la mine, et entre la chronologie des ventes de production et le dénouement des contrats à terme, « [l]a concordance exacte n’était pas possible dans les faits; elle n’est pas non plus essentielle pour qu’il y ait opération de couverture » (p. 731). Il a statué que le rattachement entre les contrats à terme et la production de la mine était suffisant pour étayer la conclusion selon laquelle les contrats à terme avaient pour objet de se prémunir

in silver. On this basis, he concluded that earnings and losses from the forward contracts were to be treated as part of the price received for the silver produced by the mine and included as “resource profits” (p. 732).

[28] In *Shell Canada*, a case where the derivative contract in question was agreed to be a hedge, this Court considered the tax treatment of a complex corporate finance arrangement involving several debenture purchase agreements and a forward exchange contract. Under this arrangement, Shell was effectively given access to a US\$100 million loan at a lower-than-normal financing cost by obtaining the loan indirectly through the purchase and sale of New Zealand currency. One of the issues before the Court was the proper income tax treatment of Shell’s gains on the forward exchange contract entered into as part of the loan arrangement. In answering this question, McLachlin J. concluded:

Whether a foreign exchange gain arising from a hedging contract should be characterized as being on income or capital account depends on the characterization of the debt obligation to which the hedge relates. As noted, Shell entered into the Forward Exchange Contract in order to hedge with US\$ the market risk on the Debenture Agreements, which were denominated in NZ\$. Indeed, Shell would not have entered into the Debenture Agreements in the absence of the Forward Exchange Contract. The gain on the Debenture Agreements was characterized as being earned on capital account and so therefore should the gain on the Forward Exchange Contract. [para. 70]

[29] The most recent decision from this Court addressing hedging in the context of derivative contracts is *Placer Dome*. At issue was whether cash settled derivative contracts qualified as “hedging” transactions under Ontario’s *Mining Tax Act*, R.S.O. 1990, c. M.15. The Minister had previously excluded these contracts from the definition of “hedging” on the basis that cash settled derivative contracts were speculative and did not result in the physical delivery of output from a mine. LeBel J. noted that “[a]

contre les fluctuations du prix de l’argent. Sur ce fondement, il a conclu que les gains et les pertes issus des contrats à terme devaient être traités comme faisant partie du prix reçu pour l’argent produit par la mine et compris comme « bénéfiques relatifs à des ressources » (p. 732).

[28] Dans *Shell Canada*, une affaire où il était entendu que le contrat dérivé en cause était une opération de couverture, notre Cour a examiné le traitement fiscal d’un arrangement de financement complexe comportant plusieurs contrats d’achat de débetures et un contrat de change à terme. Selon cet arrangement, Shell s’est effectivement vu donner accès à un prêt de 100 millions de dollars US moyennant un coût de financement moindre que ce qui aurait été consenti normalement en obtenant le prêt indirectement par l’achat et la vente de monnaie néo-zélandaise. L’une des questions litigieuses soumises à la Cour était la façon dont il convenait de traiter, pour les fins de l’impôt sur le revenu, les gains de Shell sur le contrat de change à terme conclu dans le cadre du prêt. En répondant à cette question, la juge McLachlin a conclu ce qui suit :

La qualification à titre de revenu ou de gain en capital d’un gain de change issu d’une opération de couverture dépend de la qualification de la dette à laquelle se rapporte l’opération de couverture. Comme je le mentionne précédemment, Shell a conclu le contrat de change à terme pour se couvrir, au moyen de dollars américains, contre le risque du marché auquel l’exposaient les contrats d’achat de débetures libellés en monnaie néo-zélandaise. Shell n’aurait pas conclu les contrats d’achat de débetures sans le contrat de change à terme. Le gain réalisé sur les contrats d’achat de débetures a été qualifié de gain en capital, et le gain réalisé sur le contrat de change à terme doit l’être aussi. [par. 70]

[29] C’est dans l’arrêt *Placer Dome* que notre Cour a abordé le plus récemment les opérations de couverture dans le contexte des contrats dérivés. La question litigieuse était de savoir si des contrats dérivés dénoués au moyen d’un règlement en espèces pouvaient être considérés comme des opérations de « couverture » au sens de la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière*, L.R.O. 1990, c. M.15, de l’Ontario. Le ministre avait précédemment exclu ces contrats de la définition de « couverture » au

transaction is a hedge where the party to it genuinely has assets or liabilities exposed to market fluctuations, while speculation is ‘the degree to which a hedger engages in derivatives transactions with a notional value in excess of its actual risk exposure’” (para. 29, citing Brent W. Kraus, “The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada” (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31, at p. 38). He concluded that the derivative contracts at issue were “part of a comprehensive program designed to manage the risk associated with fluctuations in the [market] price of gold” and that, under Generally Accepted Accounting Principles (GAAP), “the way in which a derivative contract functions as a ‘hedge’ is unaffected by the method by which the contract is settled” (paras. 5 and 31). He endorsed the test used by the trial judge that, for a derivative contract not settled by physical delivery of a mine’s output to fit within the definition of “hedging” under the *Mining Tax Act*, there must be “some link” or “nexus” between the derivative contract and the output of the mine (para. 14). LeBel J. concluded that the definition of “hedging” under the *Mining Tax Act* included cash settled forward contracts.

[30] *Placer Dome* was considered by the Tax Court in *George Weston Ltd. v. R.*, [2015] 4 C.T.C. 2010, where Lamarre A.C.J. further refined the bounds of sufficient linkage. In *George Weston*, the issue was the proper income tax characterization of gains from currency-exchange-based swap contracts, a type of derivative contract. The taxpayer, George Weston Ltd., argued that the swaps were entered into to hedge against foreign exchange rate fluctuation associated with its U.S. subsidiaries. The Crown argued that to constitute a hedge, the derivative contract must be associated with an underlying *transaction* and there was no underlying transaction because George Weston did not sell its U.S. subsidiaries.

motif que les contrats dérivés dénoués au moyen d’un règlement en espèces étaient spéculatifs et ne donnaient pas lieu à la livraison physique des produits d’une mine. Selon le juge LeBel, « [i]l y a opération de couverture lorsque des éléments d’actif ou de passif de la partie qui l’effectue sont véritablement exposés aux fluctuations du marché, alors que la spéculation est [TRADUCTION] “la mesure dans laquelle l’opérateur en couverture effectue des opérations dérivées dont la valeur nominale excède le risque couru” » (par. 29, citant Brent W. Kraus, « The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada » (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31, p. 38). Il est parvenu à la conclusion que les contrats dérivés en cause avaient été « conclu[s] dans le cadre d’un vaste programme destiné à gérer le risque lié aux fluctuations du [cours] de l’or » et que, pour l’application des principes comptables généralement reconnus (PCGR), « le contrat dérivé demeure un instrument de “couverture” quel qu’en soit le dénouement » (par. 5 et 31). Il a fait sien le critère employé par le juge de première instance selon lequel, pour qu’un contrat dérivé qui ne se dénoue pas par la livraison physique de la production d’une mine réponde à la définition de « couverture » dans la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière*, il doit exister un « lien » entre le contrat dérivé et la production de la mine (par. 14). Le juge LeBel a conclu que la définition de « couverture » dans la *Loi de l’impôt sur l’exploitation minière* comprenait les contrats à terme de gré à gré dénoués au moyen d’un règlement en espèces.

[30] La Cour de l’impôt a examiné l’arrêt *Placer Dome* dans *George Weston Limited c. La Reine*, 2015 CC1 42, où la juge en chef adjointe Lamarre a raffiné davantage les contours du rattachement suffisant. Dans *George Weston*, il s’agissait de bien qualifier, aux fins de l’impôt sur le revenu, les gains issus d’accords de crédits croisés fondés sur le taux de change, un type de contrat dérivé. La contribuable, George Weston Ltée, a plaidé que les accords de crédits croisés avaient été conclus pour se prémunir contre la fluctuation du taux de change liée à ses filiales américaines. Sa Majesté a plaidé que pour constituer une opération de couverture, le contrat dérivé devait être rattaché à une *opération* sous-jacente, ce qui n’était pas le cas, puisque George Weston n’avait pas vendu ses filiales américaines.

[31] Lamarre A.C.J. rejected this argument, holding that it is possible for a derivative contract to be used for hedging even if “there is no sale or proposed sale of the underlying item being hedged” (para. 97). She observed that the swaps, though “not linked to the purchase or sale of commodities”, allowed George Weston “to stabilize the value of the USD assets exposed to currency risk on the balance sheet” (para. 77). On the facts of the case, Lamarre A.C.J. concluded that George Weston’s internal policies and the timing and quantum links between the swaps and George Weston’s net investment in its U.S. subsidiaries supported the finding that the swaps were used to hedge, not speculate.

[32] As these cases demonstrate, the characterization of a derivative contract as a hedge turns on its purpose. The primary source for ascertaining a derivative contract’s purpose is the extent of the linkage between the derivative contract and an underlying asset, liability, or transaction. The linkage analysis begins with the identification of an underlying asset, liability or transaction which exposes the taxpayer to a particular financial risk, and then requires consideration of the extent to which the derivative contract mitigates or neutralizes the identified risk. The more effective the derivative contract is at mitigating or neutralizing the identified risk and the more closely connected the derivative contract is to the item purportedly hedged, the stronger the inference that the purpose of the derivative contract was to hedge. However, as noted, perfect linkage is not required to conclude that the purpose of a derivative contract was to hedge (see, e.g., *Atlantic Sugar*, at p. 711; *Echo Bay Mines*, at pp. 722-23; *Placer Dome*, at para. 49; *George Weston*, at paras. 96-98).

[33] In this case, the substantial linkage between the forward contract and Mr. MacDonald’s Bank of Nova Scotia shares fully supports Noël C.J.’s conclusion that the forward contract was a hedge.

[31] La juge en chef adjointe Lamarre a rejeté cet argument, statuant qu’il était possible d’utiliser un contrat dérivé à des fins de couverture même « en l’absence de vente ou d’une vente proposée de l’élément sous-jacent couvert » (par. 97 (CanLII)). Elle a fait remarquer que les crédits croisés, même s’ils « n’étaient pas rattachés à l’achat ou à la vente de marchandises », avaient permis à George Weston de « stabiliser la valeur des actifs en dollars américains exposés au risque de change sur le bilan » (par. 77). Compte tenu des faits de l’affaire, la juge en chef adjointe Lamarre a conclu que les politiques internes de George Weston ainsi que les liens, sur les plans de la chronologie et des montants, entre les crédits croisés et l’investissement net de George Weston dans ses filiales américaines permettaient de conclure que les crédits croisés étaient utilisés à des fins de couverture, et non de spéculation.

[32] Comme le démontre la jurisprudence précitée, la qualification d’un contrat dérivé en tant que couverture dépend de son objet. Le principal indice qui permet de déterminer l’objet d’un contrat dérivé est l’ampleur du rattachement entre le contrat dérivé et un élément d’actif, un élément de passif ou une opération sous-jacents. L’analyse du rattachement commence par l’identification d’un élément d’actif, d’un élément de passif ou d’une opération sous-jacents qui exposent le contribuable à un risque financier en particulier, puis nécessite un examen de la mesure dans laquelle le contrat dérivé atténue ou neutralise le risque identifié. Plus le contrat dérivé est efficace pour atténuer ou neutraliser le risque identifié et plus le contrat dérivé est étroitement lié à l’élément qu’il est censé couvrir, plus forte sera l’inférence que le contrat dérivé a pour fin de couvrir. Toutefois, comme nous l’avons vu, il n’est pas nécessaire que le rattachement soit parfait pour conclure que le contrat dérivé vise à couvrir (voir, p. ex., *Atlantic Sugar*, p. 711; *Echo Bay Mines*, p. 722-723; *Placer Dome*, par. 49; *George Weston*, par. 96-98).

[33] En l’espèce, le rattachement substantiel entre le contrat à terme de gré à gré et les actions de la Banque de Nouvelle-Écosse détenues par M. MacDonald étaye entièrement la conclusion du juge en chef Noël selon laquelle le contrat à terme de gré à gré était une opération de couverture.

[34] Based on his testimony, the trial judge found that Mr. MacDonald intended to hold his Bank of Nova Scotia shares indefinitely. On this basis, she concluded that “Mr. MacDonald was exposed to no risk by holding the [Bank of Nova Scotia] shares” and that, as a result, he had increased rather than mitigated his risk exposure by entering into the forward contract (para. 68). I agree with Noël C.J. that this conclusion amounted to an error of law. The absence of a synchronous transaction used to offset gains or losses arising from a derivative contract is not equivalent to the absence of risk and is not, by itself, determinative of the characterization of a derivative contract (see, e.g., *George Weston*, at para. 97; *Echo Bay Mines*, at pp. 722-23; *Atlantic Sugar*, at p. 711).

[35] The trial judge’s error in concluding that Mr. MacDonald faced no risk from holding his Bank of Nova Scotia shares necessarily led her to conclude that he entered into the forward contract with the intention of speculating. She also allowed Mr. MacDonald’s *ex post facto* testimony and the fact that the forward contract was settled by cash, not physical delivery of the Bank of Nova Scotia shares, to overwhelm her analysis. In *Placer Dome*, LeBel J. noted that:

Derivative transactions may be settled in a number of different ways: physical delivery of the underlying asset, cash settlement or offsetting contract. Most derivative contracts, however, are not settled by physical delivery. The most important point about settlement is that, at least for the purposes of GAAP, the way in which a derivative contract functions as a “hedge” is unaffected by the method by which the contract is settled. [para. 31]

[36] Though this statement was made in the context of explaining GAAP, later in his reasons LeBel J. adopted the position of Professors Grottenthaler and Henderson endorsing the holding in *Echo Bay Mines* that cash settled forward contracts and forward contracts settled by physical delivery are economically equivalent and treating them differently

[34] S’appuyant sur le témoignage de M. MacDonald, la juge de première instance a statué que ce dernier entendait garder ses actions de la Banque de Nouvelle-Écosse indéfiniment. Pour cette raison, elle a conclu que « M. MacDonald ne s’exposait à aucun risque en détenant les actions de la [Banque de Nouvelle-Écosse] » et que, par conséquent, il avait augmenté son niveau de risque, plutôt que de l’avoir atténué, en concluant le contrat à terme de gré à gré (par. 68). Je suis d’accord avec le juge en chef Noël pour dire que cette conclusion équivalait à une erreur de droit. L’absence d’opération synchrone utilisée pour compenser les gains ou les pertes issus d’un contrat dérivé n’équivaut pas à l’absence de risque et ne dicte pas, à elle seule, la qualification d’un contrat dérivé (voir, p. ex., *George Weston*, par. 97; *Echo Bay Mines*, p. 722-723; *Atlantic Sugar*, p. 711).

[35] L’erreur commise par la juge de première instance en concluant que M. MacDonald ne s’exposait à aucun risque en détenant ses actions de la Banque de Nouvelle-Écosse l’a forcément amenée à statuer que M. MacDonald avait conclu le contrat à terme de gré à gré dans un dessein de spéculation. Elle a en outre permis que le témoignage *ex post facto* de M. MacDonald et le fait que le contrat à terme de gré à gré s’était dénoué par un règlement en espèces, et non par la livraison physique des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse, dominant son analyse. Dans *Placer Dome*, le juge LeBel a fait observer ce qui suit :

Les opérations dérivées peuvent avoir différents dénouements : la livraison physique de l’actif sous-jacent, le règlement en espèces ou la conclusion d’un contrat symétrique. Toutefois, la plupart des contrats dérivés ne se dénouent pas par une livraison physique. Ce qui importe le plus à cet égard, c’est que, tout au moins pour l’application des PCGR, le contrat dérivé demeure un instrument de « couverture » quel qu’en soit le dénouement. [par. 31]

[36] Bien que cette affirmation ait été faite dans le contexte d’une explication des PCGR, plus loin dans ses motifs, le juge LeBel a adopté la thèse des professeurs Grottenthaler et Henderson faisant leur la décision rendue dans *Echo Bay Mines* selon laquelle les contrats à terme de gré à gré se dénouent par règlement en espèces et les contrats à terme de gré

for tax purposes would create “an unjustified artificial distinction” (*Placer Dome*, at para. 34, citing Grottenthaler and Henderson, at pp. 11-8 and 11-9). As a result, the method by which a derivative contract is settled is not determinative of linkage or, ultimately, purpose.

[37] The forward contract had the effect of nearly perfectly neutralizing fluctuations in the price of Bank of Nova Scotia shares held by Mr. MacDonald, pointing to a close linkage. The purpose of the forward contract as a hedging instrument is most apparent when one considers the forward contract alongside the loan and pledge agreements between Mr. MacDonald and TD Bank. Seen in this light, there was considerable linkage between the forward contract and Mr. MacDonald’s Bank of Nova Scotia shares.

[38] In *Shell Canada*, McLachlin J. cautioned that “the economic realities” of a situation cannot be used to “recharacterize a taxpayer’s *bona fide* legal relationships” (para. 39). This does not mean that contextual factors outside the four corners of the derivative contract will never be relevant in ascertaining its purpose. McLachlin J.’s statement was made in the context of this Court rejecting an argument that two related transactions between different parties should effectively be treated as a single collective transaction for the purpose of tax characterization. This is very different from considering multiple related agreements to help determine why a particular agreement was entered into.

[39] When assessing whether a derivative contract is a hedge or speculation, the relationship between the derivative contract and transactions or assets outside of the derivative contract will very often be relevant. By definition, a hedging derivative contract is aimed at reducing the risk associated with some asset, liability or transaction. In this case, the loan and pledge agreements are part of the context

à gré se dénouant par la livraison physique étaient économiquement équivalents et que les traiter différemment à des fins fiscales créerait « une distinction injustifiée et artificielle » (*Placer Dome*, par. 34, citant Grottenthaler et Henderson, p. 11-8 et 11-9). Par conséquent, la méthode par laquelle un contrat dérivé se dénoue n’est pas déterminante en ce qui concerne le rattachement ni, en fin de compte, l’objet.

[37] Le contrat à terme de gré à gré avait pour effet de neutraliser presque parfaitement les fluctuations du prix des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse détenues par M. MacDonald, ce qui témoigne d’un rattachement étroit. L’objet du contrat à terme de gré à gré en tant qu’instrument de couverture est d’autant plus apparent lorsqu’on examine côte à côte le contrat à terme de gré à gré et les ententes de prêt et de nantissement conclues entre M. MacDonald et la Banque TD. Partant, il y avait un rattachement considérable entre le contrat à terme de gré à gré et les actions de la Banque de Nouvelle-Écosse détenues par M. MacDonald.

[38] Dans l’arrêt *Shell Canada*, la juge McLachlin a averti que « la réalité économique » d’une situation ne pouvait justifier « une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable » (par. 39). Cela ne veut pas dire que les facteurs contextuels excédant les limites du contrat dérivé ne seront jamais utiles pour en déterminer l’objet. La juge McLachlin a fait cette affirmation dans la foulée du rejet par notre Cour de l’argument suivant lequel deux opérations liées entre différentes parties devraient effectivement être considérées comme une seule opération collective pour les besoins de leur qualification fiscale. Cela est très différent du fait d’examiner de multiples opérations liées afin de mieux établir la raison pour laquelle une entente en particulier a été conclue.

[39] Lorsqu’il s’agit de décider si un contrat dérivé est une opération de couverture ou de spéculation, la relation entre ce contrat et les opérations ou actifs qui débordent de son cadre s’avère très souvent pertinente. Le contrat dérivé de couverture, de par sa nature, vise à réduire le risque associé à certains éléments d’actif, éléments de passif ou opérations. En l’espèce, les ententes de prêt et de nantissement

relevant to ascertaining the purpose of the forward contract. Considering these agreements will in no way recharacterize Mr. MacDonald's *bona fide* legal relationships.

[40] As Noël C.J. observed, the combined effect of the forward contract, the loan agreement and the pledge agreement allowed for credit backed by collateral that was free from market fluctuation risk. The loan and pledge agreements gave Mr. MacDonald access to a large credit facility but required him to maintain the forward contract and to pledge, as collateral, Bank of Nova Scotia shares and all Cash Settlement Payments owed to him pursuant to the forward contract. The credit available to him could not exceed 95 percent of the value of his pledged Bank of Nova Scotia shares. The shares pledged as collateral matched the shares contemplated by the forward contract. As the number of shares covered by the forward contract decreased due to settlement, the same number of shares were released from being collateral under the loan and pledge agreements.

[41] From the perspective of TD Bank, this meant that the value of the collateral was perfectly protected from market fluctuations: if the price of Bank of Nova Scotia shares increased, the value of Mr. MacDonald's pledged shares would increase proportionally; if the price decreased, Mr. MacDonald would be entitled to an offsetting Cash Settlement Payment which would automatically be pledged as collateral. This arrangement allowed Mr. MacDonald to gain access to a large credit facility on attractive terms and allowed TD Bank to provide the credit facility with the guarantee of protected collateral.

[42] In my view, this arrangement reveals the necessary linkage between Mr. MacDonald's Bank of Nova Scotia shares and the forward contract to indicate a hedging purpose. The fact that Mr. MacDonald

font partie du contexte utile pour établir l'objet du contrat à terme de gré à gré. L'analyse de ces ententes ne donne aucunement lieu à une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par M. MacDonald.

[40] Comme l'a fait remarquer le juge en chef Noël, l'effet conjugué du contrat à terme de gré à gré ainsi que des ententes de prêt et de nantissement a permis l'octroi d'un crédit garanti par une sûreté exempte de risque de fluctuation du marché. Les ententes de prêt et de nantissement donnaient à M. MacDonald accès à une importante facilité de crédit, mais l'obligeaient à maintenir en vigueur le contrat à terme de gré à gré et à donner en gage, à titre de garantie, des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse et tous les paiements en espèces à titre de règlement qui lui étaient dus en vertu du contrat à terme de gré à gré. Le crédit dont il disposait ne pouvait pas dépasser 95 p. 100 de la valeur des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse qu'il avait données en gage. Les actions données en gage à titre de garantie correspondaient aux actions envisagées par le contrat à terme de gré à gré. À mesure que le nombre d'actions visées par le contrat à terme de gré à gré diminuait en raison des paiements à titre de règlement, le même nombre d'actions était libéré comme garantie suivant les termes des ententes de prêt et de nantissement.

[41] Du point de vue de la Banque TD, cela voulait dire que la valeur de la garantie était entièrement à l'abri des fluctuations du marché : si le prix des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse augmentait, la valeur des actions données en gage par M. MacDonald augmenterait proportionnellement; si le prix baissait, M. MacDonald aurait droit à un paiement en espèces à titre de règlement en guise de compensation qui serait automatiquement donné en gage comme garantie. Ces modalités permettaient à M. MacDonald d'avoir accès à une facilité de crédit importante à des conditions avantageuses et permettaient à la Banque TD de fournir la facilité de crédit avec la garantie d'une sûreté protégée.

[42] À mon avis, cet arrangement révèle le rattachement nécessaire entre les actions de la Banque de Nouvelle-Écosse détenues par M. MacDonald et le contrat à terme de gré à gré pour indiquer un

did not sell his Bank of Nova Scotia shares immediately to offset his losses under the forward contract does not sever this connection. Although the loan and pledge agreements form part of the context in this case and shed light on the purpose of the forward contract as a hedge, the forward contract, considered independently, perfectly sheltered the large bulk of Mr. MacDonald's Bank of Nova Scotia shares from market price fluctuations. A good argument can be made, therefore, that even without the loan agreement, the contract was still a hedge.

[43] Mr. MacDonald's *ex post facto* testimony regarding his intentions cannot overwhelm the manifestations of a different purpose objectively ascertainable from the record.

[44] The Cash Settlement Payments arising from the forward contract derive their income tax treatment from the underlying Bank of Nova Scotia shares, which the parties agree were held by Mr. MacDonald on account of capital. When considered in its full and proper context, it is clear that the purpose of the forward contract was to hedge against market price fluctuations that Mr. MacDonald's Bank of Nova Scotia shares were exposed to.

[45] I would therefore dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

[46] The issue before this Court is whether losses resulting from a cash-settled forward contract (“Forward Contract”) between James S. A. MacDonald and TD Securities Inc. (“TDSI”) are deductible on Mr. MacDonald's income account or on his capital account. The appeal turns on whether the Forward

objet de couverture. Le fait que M. MacDonald n'a pas immédiatement vendu ses actions de la Banque de Nouvelle-Écosse pour compenser ses pertes en exécution du contrat à terme de gré à gré ne rompt pas ce lien. Bien que les ententes de prêt et de nantissement fassent partie du contexte en l'espèce et nous éclairent sur l'objet du contrat à terme de gré à gré comme couverture, le contrat à terme de gré à gré, considéré de façon indépendante, mettait la plus grande partie des actions de la Banque de Nouvelle-Écosse détenues par M. MacDonald parfaitement à l'abri des fluctuations du cours de ces actions. En conséquence, on pourrait fort bien soutenir que même sans l'entente de prêt, le contrat demeurait une opération de couverture.

[43] Le témoignage *ex post facto* de M. MacDonald quant à ses intentions ne saurait supplanter les manifestations d'un objet différent qui ressort objectivement du dossier.

[44] Le traitement fiscal des paiements en espèces à titre de règlement issus du contrat à terme de gré à gré découle des actions sous-jacentes de la Banque de Nouvelle-Écosse qui, comme en conviennent les parties, étaient détenues par M. MacDonald à titre de capital. Lorsqu'on l'examine dans le contexte global qui lui est propre, le contrat à terme de gré à gré avait manifestement pour objet de se prémunir contre les fluctuations du prix du marché auxquelles étaient exposées les actions de la Banque de Nouvelle-Écosse détenues par M. MacDonald.

[45] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Introduction

[46] Notre Cour est appelée en l'espèce à décider si les pertes découlant d'un contrat à terme de gré à gré avec règlement en espèces (« contrat à terme de gré à gré ») conclu entre James S. A. MacDonald et Valeurs mobilières TD Inc. (« VMTD ») sont déductibles du revenu ou du capital de M. MacDonald.

Contract should be characterized as an adventure in the nature of trade or as a hedge of Mr. MacDonald's Bank of Nova Scotia shares ("BNS Shares"). If it was an adventure in the nature of trade, the losses are deductible on Mr. MacDonald's income account. If it was a hedge, they take on the tax character of the underlying asset, in this case the BNS Shares, which are deductible on his capital account.

[47] Contrary to the Federal Court of Appeal, I would, with great respect, hold that the tax characterization of the Forward Contract turns on the taxpayer's intent, which is determined by reviewing the taxpayer's subjective statements of intent and objective manifestations of intent. I part ways with my colleague Abella J. on the meaning of intent, on her interference with the trial judge's findings of fact, and on the relationship between the Forward Contract and Mr. MacDonald's arrangements with other entities. I see no basis for intervening in the trial judge's finding that, given all of the relevant circumstances, Mr. MacDonald intended to speculate and not to hedge. I would therefore allow the appeal.

II. Summary of the Relevant Facts

[48] I do not propose to duplicate the facts recited by my colleague in her reasons. However, I wish to highlight some important details in how Mr. MacDonald arranged his affairs.

[49] Mr. MacDonald and the Toronto-Dominion Bank ("TDB") were the parties to a credit facility agreement entered into on July 7, 1997 ("Credit Facility"), which required Mr. MacDonald to maintain the Forward Contract, and to a securities pledge agreement ("Securities Pledge Agreement"), in which he pledged to TDB all amounts which might

L'issue du présent pourvoi dépend de la question de savoir si le contrat à terme de gré à gré devrait être qualifié de projet comportant un risque à caractère commercial, ou d'opération destinée à couvrir les actions de la Banque de Nouvelle-Écosse détenues par M. MacDonald (« actions de la BNE »). Si ce contrat était un projet comportant un risque à caractère commercial, alors les pertes sont déductibles du revenu de M. MacDonald. S'il constituait un instrument de couverture, les pertes revêtent le caractère fiscal de l'actif sous-jacent — soit, en l'espèce, les actions de la BNE — et sont dès lors déductibles du capital de M. MacDonald.

[47] Contrairement à la Cour d'appel fédérale, je suis d'avis, avec beaucoup d'égards, que la qualification fiscale du contrat à terme de gré à gré repose sur l'intention du contribuable, laquelle est établie au moyen de l'examen des déclarations subjectives d'intention du contribuable, ainsi que des manifestations objectives de cette intention. Je diverge d'opinion avec ma collègue la juge Abella quant à la signification de l'intention, quant à son intervention à l'égard des conclusions de fait de la juge de première instance, et quant au rapport entre le contrat à terme de gré à gré et les ententes conclues par M. MacDonald avec d'autres entités. Je ne vois rien qui justifierait d'intervenir quant à la conclusion de la juge de première instance selon laquelle, considérant toutes les circonstances pertinentes, M. MacDonald avait l'intention de spéculer et non de couvrir. J'accueillerais donc le pourvoi.

II. Résumé des faits pertinents

[48] Je n'entends pas reprendre ici les faits exposés par ma collègue dans ses motifs. Je tiens toutefois à souligner certains détails importants en ce qui concerne la manière dont M. MacDonald a organisé ses affaires.

[49] Monsieur MacDonald et la Banque Toronto-Dominion (« Banque TD ») étaient parties à une convention de facilité de crédit conclue le 7 juillet 1997 (« facilité de crédit »), qui exigeait de M. MacDonald qu'il maintienne le contrat à terme de gré à gré, et à une entente de nantissement de valeurs mobilières (« entente de nantissement »), dans le cadre

become payable to Mr. MacDonald from TDSI under the Forward Contract. Mr. MacDonald and TDSI — a separate entity from TDB — were the parties to the Forward Contract. Further, whereas the terms of the Credit Facility contemplated the Forward Contract, the terms of the Forward Contract did not contemplate the Credit Facility.

[50] In addition, although the Credit Facility entitled Mr. MacDonald to draw on up to \$10,477,480, he only borrowed a total of \$4,899,000. By November 5, 2004, he had repaid the entire balance under the Credit Facility. However, the Forward Contract continued in effect until March 29, 2006. The losses for which Mr. MacDonald is claiming a deduction are for taxation years 2004, 2005 and 2006.

III. Trial Judge’s Factual Findings and Standard of Review

[51] The trial judge, Lafleur J., made a number of important findings which have not been challenged on appeal (2017 TCC 157, [2018] 1 C.T.C. 2239):

- Mr. MacDonald’s evidence was “credible and reliable, and he was himself a very credible witness” (para. 59);
- Mr. MacDonald’s “sole purpose and intention in entering into the Forward Contract was to speculate on and profit from, an anticipated decline in the trading price of the BNS shares” (para. 59);
- Mr. MacDonald’s “intention at the time of entering into the Forward Contract was to gain a profit by speculating that the market price of the BNS shares would drop in value” (para. 63);
- Mr. MacDonald “did not have a clear intention to hedge when he entered into the Forward Contract” (para. 80);
- Mr. MacDonald “did not consider the [Credit Facility] as being part of the Forward Contract” (para. 62);

de laquelle il a donné en gage à la Banque TD tous les montants que VMTD pourrait avoir à verser à M. MacDonald conformément au contrat à terme de gré à gré. Monsieur MacDonald et VMTD — une entité distincte de la Banque TD — étaient parties au contrat à terme de gré à gré. Par ailleurs, si les modalités de la facilité de crédit prévoyaient le contrat à terme de gré à gré, les modalités du contrat à terme de gré à gré ne prévoyaient pas la facilité de crédit.

[50] De plus, même si la facilité de crédit autorisait M. MacDonald à emprunter des fonds jusqu’à concurrence de 10 477 480 \$, il n’a emprunté que 4 899 000 \$ au total. En date du 5 novembre 2004, il avait remboursé l’intégralité du solde de la facilité de crédit. Cependant, le contrat à terme de gré à gré est demeuré en vigueur jusqu’au 29 mars 2006. Les pertes pour lesquelles M. MacDonald réclame une déduction sont celles des années d’imposition 2004, 2005 et 2006.

III. Conclusions de fait de la juge de première instance et norme de contrôle

[51] La juge de première instance, la juge Lafleur, a tiré plusieurs conclusions importantes qui n’ont pas été contestées en appel (2017 CCI 157) :

- le témoignage de M. MacDonald est « crédible et fiable, et il [est] un témoin très digne de foi » (par. 59 (CanLII));
- la « seule intention de [M. MacDonald] au moment de conclure le contrat à terme était de spéculer sur une baisse prévue du cours des actions de la BNE et d’en tirer profit » (par. 59);
- l’« intention de [M. MacDonald] au moment de signer le contrat à terme était de réaliser un bénéfice en spéculant que le cours des actions de la BNE baisserait » (par. 63);
- Monsieur MacDonald « n’avait pas l’intention claire de mener une opération de couverture lorsqu’il a conclu le contrat à terme » (par. 80);
- Monsieur MacDonald « ne considérait pas que [la facilité de crédit] faisait partie du contrat à terme » (par. 62);

- there was no “connection between the amount borrowed under the [Credit Facility] and the entering into, and the settlement of, the Forward Contract” (para. 106); and
 - Mr. MacDonald was not interested in selling the BNS Shares in the short term, and he continued to hold a substantial portion of the shares in BNS he had been holding when he entered into the Forward Contract (paras. 66, 104 and 107).
- il n’y avait aucun « lien entre le montant emprunté en vertu [de la facilité de crédit] et la conclusion, de même que le règlement, du contrat à terme » (par. 106);
 - Monsieur MacDonald ne souhaitait pas, à court terme, vendre les actions de la BNE et il a continué de détenir une partie substantielle des actions de la BNE qu’il possédait au moment où il a signé le contrat à terme de gré à gré (par. 66, 104 et 107).

[52] An appeal, even to the Supreme Court of Canada, does not involve a retrial of the case. This Court’s power to substitute its own view of the facts for that of the trial judge is circumscribed by its role as an appellate court: *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), at p. 204, quoted with approval in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 3. Given this institutional limitation, the standard of review for findings of fact is palpable and overriding error: *Housen*, at para. 10. The standard for questions of mixed fact and law is also palpable and overriding error unless it is clear that the trial judge made an extricable error in principle amounting to an error of law: para. 37. Finally, the standard of review for questions of law is correctness: para. 8.

[53] In this appeal, whether intent is required in order to find that the Forward Contract was a hedge is a question of law, and is therefore reviewable on the correctness standard. The trial judge’s finding that Mr. MacDonald’s sole intent was to speculate, and not to hedge, is a finding of fact reviewable for palpable and overriding error, absent an extricable error of law: *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 736.

[52] Un pourvoi, même devant la Cour suprême du Canada, ne signifie pas de refaire un procès. Le pouvoir de notre Cour de substituer sa propre appréciation des faits à celle du juge de première instance est limité par son rôle en tant que cour d’appel : *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), p. 204, cité avec approbation dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 3. Compte tenu de cette limite institutionnelle, la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait est celle de l’erreur manifeste et déterminante : *Housen*, par. 10. La norme qui s’applique aux questions mixtes de fait et de droit est également celle de l’erreur manifeste et déterminante, à moins que le juge de première instance n’ait clairement commis une erreur de principe isolable équivalant à une erreur de droit : par. 37. Enfin, la norme de contrôle applicable aux questions de droit est la norme de la décision correcte : par. 8.

[53] En l’espèce, la question de savoir si l’intention doit être présente pour que l’on puisse conclure que le contrat à terme de gré à gré est un instrument de couverture est une question de droit, et est donc susceptible de contrôle suivant la norme de la décision correcte. La conclusion de la juge de première instance selon laquelle M. MacDonald avait pour unique intention de spéculer, et non de couvrir, est une conclusion de fait qui est susceptible de révision selon la norme de l’erreur manifeste et déterminante, à défaut d’une erreur de droit identifiable : *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 736.

IV. Meaning of Intent

[54] Before explaining why intent is necessary in order to find that the Forward Contract was a hedge, I believe that it would be useful to first discuss what I mean by “intent”. This Court has previously considered how to determine a taxpayer’s intention. In *Symes*, at p. 736, Iacobucci J. noted that the issue before the Court was whether Ms. Symes had incurred child care expenses with the intention of gaining or producing income from a business. He went on to explain that, where a taxpayer’s intention must be ascertained, the court must look beyond the taxpayer’s subjective statements to identify objective manifestations of intent:

As in other areas of law where purpose or intention behind actions is to be ascertained, it must not be supposed that in responding to this question, courts will be guided only by a taxpayer’s statements, *ex post facto* or otherwise, as to the subjective purpose of a particular expenditure. Courts will, instead, look for objective manifestations of purpose, and purpose is ultimately a question of fact to be decided with due regard for all of the circumstances. [p. 736]

[55] Iacobucci J. returned to this point in *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082, at para. 54, in which this Court had to determine a taxpayer’s intention in using borrowed money in order to decide whether interest charges were deductible from income under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“ITA”):

In the interpretation of the [ITA], as in other areas of law, where purpose or intention behind actions is to be ascertained, courts should objectively determine the nature of the purpose, guided by both subjective and objective manifestations of purpose. In the result, the requisite test to determine the purpose for interest deductibility under s. 20(1)(c)(i) is whether, considering all the circumstances, the taxpayer had a reasonable expectation of income at the time the investment was made. [Emphasis added; citations omitted.]

IV. Signification du mot intention

[54] Avant d’expliquer pourquoi l’intention doit être présente pour conclure que le contrat à terme de gré à gré constituait un instrument de couverture, il me paraît utile de préciser d’abord ce que j’entends par « intention ». La Cour a déjà considéré auparavant comment déterminer l’intention du contribuable. Ainsi, dans l’arrêt *Symes*, p. 736, le juge Iacobucci a souligné que la question soumise à la Cour était de savoir si M^{me} Symes avait engagé des frais de garde d’enfants en vue de tirer un revenu de l’entreprise, ou de faire produire un revenu à celle-ci. Il a ensuite expliqué que, lorsqu’il doit déterminer l’intention du contribuable, le tribunal doit aller au-delà des déclarations subjectives du contribuable pour cerner les manifestations objectives de son intention :

Comme dans d’autres domaines du droit, lorsqu’il faut établir l’objet ou l’intention des actes, on ne doit pas supposer que les tribunaux se fonderont seulement, en répondant à cette question, sur les déclarations du contribuable, *ex post facto* ou autrement, quant à l’objet subjectif d’une dépense donnée. Ils examineront plutôt comment l’objet se manifeste objectivement, et l’objet est en définitive une question de fait à trancher en tenant compte de toutes les circonstances. [p. 736]

[55] Le juge Iacobucci est revenu sur cette question dans l’arrêt *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, 2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082, par. 54, où notre Cour devait déterminer l’intention qu’avait le contribuable lorsqu’il a utilisé l’argent emprunté, pour décider si les frais d’intérêt étaient déductibles du revenu en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« LIR ») :

Dans l’interprétation de la [LIR], tout comme dans d’autres domaines du droit, les tribunaux appelés à dégager l’objet d’une mesure ou l’intention de son auteur doivent déterminer objectivement la nature de la fin poursuivie en tenant compte à la fois des éléments subjectifs et objectifs pertinents. Par conséquent, voici le critère applicable pour déterminer la fin visée par l’utilisation des fonds empruntés et décider si l’intérêt est déductible en application du sous-al. 20(1)c)(i) : Compte tenu de toutes les circonstances, le contribuable avait-il, au moment de l’investissement, une expectative raisonnable de tirer un revenu? [Je souligne; citations omises.]

[56] We are bound to follow *Symes'* and *Ludco's* authoritative statements that intent is a question that requires an assessment both of the taxpayer's subjective intention and of the presence or absence of objective manifestations of that intention. Neither the objective nor the subjective element is determinative on its own.

V. Intent Is Necessary in Order to Find That the Forward Contract Was a Hedge

[57] I am of the opinion that the tax characterization of the Forward Contract turns on the taxpayer's intent and that this is determined by reviewing the taxpayer's subjective statements and objective manifestations of intent. Based on my reading of the jurisprudence, a hedge exists for tax law purposes if the taxpayer *intended to hedge* using the derivative instrument and that intention was objectively manifested by a sufficient connection between the derivative instrument and the underlying asset or liability ("linkage"), or by integration of the derivative transaction into the taxpayer's profit-making activities: *George Weston Ltd. v. R.*, 2015 TCC 42, [2015] 4 C.T.C. 2010; *Barrick Gold Corp. v. R.*, 2017 TCC 18, [2017] 3 C.T.C. 2103; *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 707; *Atlantic Sugar Refineries Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 706. By contrast, an adventure in the nature of trade exists if the taxpayer *intended to speculate* using the derivative instrument and that intention was objectively manifested by indications that the transaction was a scheme for profit-making: *Salada Foods Ltd. v. The Queen*, [1974] C.T.C. 201 (F.C.T.D.); M. E. Grottenthaler and P. J. Henderson, *The Law of Financial Derivatives in Canada* (loose-leaf), at p. 11-5. With respect, I find as a logical consequence that the Federal Court of Appeal (2018 FCA 128, [2019] 2 F.C.R. 302) erred in law in holding that an intention to hedge is not a requirement for a finding that a transaction constitutes a hedge.

[56] Nous sommes liés par les énoncés faisant autorité formulés dans les arrêts *Symes* et *Ludco*, selon lesquels l'intention est une question exigeant la prise en compte aussi bien de l'intention subjective du contribuable que de la présence ou l'absence de manifestations objectives de cette intention. Ni l'élément objectif ni l'élément subjectif ne sont déterminants à eux seuls.

V. L'intention doit être présente pour conclure que le contrat à terme de gré à gré était un instrument de couverture

[57] Je suis d'avis que la qualification fiscale du contrat à terme de gré à gré repose sur l'intention du contribuable, laquelle est établie au moyen de l'examen des déclarations subjectives du contribuable et des manifestations objectives de son intention. Selon ma lecture de la jurisprudence, il y a opération de couverture aux fins de l'application du droit fiscal lorsque le contribuable *a l'intention de procéder à une opération de couverture* en utilisant l'instrument dérivé, et que cette intention se manifeste objectivement par un lien suffisant entre l'instrument dérivé et l'élément d'actif ou de passif sous-jacent (« rattachement »), ou par l'intégration de l'opération dérivée dans les activités du contribuable visant à générer des bénéfices : *George Weston Limited c. La Reine*, 2015 CCI 42; *Barrick Gold Corporation c. La Reine*, 2017 CCI 18; *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 707; *Atlantic Sugar Refineries Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 706. En revanche, une opération constitue un projet comportant un risque à caractère commercial si le contribuable *a l'intention de spéculer* en utilisant l'instrument dérivé, et que cette intention se manifeste objectivement par des indices que l'opération est un plan visant la réalisation d'un bénéfice : *Salada Foods Ltd. c. The Queen*, [1974] C.T.C. 201 (C.F. 1^{re} inst.); M. E. Grottenthaler et P. J. Henderson, *The Law of Financial Derivatives in Canada* (feuilles mobiles), p. 11-5. Avec égards, j'estime par voie de conséquence logique que la Cour d'appel fédérale (2018 CAF 128, [2019] 2 R.C.F. 302) a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que l'intention de couvrir ne constitue pas un prérequis pour qu'il soit établi qu'une opération constitue une couverture.

[58] Moreover, disregarding the taxpayer's intent to hedge in characterization cases would be artificial, because intent to speculate is "the most determinative factor" in the decision as to whether a transaction of any kind is an adventure in the nature of trade: *Canada Safeway Ltd. v. R.*, 2008 FCA 24, [2008] 2 C.T.C. 149, at para. 43; see also *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para. 16. Given that intent is clearly relevant to that analysis, adopting a rule that intent is to be disregarded in determining whether a derivative constitutes a hedge would only cause confusion. Further, eliminating the taxpayer's intent as an important factor to be applied in determining the tax characterization of a derivative transaction would turn the taxation of such transactions into a judicially created "carve-out" from the general tax characterization jurisprudence, and such a distinction would not be justified by the text of the ITA as it was enacted at the relevant time. Taxpayers deserve to be taxed on the basis of known legal rules, and not on the basis of judicial decisions made after the fact.

[59] My colleague adopts a test which purports to be similarly anchored on a taxpayer's subjective statements and objective manifestations of intent. At first glance, her test appears inconsistent with the Federal Court of Appeal's holding that intent is not required for a finding that a transaction constitutes a hedge. As I explain below, my colleague's application of her test to the facts of this appeal illustrates that the difference between her test and that of the Federal Court of Appeal is one more of style than of substance. Unlike the Federal Court of Appeal, she refers to intention in her analysis, but, like the Federal Court of Appeal, her analysis looks only to the economic effects of the derivative instrument in order to ascertain its tax character.

[60] I would also point out that a test which is in effect based solely on risk mitigation will have extensive repercussions for the taxation of financial derivatives. For example, the fact that there is often

[58] De plus, il serait artificiel de faire abstraction de l'intention de couvrir du contribuable dans les affaires relatives à la qualification, parce que l'intention de spéculer est « le facteur le plus déterminant » à prendre en compte pour décider si une opération de quelque nature que ce soit est un projet comportant un risque à caractère commercial : *Canada Safeway Limited. c. Canada*, 2008 CAF 24, par. 43 (CanLII); voir également *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, par. 16. Étant donné que l'intention est clairement une considération pertinente pour cette analyse, adopter une règle selon laquelle l'intention ne doit pas être prise en compte au moment de décider si une opération dérivée est une couverture ne ferait que semer de la confusion. Qui plus est, éliminer l'intention du contribuable en tant qu'important facteur devant être appliqué pour établir la qualification fiscale d'une opération dérivée reviendrait à faire de l'imposition de ces opérations une exception créée par voie judiciaire à la jurisprudence générale en matière de qualification fiscale, et une telle distinction ne serait pas justifiée par le texte de la LIR telle qu'elle existait au moment des faits. Les contribuables ont le droit d'être imposés en fonction de règles juridiques connues, et non en fonction de décisions judiciaires prises après coup.

[59] Ma collègue adopte un test qui se veut fondé de façon similaire sur les énoncés subjectifs et les manifestations objectives de l'intention du contribuable. À première vue, son critère semble incompatible avec la conclusion de la Cour d'appel fédérale voulant que l'intention ne soit pas un élément requis pour qu'une opération constitue une couverture. Comme je l'explique plus loin, l'application par ma collègue de son test aux faits de l'espèce illustre que la différence entre son test et celui de la Cour d'appel fédérale en est une de style plutôt que de fond. Contrairement à la Cour d'appel fédérale, ma collègue réfère à l'intention dans son analyse, mais à l'instar de la Cour d'appel fédérale, son analyse porte seulement sur les effets économiques de l'instrument dérivé en vue de déterminer sa qualification fiscale.

[60] En outre, j'aimerais souligner qu'un test qui est effectivement fondé uniquement sur la mitigation des risques aura des repercussions considérables sur l'imposition des instruments dérivés. Par exemple, le

a high correlation between the values of two investments of the same type, such as bank stocks, means that — because of the risk mitigation effect — my colleague’s test would lead to the conclusion that a derivative instrument that shorted shares in TDB was a hedge of the BNS Shares regardless of the taxpayer’s intentions. Therefore, this test will introduce a significant degree of uncertainty into the tax treatment of derivative instruments: see J. Beitel, “Hedging Transactions — MacDonald Reversed” (2018), 66 *Can. Tax J.* 919, at p. 923.

[61] Below, I review the trial judge’s decision and my colleague’s critique of that decision. The bottom line, however, is that the test used by the trial judge and her finding that Mr. MacDonald intended to speculate and not to hedge was within the line of existing jurisprudence on the taxation of financial derivatives and should not be disturbed. I conclude this section by reiterating that taxpayers deserve to be taxed on the basis of the legal rules that are known to apply at the time they enter into a transaction.

VI. The Credit Facility and the Securities Pledge Are Irrelevant

[62] I part ways with my colleague on her treatment of the Forward Contract between Mr. MacDonald and TDSI as an indistinguishable component of the Credit Facility and the Securities Pledge Agreement between Mr. MacDonald and TDB. This Court must respect the legal form of the Forward Contract, which, on its own terms, is unrelated to the Credit Facility and was entered into between Mr. MacDonald and TDSI, a separate entity from TDB. To hold otherwise would be inconsistent with this Court’s unanimous decision in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622.

[63] In *Shell*, the taxpayer had embarked on a complex financing arrangement to gain access to 100 million US dollars (“USD”) for its business operations, first entering into debenture agreements with three

fait qu’il y a souvent une forte corrélation entre les valeurs de deux placements du même type, comme les actions bancaires, a pour conséquence que — en raison de l’effet de mitigation des risques — le test de ma collègue mènerait à la conclusion qu’un instrument dérivé qui prévoit la vente à découvert d’actions de la Banque TD constituerait une couverture des actions de la BNE, peu importe les intentions du contribuable. Par conséquent, ce test introduira un important degré d’incertitude à l’égard du traitement fiscal des instruments dérivés : voir J. Beitel, « Hedging Transactions — MacDonald Reversed » (2018), 66 *Rev. fisc. can.* 919, p. 923.

[61] J’examine plus loin la décision de la juge de première instance ainsi que la critique qu’en fait ma collègue. En définitive, toutefois, le test qu’a utilisé la juge de première instance et sa conclusion voulant que M. MacDonald avait l’intention de spéculer et non de couvrir, sont conformes au courant jurisprudentiel existant concernant l’imposition des instruments financiers dérivés et ne devraient pas être modifiés. Je conclus sur le sujet en réitérant que les contribuables ont le droit d’être imposés en fonction de règles juridiques connues comme s’appliquant au moment où ils concluent l’opération.

VI. La facilité de crédit et l’entente de nantissement ne sont pas pertinentes

[62] Je diverge d’opinion avec ma collègue quant à la façon dont elle traite le contrat à terme de gré à gré conclu entre M. MacDonald et VMTD, à savoir comme une composante indissociable de la facilité de crédit et de l’entente de nantissement conclues par M. MacDonald et la Banque TD. Notre Cour doit respecter la forme juridique du contrat à terme de gré à gré, lequel, selon ses termes mêmes, n’a aucun lien avec la facilité de crédit et a été conclu par M. MacDonald et la VMTD, une entité distincte de la Banque TD. Décider autrement irait à l’encontre de la décision unanime de notre Cour dans l’arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622.

[63] Dans l’affaire *Shell*, le contribuable a eu recours à une opération de financement complexe pour avoir accès à 100 millions de dollars américains (« dollars US ») pour financer ses activités

foreign lenders in order to borrow 150 million New Zealand dollars (“NZD”) at 15.4 percent interest, and then entering into a forward exchange contract with Sumitomo Bank Ltd. in order to purchase 100 million USD with the money borrowed under the debenture agreements. The forward exchange contract also allowed the taxpayer to exchange USD for NZD in an amount matching the interest payments under the debenture agreements, and to exchange USD for the principal amount under those agreements. This arrangement was designed to enable the taxpayer to realize a foreign exchange gain on the forward exchange contract, as it was to repay the amounts under the debenture agreements in NZD. When computing its income for the years of this financing arrangement, the taxpayer deducted the interest it had paid under the debenture agreements and reported the foreign exchange gain as a capital gain. The Minister of National Revenue disputed these claims because, he argued, the effect of the financing scheme was to allow the taxpayer to obtain USD at a superficially higher interest rate which was, in reality, lower than the rate it would have paid had it simply contracted for a straightforward loan for 100 million USD. The claimed capital gain was also reassessed as being on income account. The Federal Court of Appeal held that it was not constrained by the legal form of the taxpayer’s arrangement, and it considered the debenture agreements and the forward exchange contract together in order to determine whether the amounts the taxpayer sought to deduct could be considered interest.

[64] This Court unanimously allowed the taxpayer’s appeal, holding that it was an error of law to recharacterize the taxpayer’s transactions by considering the taxpayer’s forward exchange contract with Sumitomo alongside the former’s debenture agreements with the foreign lenders. This Court stated that the Federal Court of Appeal had erred by paying insufficient attention to certain “very important

commerciales. Il a d’abord conclu des contrats d’achat de débetures avec trois prêteurs étrangers en vue d’emprunter 150 millions de dollars néo-zélandais (« dollars NZ ») à un taux d’intérêt de 15,4 p. 100. Ensuite, le contribuable a conclu avec Sumitomo Bank Ltd. un contrat de change à terme qui lui permettrait d’acheter 100 millions de dollars US avec la somme empruntée en vertu des contrats d’achat de débetures. En vertu du contrat de change à terme, le contribuable pouvait également échanger des dollars US contre des dollars NZ pour un montant équivalant aux intérêts versés au titre des contrats d’achat de débetures, et d’échanger des dollars US pour le même montant que le principal en vertu de ces contrats. Cette opération devait permettre au contribuable de réaliser un gain de change sur le contrat de change à terme, au moment où il rembourserait en dollars NZ les montants dus en vertu des contrats d’achat de débetures. Dans le calcul de son revenu pour les années au cours desquelles cette opération de financement était en vigueur, le contribuable a déduit l’intérêt qu’il avait versé conformément aux contrats d’achat de débetures et déclaré le gain de change réalisé en tant que gain en capital. Le ministre du Revenu national a contesté ces réclamations au motif que, selon lui, la stratégie de financement en cause avait permis au contribuable d’obtenir des dollars US à un taux d’intérêt qui était en apparence plus élevé, mais qui, en réalité, était inférieur au taux d’intérêt qu’il aurait payé s’il avait contracté un simple prêt de 100 millions de dollars US. Une nouvelle cotisation a été établie à l’égard du gain en capital qui a été imputé au revenu. La Cour d’appel fédérale a déclaré qu’elle n’était pas liée par la forme juridique de l’opération en question, et elle a examiné les contrats d’achat de débetures et le contrat de change à terme ensemble pour établir si les sommes que le contribuable voulait déduire pouvaient être considérées comme des intérêts.

[64] Notre Cour a accueilli à l’unanimité le pourvoi du contribuable, et a conclu qu’il était erroné en droit de requalifier les opérations du contribuable en considérant le contrat de change à terme qui liait le contribuable et Sumitomo de pair avec les contrats d’achat de débetures conclus avec les prêteurs étrangers. Notre Cour a déclaré que la Cour d’appel fédérale avait commis une erreur en n’accordant

principles” in disregarding the fact that Sumitomo was not a party to the taxpayer’s debenture agreements with the foreign lenders: para. 41. This Court elaborated as follows on what some of those “very important principles” are:

This Court has repeatedly held that courts must be sensitive to the economic realities of a particular transaction, rather than being bound to what first appears to be its legal form. But there are at least two *caveats* to this rule. First, this Court has never held that the economic realities of a situation can be used to recharacterize a taxpayer’s *bona fide* legal relationships. To the contrary, we have held that, absent a specific provision of the [ITA] to the contrary or a finding that they are a sham, the taxpayer’s legal relationships must be respected in tax cases. Recharacterization is only permissible if the label attached by the taxpayer to the particular transaction does not properly reflect its actual legal effect. [Citations omitted; para. 39.]

This Court unanimously held that the payments the taxpayer had received under the debenture agreements could not be recharacterized for tax purposes on the basis of other agreements the taxpayer had entered into with other legal entities. In addition, this Court unanimously stated that it is not a court’s role to prevent taxpayers from relying on the sophisticated structure of their transactions by imposing tax according to the transactions’ “true economic and commercial effects”: paras. 44-45. The transactions must be considered separately for tax purposes.

[65] Although *Shell* did not concern exactly the same issue under the ITA as the one in the case at bar, I, like the trial judge, would not be too quick to narrowly construe broad statements of “very important principles” from a unanimous decision of this Court. In this case, the tax character of the losses from the Forward Contract between TDSI and Mr. MacDonald is not affected by Mr. MacDonald’s arrangements with TDB. TDSI was not a party to the

pas suffisamment d’attention à certains « principes très importants » lorsqu’elle a écarté le fait que Sumitomo n’était pas partie aux contrats d’achat de débetures conclus par le contribuable avec les prêteurs étrangers : par. 41. Notre Cour a précisé de la façon suivante ce qu’étaient certains de ces « principes très importants » :

Notre Cour a statué à maintes reprises que les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique qui sous-tend l’opération et ne pas se sentir liés par la forme juridique apparente de celle-ci. Cependant, deux précisions à tout le moins doivent être apportées. Premièrement, notre Cour n’a jamais statué que la réalité économique d’une situation pouvait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable. Au contraire, nous avons décidé qu’en l’absence d’une disposition expresse contraire de la [LIR] ou d’une conclusion selon laquelle l’opération en cause est un trompe-l’œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale. Une nouvelle qualification n’est possible que lorsque la désignation de l’opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables. [Citations omises; par. 39.]

Notre Cour a statué à l’unanimité que les fonds obtenus par le contribuable au titre des contrats d’achat de débetures ne pouvaient être requalifiés, aux fins du calcul de l’impôt, sur la base d’autres ententes conclues par le contribuable avec d’autres entités juridiques. De plus, notre Cour a unanimement déclaré qu’il ne revenait pas aux tribunaux d’empêcher les contribuables de recourir à des structures sophistiquées pour leurs transactions, en déterminant l’obligation fiscale en fonction des « effets véritables des opérations sur les plans économique et commercial » : par. 44-45. Les opérations doivent être traitées séparément aux fins du calcul de l’impôt.

[65] Bien que l’affaire *Shell* ne portait pas exactement sur la même question au regard de la LIR que celle en l’espèce, je ne suis pas d’avis, à l’instar de la juge de première instance, d’interpréter de façon restrictive les énoncés généraux de « principes très importants » d’une décision unanime de notre Cour. En l’espèce, les ententes conclues par M. MacDonald avec Banque TD ne modifient pas le caractère fiscal des pertes découlant du contrat à terme de gré à gré

Credit Facility or the Securities Pledge Agreement. There has been no finding of a sham, nor does the ITA require that these agreements be considered to be one.

[66] As the Federal Court of Appeal did in *Canada v. Shell Canada Ltd.*, [1998] 3 F.C. 64, my colleague relies on Mr. MacDonald's arrangements with TDB in order to recharacterize the tax treatment of his arrangements with TDSI. By failing to respect Mr. MacDonald's legal relationships with separate entities, my colleague adopts an economic realities approach which this Court has in principle unanimously rejected: *Shell*, at paras. 39-45. Mr. MacDonald's legal relationships with separate entities should be respected; their separate legal personalities cannot simply be ignored. The Forward Contract must be considered separately from the Credit Facility and the Securities Pledge Agreement.

[67] Further, it is unclear what the Credit Facility and the Securities Pledge Agreement add to my colleague's analysis, given that she views the risk neutralized by the Forward Contract as a risk of "fluctuations in the price" of the BNS Shares: Abella J.'s reasons, at para. 37. Mr. MacDonald's exposure to fluctuations in the price of his shares is a risk that would exist without the Credit Facility and the Securities Pledge Agreement. What the Credit Facility and the Securities Pledge Agreement demonstrate is TDB's interest in mitigating the risk of the BNS Shares declining in value while the principal on the Credit Facility was outstanding. Therefore, it appears that my colleague is relying on the Credit Facility and the Securities Pledge Agreement to show how the Forward Contract hedged TDB's contingent risk of price fluctuations in the BNS Shares in the eventuality that they had to be called in as collateral for the Credit Facility. However, in tax characterization cases it is the intention of the *taxpayer* which this Court is concerned with, not the intention of *other entities* on the other side of the taxpayer's transactions: P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7th ed. 2010), at p. 358. TDB's intention should not be relied on to show that the Forward Contract was a hedge against a risk

entre VMTD et M. MacDonald. VMTD n'était partie ni à la facilité de crédit, ni à l'entente de nantissement. Il n'a pas été conclu que les ententes en cause étaient factices, et rien dans la LIR n'exige qu'elles soient considérées comme telles.

[66] Comme l'a fait la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Canada c. Shell Canada Ltée*, [1998] 3 C.F. 64, ma collègue invoque les ententes conclues entre M. MacDonald et Banque TD afin de requalifier le traitement fiscal des ententes qu'il a conclues avec VMTD. En ne respectant pas les rapports juridiques de M. MacDonald avec des entités distinctes, ma collègue adopte une approche axée sur la réalité économique que notre Cour a en principe rejetée à l'unanimité : *Shell*, par. 39-45. Les rapports juridiques de M. MacDonald avec des entités distinctes doivent être respectés; on ne peut simplement ignorer leur personnalité juridique distincte. Le contrat à terme de gré à gré doit être traité séparément de la facilité de crédit et de l'entente de nantissement.

[67] De plus, il est difficile de voir ce que la facilité de crédit et l'entente de nantissement ajoutent à l'analyse de ma collègue, étant donné qu'elle considère le risque neutralisé par le contrat à terme de gré à gré comme étant le risque de « fluctuations du prix » des actions de la BNE : motifs de la juge Abella, par. 37. L'exposition de M. MacDonald aux fluctuations du prix de ses actions est un risque qui serait présent même si la facilité de crédit et l'entente de nantissement n'existaient pas. Ce que la facilité de crédit et l'entente de nantissement démontrent, c'est l'intérêt de la Banque TD à l'égard de la mitigation du risque que les actions de la BNE perdent de la valeur alors que le principal de la facilité de crédit est impayé. Par conséquent, il semble que ma collègue se fonde sur la facilité de crédit et sur l'entente de nantissement pour démontrer la manière dont le contrat à terme de gré à gré couvrirait le risque éventuel de Banque TD relativement aux fluctuations du prix des actions de la BNE, dans le cas où elles sont offertes en garantie pour la facilité de crédit. Cependant, dans les cas de qualification fiscale, c'est l'intention du *contribuable* qui intéresse la Cour, et non l'intention des *autres entités* à l'autre extrémité des opérations du contribuable : P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax*

which did not concern Mr. MacDonald. This Court should be concerned only with Mr. MacDonald's intention in entering into the Forward Contract, not with that of TDB.

[68] In order for the Forward Contract to constitute a hedge, it and Mr. MacDonald's ownership risk in the BNS Shares must stand on their own. The derivative transaction at issue must be considered independently of the taxpayer's arrangements with separate entities and the risks to which those separate entities are exposed.

[69] I pause here to explain what I mean by "ownership risk", and to note a point on which I agree with my colleague. Ownership risk is a concept which is based on a recognition that the owner of an asset is exposed to risks related to fluctuations in the value of the asset even if the owner does not intend to sell the asset (and thereby incur a transactional risk): see C.A. reasons, at paras. 78-82. As my colleague notes, the effect of the concept of ownership risk is that a hedge may exist for tax purposes despite the absence of a synchronous transaction used to offset gains or losses arising from a derivative contract.

VII. No Grounds to Interfere With the Trial Judge's Factual Findings

[70] I also part ways with my colleague on three errors she imputes to the trial judge: (1) that the trial judge placed undue significance on Mr. MacDonald's evidence and on the Forward Contract's mode of settlement; (2) that the trial judge failed to appreciate that the BNS Shares were exposed to risk despite the absence of a "synchronous transaction used to offset gains or losses"; and (3) that the second of these errors "necessarily" led the trial judge to conclude that Mr. MacDonald's intention had been to speculate (paras. 34-35). I also note that my colleague's

Law (7^e éd. 2010), p. 358. L'intention de la Banque TD ne devrait pas être utilisée pour démontrer que le contrat à terme de gré à gré constituait une couverture à l'égard d'un risque qui ne concernait pas M. MacDonald. Notre Cour devrait tenir compte uniquement de l'intention de celui-ci au moment de la conclusion du contrat à terme de gré à gré, et non de celle de la Banque TD.

[68] Pour que le contrat à terme de gré à gré constitue un instrument de couverture, celui-ci et le risque lié à la propriété de M. MacDonald dans les actions de la BNE doivent être indépendants. L'opération dérivée en cause doit être considérée indépendamment des ententes conclues par le contribuable avec des entités distinctes et des risques auxquels s'exposent ces entités distinctes.

[69] J'ouvre ici une parenthèse pour expliquer ce que j'entends par « risque lié à la propriété » et pour souligner un point sur lequel ma collègue et moi sommes d'accord. Le risque lié à la propriété est une notion qui repose sur la reconnaissance du fait que le propriétaire d'un bien est exposé à des risques relatifs aux fluctuations de la valeur du bien, même si le propriétaire n'a pas l'intention de vendre le bien (et, de ce fait, d'encourir un risque lié à une transaction) : voir les motifs de la C.A., par. 78-82. Comme le souligne ma collègue, la notion de risque lié à la propriété a pour effet qu'une couverture peut exister aux fins du calcul de l'impôt malgré l'absence d'opération synchronisée utilisée pour compenser les gains ou les pertes issus d'un contrat dérivé.

VII. Rien ne justifie d'intervenir quant aux conclusions de fait de la juge de première instance

[70] Je ne suis pas non plus du même avis que ma collègue pour ce qui est des trois erreurs qu'elle impute à la juge de première instance, à savoir : (1) celle-ci aurait, à tort, accordé une importance indue au témoignage de M. MacDonald et au mode de règlement du contrat à terme de gré à gré; (2) elle n'aurait pas tenu compte du fait que les actions de la BNE étaient exposées à un risque, malgré l'absence d'« opération synchrone utilisée pour compenser les gains ou les pertes »; et (3) elle aurait « forcément » été amenée à conclure, du fait de cette deuxième

treatment of the Credit Facility and the Securities Pledge Agreement is inconsistent with the trial judge’s findings; as I have already discussed that issue, however, I will not address it further.

[71] With respect, none of these purported legal errors stands up to scrutiny.

[72] Regarding the first of the purported errors, my colleague’s critique amounts to a difference of opinion as to the weight to be ascribed to the mode of settlement and to Mr. MacDonald’s evidence. However, this Court’s role as an appellate court is not to retry the case or reweigh the evidence. An appellate court is not free to interfere with a factual conclusion it disagrees with if its disagreement stems from a difference of opinion over the weight to be assigned to evidence: *Housen*, at para. 23. Nor is it appropriate for an appellate court to transform its “opposition to a trial judge’s factual findings and inferences into attributed legal errors”: *R. v. Javanmardi*, 2019 SCC 54, [2019] 4 S.C.R. 3, at para. 42.

[73] The trial judge considered Mr. MacDonald’s evidence and specifically took the objective circumstances into account:

The Respondent argued that Mr. MacDonald’s self-serving statements alone cannot be determinative of his intention. However, I am not guided solely by Mr. MacDonald’s statements (i.e. by his subjective intention) and I must look for objective manifestations of purpose, which is a question of fact to be decided from all of the circumstances. As mentioned in the previous paragraph, the facts and surrounding circumstances showed that the testimony of Mr. MacDonald was credible and reliable. [Emphasis added; citations omitted; para. 65.]

[74] Further, the mode of settlement played only a secondary role in the trial judge’s analysis as a circumstance which was consistent with the finding that Mr. MacDonald was acting as a speculator would:

erreur, que M. MacDonald avait agi dans un dessein de spéculation (par. 34-35). Je souligne également que l’analyse que fait ma collègue de la facilité de crédit et de l’entente de nantissement va à l’encontre des conclusions de la juge de première instance; cependant, comme j’ai déjà abordé la question, je n’en parlerai point davantage.

[71] Avec égards, j’estime qu’aucune de ces supposées erreurs ne résiste à un examen approfondi.

[72] Pour ce qui est de la première des erreurs reprochées, la critique formulée par ma collègue équivaut à une divergence d’opinion quant au poids à accorder au mode de règlement et au témoignage de M. MacDonald. Toutefois, le rôle de la Cour à titre de cour d’appel n’est pas de refaire le procès ni de soulever à nouveau la preuve. Les cours d’appel ne sont pas habilitées à intervenir à l’égard d’une conclusion factuelle à laquelle elles ne souscrivent pas, lorsque ce désaccord résulte d’une divergence d’opinion sur le poids à attribuer aux éléments de preuve : *Housen*, par. 23. Il est tout aussi inapproprié pour les cours d’appel d’assimiler leur « opposition aux conclusions et inférences factuelles du juge du procès à de prétendues erreurs de droit » : *R. c. Javanmardi*, 2019 CSC 54, [2019] 4 R.C.S. 3, par. 42.

[73] La juge de première instance a examiné le témoignage de M. MacDonald et a expressément tenu compte des circonstances objectives :

L’intimée fait valoir que les déclarations intéressées de M. MacDonald ne peuvent à elles seules être déterminantes de son intention. Cependant, je ne m’appuie pas uniquement sur les déclarations de M. MacDonald (c’est-à-dire sur son intention subjective), et je dois examiner comment son intention se manifeste objectivement, ce qui est une question de fait à trancher en tenant compte de toutes les circonstances. Comme je l’ai mentionné au paragraphe précédent, les faits et les circonstances montrent que le témoignage de M. MacDonald était crédible et fiable. [Je souligne; citations omises; par. 65.]

[74] En outre, le mode de règlement n’a joué qu’un rôle secondaire dans l’analyse de la juge de première instance, en tant que circonstance cadrant avec la conclusion que M. MacDonald agissait comme spéculateur :

My conclusion is reinforced by the cash settlement feature of the Forward Contract which, as expressed by Mr. Kurgan, is more likely to be used by a speculator. As mentioned above, Mr. MacDonald cannot settle the Forward Contract by transferring any BNS shares; the only method of settlement is by way of cash transfer. The sole source of income for Mr. MacDonald is the Forward Contract. However, Dr. Klein was of the opinion that the cash settlement feature of the Forward Contract was not determinative of a hedge or speculation as they are economically equivalent. At the hearing, Dr. Klein testified as to the economic equivalence between cash settled and a physically settled forward contract. I agree with him that he had made that demonstration. However, in tax cases, form matters and my goal is not to determine the economic equivalence between two different transactions but the tax consequences arising from a specific transaction and, to that end, I must try to obtain an accurate picture of the income of a taxpayer. [para. 69]

[75] Nowhere in her reasons did the trial judge treat the mode of settlement as determinative. Indeed, she cited the same passage from *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, on which my colleague relies in support of her conclusion that the trial judge erred:

Nevertheless, I am also cognizant of the comments of the Supreme Court of Canada in *Placer Dome Canada Ltd.*, *supra*, “that, at least for the purposes of GAAP [generally accepted accounting principles], the way in which a derivative contract functions as a ‘hedge’ is unaffected by the method by which the contract is settled” However, as also stated by the Supreme Court in *Canderel Ltd.*, *supra*, GAAP is not determinative of tax treatment [para. 70]

[76] The trial judge correctly identified and applied the relevant legal principles. She did not treat the mode of settlement as determinative. She did not treat Mr. MacDonald’s statements of intent as determinative. I see no basis for this Court to intervene. Appellate intervention would be justified only if the taxpayer’s statements of intent and the mode of settlement carried no legal significance at all. If that

Ma conclusion est étayée par le fait que le règlement du contrat à terme devait avoir lieu en espèces, ce qui, comme l’a exprimé M. Kurgan, est plus susceptible de se produire lors de la spéculation. Comme il est mentionné plus haut, M. MacDonald ne pouvait régler le contrat à terme par un transfert d’actions de la BNE; seul un transfert en espèces pouvait régler le contrat. La seule source de revenu pour M. MacDonald est le contrat à terme. Cependant, M. Klein était d’avis que le fait que le contrat à terme dût être réglé en espèces n’était pas un élément déterminant d’une couverture ou de la spéculation, puisque celles-ci sont équivalentes sur le plan économique. À l’audience, M. Klein a témoigné de l’équivalence économique entre des contrats à terme dont le règlement se fait en espèces ou en éléments d’actif. Je conviens qu’il a établi ce fait. Cependant, en matière de fiscalité, la forme a de l’importance, et mon but n’est pas de déterminer l’équivalence économique de deux transactions différentes, mais les conséquences fiscales découlant d’une transaction précise, et je dois à cette fin obtenir une image précise du revenu d’un contribuable. [par. 69]

[75] Nulle part dans ses motifs la juge de première instance n’a-t-elle traité le mode de règlement comme un facteur déterminant. De fait, elle a cité le même passage tiré de l’arrêt *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, que celui sur lequel ma collègue s’appuie pour conclure que la juge de première instance a commis une erreur :

Néanmoins, je suis également au fait des commentaires de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Placer Dome*, précité, selon lesquels « tout au moins pour l’application des PCGR [principes comptables généralement reconnus], le contrat dérivé demeure un instrument de « couverture » quel qu’en soit le dénouement » [. . .] Cependant, comme l’a aussi affirmé la Cour suprême dans l’arrêt *Canderel*, précité, les PCGR ne sont pas déterminants en matière de traitement fiscal . . . [par. 70]

[76] La juge de première instance a correctement énoncé et appliqué les principes juridiques pertinents. Elle n’a traité ni le mode de règlement, ni les déclarations d’intention de M. MacDonald comme des éléments déterminants. Je ne vois aucune raison justifiant l’intervention de la Cour. Une intervention en appel ne serait justifiée que si les énoncés d’intention du contribuable et le mode de règlement

were the case, this Court might as well stop asserting that the test is based on “intention”, and acknowledge that the real test it is applying is based purely on the economic effects of the transaction.

[77] The second of the purported errors, that the trial judge failed to appreciate that the BNS Shares were exposed to risk despite the absence of a linking transaction, is based on a flawed reading of the trial judge’s reasons. The trial judge clearly understood that a hedge of a capital asset is legally possible, and in fact stated as much in summarizing *George Weston Ltd.*:

Associate Chief Justice Lamarre noted that the Supreme Court in *Shell Canada Ltd.*, *supra*, did not say that the gain or loss on a derivative must necessarily be linked to a gain or loss on another transaction and she opined that there is no legal basis to deny capital treatment to proceeds earned from a hedging contract if there is no sale or proposed sale of the underlying item being hedged. In finding that the swaps were entered into as a hedge of the investment in the USD operations, Lamarre ACJ considered GWL’s [George Weston Ltd.’s] intention, the amounts of the swaps and the amounts of the USD operations which were approximately equal as well as the timing of the acquisition of the swaps which was fairly close to the acquisition of the USD operations. [para. 94]

[78] In *George Weston Ltd.*, the ownership risk which the taxpayer was exposed to was material to its business operations, which prompted the taxpayer to respond by hedging against that risk:

. . . GWL was exposed to currency risk associated with an increasing debt to equity ratio as a result of its expanded indirect holdings in US assets. That risk led to tangible consequences as detailed by Ms. Frost and as evidenced by Standard & Poor’s credit watch discussed

n’avaient aucune incidence juridique. Si tel était le cas, la Cour devrait tout aussi bien cesser d’affirmer que le test est fondé sur l’« intention », et reconnaître que le véritable test qu’elle applique est fondé purement sur les effets économiques de l’opération.

[77] La deuxième erreur reprochée, à savoir que la juge de première instance n’a pas tenu compte du fait que les actions de la BNE étaient exposées à un risque malgré l’absence d’opération y étant reliée, repose sur une interprétation erronée des motifs de la juge de première instance. Celle-ci comprenait très bien que la couverture d’un actif immobilisé est légalement possible; elle l’a d’ailleurs indiqué clairement alors qu’elle résumait l’affaire *George Weston Limited* :

La juge en chef adjointe Lamarre a souligné que la Cour suprême, dans l’arrêt *Shell*, précité, n’avait pas déclaré que le gain ou la perte provenant d’une opération dérivée devait nécessairement être rattaché à un gain ou à une perte découlant d’une autre opération; elle a affirmé qu’il n’y avait pas de fondement juridique justifiant que le produit tiré d’un contrat de couverture ne puisse pas être imputé au capital en l’absence de vente ou d’une vente proposée de l’élément couvert sous-jacent. Pour conclure que les échanges avaient été utilisés à titre de couverture du placement dans les entreprises exploitées en dollars américains, la juge en chef adjointe Lamarre a pris en considération l’intention de GWL [George Weston Limitée], la valeur des échanges et la valeur des entreprises exploitées en dollars américains, laquelle était approximativement égale, en plus de la date d’acquisition des échanges, qui était assez proche de la date d’acquisition des entreprises exploitées en dollars américains. [par. 94]

[78] Dans l’arrêt *George Weston Limited*, le contribuable était exposé à un risque lié à la propriété qui avait une incidence importante sur ses activités commerciales, et qui l’avait amené à réagir en couvrant ce risque :

. . . GWL était exposée au risque de change associé à une augmentation du ratio emprunts/capitaux propres découlant de l’élargissement de ses avoirs indirects dans des actifs américains. Ce risque a abouti à des conséquences concrètes, comme les a précisées M^{me} Frost et comme le

above. This caused management to hedge the risk using swaps which were directly tied to the value of GWL's US assets. [para. 75]

[79] In this appeal, the trial judge distinguished *George Weston Ltd.* on its facts on the basis that the ownership risk Mr. MacDonald was exposed to was entirely theoretical and immaterial given his financial purposes:

Furthermore, I am of the view that the Respondent erred when she said that the risk for Mr. MacDonald rested with his ownership of BNS shares and the potential for price fluctuations, citing *George Weston Ltd.*, *supra*. The facts in *George Weston Ltd.*, *supra*, are clear: the swaps were entered into to protect GWL against a devaluation of the USD compared to the Canadian dollar which would have had a negative impact on GWL's financial statements and on GWL's debt to equity ratio. The risk in GWL was clear and, in the absence of the swaps, GWL would have had suffered from the devaluation of the USD as it would have had a direct impact on GWL's financial statements and a direct impact on its shareholders. When the risk was no longer present, GWL terminated the swaps.

However, I am of the view that the situation I am faced with is entirely different as to the existence of a risk. In arguing as she did, the Respondent did not take into account the actual facts of this case. Mr. MacDonald testified that he wanted to keep the BNS shares for the very long term. He sold only a small number of BNS shares over the years to rebalance his portfolio. He owned the BNS shares for the past 30 years. He entered into the Forward Contract, which was cash settled, confirming his intention not to sell the BNS shares. I do not see how Mr. MacDonald could have been exposed to a risk associated with the ownership of the BNS shares since he did not want to ever sell the BNS shares and, in fact, he only sold a small number of shares. As long as he did not sell the BNS shares, he suffered no risk in holding the BNS shares and I do not see how price fluctuations could have affected him. [paras. 103-4]

montre la surveillance de la solvabilité par Standard & Poor's, tel que cela a été mentionné plus tôt. Cela a amené la direction à couvrir le risque en recourant à des crédits croisés qui étaient directement liés à la valeur des actifs américains de GWL. [par. 75]

[79] Dans le présent pourvoi, la juge de première instance a démontré que les faits dans l'affaire *George Weston Limited* étaient différents de ceux en l'espèce, car le risque lié à la propriété couru par M. MacDonald était entièrement théorique et sans conséquence compte tenu des objectifs financiers qu'il poursuivait :

De plus, je suis d'avis que l'intimée a commis une erreur quand elle a affirmé que le risque pour M. MacDonald concernait les actions de la BNE qu'il détenait et la possibilité d'une fluctuation des prix, citant *George Weston*, précité. Dans la décision *George Weston*, les faits sont clairs : les échanges ont été conclus pour protéger GWL d'une dévaluation du dollar américain par rapport au dollar canadien, ce qui aurait [nui] aux états financiers de GWL et sur le rapport emprunts/capitaux propres de GWL. Le risque pour GWL était clair et, sans les échanges, GWL aurait souffert de la dévaluation du dollar américain, puisque cela aurait eu un effet direct sur les états financiers de GWL et sur ses actionnaires. Lorsque le risque n'était plus présent, GWL a liquidé les échanges.

Toutefois, je suis d'avis que la situation sur laquelle je dois me pencher est entièrement différente en ce qui a trait à l'existence d'un risque. Dans son argumentation, l'intimée n'a pas tenu compte des faits réels de l'espèce. M. MacDonald a témoigné qu'il voulait conserver les actions de la BNE à très long terme. Il n'a vendu qu'un petit nombre de ses actions de la BNE au cours des ans pour rééquilibrer son portefeuille. Il possédait des actions de la BNE depuis 30 ans. Il a conclu le contrat à terme, qui devait être réglé en espèces, ce qui confirme son intention de ne pas vendre les actions de la BNE. Je ne vois pas comment M. MacDonald aurait pu être exposé à un risque associé aux actions de la BNE qu'il détenait, puisqu'il voulait ne jamais vendre les actions de la BNE; en fait, il n'en a vendu qu'un petit nombre. Tant qu'il ne vendait pas ses actions de la BNE, il n'était exposé à aucun risque du fait qu'il les détenait, et je ne vois pas comment la fluctuation des prix aurait pu le toucher. [par. 103-104]

[80] In this passage, the trial judge did not deny that the law recognizes the concept of ownership risk. Rather, she found as a matter of fact, based on her assessment of the totality of the evidence and her finding that Mr. MacDonald was a credible and reliable witness, that a short-term ownership risk was not a material concern for Mr. MacDonald and did not therefore inform his conduct or his intentions. This is not an error of law, but a finding of fact that can be reviewed only for a palpable and overriding error. I see no such error and, consequently, no basis for this Court to intervene.

[81] The final purported error is that the trial judge's treatment of the ownership risk concept tainted her finding that Mr. MacDonald's "sole purpose and intention" in entering the Forward Contract had been to speculate. Here, the trial judge's reasons must be considered as a whole, and not by means of a surgical analysis of specific isolated sentences. She did not, to ascertain Mr. MacDonald's intention, focus solely on the absence of risk of price fluctuations. Rather, she considered a number of objective factors and made findings of credibility and reliability which are owed deference on appeal:

I am of the view that Mr. MacDonald's sole purpose and intention in entering into the Forward Contract was to speculate on and profit from, an anticipated decline in the trading price of the BNS shares; his testimony was credible and reliable, and he was himself a very credible witness

. . . The facts showed that Mr. MacDonald had a legitimate intention of gaining a profit from the Forward Contract. When he entered into the Forward Contract, it was uncertain as to whether he would be required to make a payment to TDSI or whether he would receive an amount from TDSI. The Forward Contract afforded Mr. MacDonald an opportunity to speculate on the outcome that the price of the BNS Shares would drop in the

[80] Dans ce passage, la juge de première instance n'a pas nié que la loi reconnaît la notion de risque lié à la propriété. Elle a plutôt décidé, comme question de fait, d'après son appréciation de l'ensemble de la preuve et sa conclusion que M. MacDonald était un témoin crédible et fiable, que le risque lié à la propriété à court terme n'était pas une préoccupation importante pour celui-ci, et que cette éventualité ne guidait donc pas sa conduite ni ses intentions. Il ne s'agit pas là d'une erreur de droit, mais d'une conclusion de fait susceptible de révision uniquement selon la norme de l'erreur manifeste et déterminante. Je ne relève aucune telle erreur et, par conséquent, aucun motif justifiant l'intervention de la Cour.

[81] La dernière erreur qu'aurait commise la juge de première instance tiendrait à ce que le traitement qu'elle a appliqué à la notion du risque lié à la propriété a vicié sa conclusion à l'effet que la « seule intention » de M. MacDonald au moment de conclure le contrat à terme de gré à gré avait été de spéculer. Ici, il faut lire les motifs de la juge de première instance dans leur ensemble, plutôt que d'effectuer une analyse chirurgicale de phrases précises isolées. Elle n'a pas, afin de déterminer l'intention de M. MacDonald, limité son examen à l'absence du risque de fluctuation du cours des actions. Elle a plutôt pris en considération un certain nombre de facteurs objectifs et tiré des conclusions relatives à la crédibilité et à la fiabilité, lesquelles commandent la retenue en appel :

Je suis d'avis que la seule intention de M. MacDonald au moment de conclure le contrat à terme était de spéculer sur une baisse prévue du cours des actions de la BNE et d'en tirer profit; son témoignage était crédible et fiable, et il était un témoin très digne de foi . . .

. . . Les faits démontrent que M. MacDonald avait une intention légitime de tirer un bénéfice du contrat à terme. Lorsqu'il a conclu le contrat à terme, il n'était pas possible de dire avec certitude s'il devrait faire un paiement à VMTD ou s'il recevrait un montant de VMTD. Le contrat à terme permettait à M. MacDonald de spéculer sur la possibilité que le cours des actions de la BNE baisse à court terme et qu'il puisse tirer profit de cette baisse prévue.

short term and that he could profit from that anticipated drop. His testimony was uncontradicted and the surrounding facts supported his testimony.

I agree with the following arguments raised by the Appellant. Mr. MacDonald entered into a Forward Contract that could only be cash settled. Hence, the Forward Contract did not involve an exchange, sale or delivery of any BNS shares Furthermore, the Forward Contract itself stamps the transaction as a trading venture as it was highly speculative in nature, it involved great potential for risk and reward, it was isolated and non-recurring, and was not used to lock-in any gain in the BNS Shares

...

. . . I am of the view that, on balance, the evidence showed that Mr. MacDonald's intention at the time of entering into the Forward Contract was to gain a profit by speculating that the market price of the BNS shares would drop in value because of the storm clouds he foresaw coming in the financial markets and which he referred to in his testimony: the 1997 Asian Debt Crisis, the collapse of the Thai Bhat, the October 1997 mini-crash of the New York Stock Exchange, the Russian Debt Crisis in 1998 and the 1998 collapse of the Long Term Capital Management hedge fund. In his own words, Mr. MacDonald's intention "was to achieve a profit on an anticipated decline in the value of Bank of Nova Scotia shares based on the storm clouds that [he] saw in the investment horizon". It is clear from Mr. MacDonald's testimony that his intention was to speculate — he wanted to profit from a potential decline in the value of the BNS shares in the light of the state of the financial market around the time he entered into the Forward Contract.

. . . According to Mr. MacDonald's testimony, which I found credible and reliable, his unfavourable short term outlook stemmed from concerns he had about these adverse developments in the international markets and because, in his view, BNS, of all of the Canadian banks was the most internationally exposed to such events. His belief was based on the vast experience he had gained during the numerous years he had worked in the financial market and the critical information he had of BNS specifically.

Son témoignage n'a pas été contredit et les faits appuient son témoignage.

Je suis d'accord avec les observations suivantes soulevées par l'appellant. M. MacDonald a conclu un contrat à terme qui ne pouvait faire l'objet que d'un règlement en espèces. Par conséquent, le contrat à terme ne comportait pas d'échange, de vente ou de livraison d'actions de la BNE. [. . .] En outre, le contrat à terme lui-même indique que la transaction était une opération commerciale, puisqu'il est de nature hautement spéculative, qu'il présente un fort potentiel de perte et de bénéfice, qu'il s'agit d'une opération isolée et non récurrente et qu'il n'a pas été utilisé pour réaliser un gain de la valeur des actions de la BNE . . .

...

. . . Je suis d'avis que la preuve démontre, selon la prépondérance des probabilités, que l'intention de M. MacDonald au moment de signer le contrat à terme était de réaliser un bénéfice en spéculant que les cours des actions de la BNE baisserait, en raison des nuages sombres qu'il voyait s'accumuler sur les marchés financiers et dont il a fait mention dans son témoignage : la crise de la dette asiatique en 1997, l'effondrement du baht thaïlandais, le mini-krach boursier d'octobre 1997 à la bourse de New York, la crise de la dette russe en 1998 et l'effondrement du fonds de couverture Long Term Capital Management en 1998. Selon ses propres mots, M. MacDonald avait l'intention [TRADUCTION] « de réaliser un profit de la baisse prévue de la valeur des actions de la Banque de la Nouvelle-Écosse en raison des nuages sombres que je voyais s'accumuler à l'horizon financier ». Le témoignage de M. MacDonald montre clairement qu'il avait l'intention de spéculer — il voulait tirer profit d'une baisse possible du cours des actions de la BNE à la lumière de l'état des marchés financiers au moment où il a négocié le contrat à terme.

. . . Selon le témoignage de M. MacDonald, que j'ai trouvé crédible et fiable, ses prévisions défavorables à court terme découlaient des préoccupations que lui inspiraient ces nuages sombres dans les marchés internationaux et du fait qu'à son avis, la BNE était la banque canadienne qui présentait la plus grande exposition à ces événements à l'étranger. Sa croyance était fondée sur la vaste expérience acquise durant ses nombreuses années de travail dans les marchés financiers et sur l'information

Mr. MacDonald's testimony was clear as to what his intention was in entering into the Forward Contract. As a very well-informed person in the world of finance, he saw storm clouds on the horizon. Also, because he worked at a very high level position at the BNS for many years, he was able to reasonably conclude that the BNS was the most exposed of the Canadian banks to the foreign market turbulence.

...

Another very important fact to take into account in this particular case is that Mr. MacDonald did not intend to ever sell his BNS shares and he wanted to hold on to them for the very long term. The facts also supported his testimony in that respect as Mr. MacDonald only sold only a small number of BNS shares throughout the years to rebalance his portfolio. In 2003 and 2004, he did not sell any BNS shares (he donated 400 BNS shares in 2004). In 2005, as VFC [Inc., a company of which he was the chairman and a shareholder,] was becoming quite successful, Mr. MacDonald sold 273,000 BNS shares, representing 37% of his shareholding. The reason given by Mr. MacDonald for selling the BNS shares was credible: as he was one of the founders of VFC, it would not look good if he were to sell VFC shares. Also, in 2006, Mr. MacDonald acquired TD Bank shares in exchange for his shares of VFC and decided to sell some BNS shares and TD Bank shares to rebalance his portfolio. In 2006, Mr. MacDonald sold 10,000 BNS shares, representing only 2.2% of his shareholding. Mr. MacDonald's testimony was very clear: the BNS shares are the cornerstone of his investment portfolio, representing approximately 15% of the value of his portfolio at the date of the hearing. Accordingly, it is clear that Mr. MacDonald took an important financial risk by entering into the Forward Contract. If the market price of the BNS shares went up, he would have had to make a payment to TDSI. As he did not want to sell the BNS shares and he did not, in fact, sell any BNS shares when he made payments under the Forward Contract, it is evident that making payments under the Forward Contract without selling any corresponding BNS shares put Mr. MacDonald in a disadvantageous financial position. Therefore, one cannot conclude that he had locked-in a gain by entering into the Forward Contract. Furthermore, keeping in mind the important fact that Mr. MacDonald testified that he wanted to keep the BNS shares for the

cruciale dont il disposait sur la BNE en particulier. Dans son témoignage, M. MacDonald a établi clairement quelle était son intention au moment de conclure le contrat à terme. À titre de personne bien informée sur le monde de la finance, il voyait les nuages sombres qui s'accumulaient à l'horizon. De plus, parce qu'il avait occupé des postes de très haut niveau pendant plusieurs années à la BNE, il était en mesure de conclure de façon raisonnable que la BNE était la banque canadienne la plus exposée aux turbulences des marchés étrangers.

...

Un autre fait très important dont il faut tenir compte en l'espèce est que M. MacDonald avait l'intention de ne jamais vendre ses actions de la BNE et qu'il voulait les conserver à très long terme. Les faits étaient aussi cette partie de son témoignage, puisque M. MacDonald n'a vendu qu'une petite partie de ses actions de la BNE au fil des années afin de rééquilibrer son portefeuille. En 2003 et en 2004, il n'a vendu aucune action de la BNE (il a fait don de 400 actions de la BNE en 2004). En 2005, alors que VFC [Inc., société dont il était président et actionnaire] commençait à connaître beaucoup de succès, M. MacDonald a vendu 273 000 actions de la BNE, soit 37 % de sa participation. La raison invoquée par M. MacDonald pour la vente des actions de la BNE était crédible : puisqu'il était l'un des fondateurs de VFC, il n'aurait pas envoyé un bon message en vendant des actions de VFC. De plus, en 2006, M. MacDonald a acquis des actions de la Banque TD en échange de ses actions de VFC et a décidé de vendre une partie de ses actions de la BNE et de la Banque TD afin de rééquilibrer son portefeuille. En 2006, M. MacDonald a vendu 10 000 actions de la BNE, ce qui ne représentait que 2,2 % de sa participation. Le témoignage de M. MacDonald a été très clair : les actions de la BNE constituent la pierre angulaire de son portefeuille de placements, représentant environ 15 % de la valeur de son portefeuille à la date de l'audience. Par conséquent, il est clair que M. MacDonald a pris un risque financier très important en concluant le contrat à terme. Si le cours des actions de la BNE avait augmenté, il aurait dû faire un paiement à VMTD. Comme il ne voulait pas vendre ses actions de la BNE et qu'il n'a pas, en fait, vendu d'actions de la BNE lorsqu'il a fait des paiements en vertu du contrat à terme, il est évident que le fait de faire des paiements en vertu du contrat à terme sans vendre des actions de la BNE correspondantes plaçait M. MacDonald dans une situation financière désavantageuse. Par conséquent, on ne peut

very long term, I do not see why Mr. MacDonald would have entered into the Forward Contract with the intent of making a payment to TDSI, which would be to lose money. [Emphasis added; paras. 59-66.]

[82] Given all of the evidence and the objective circumstances reviewed by the trial judge, I cannot accept that her view with respect to the ownership risk concept necessarily led her to conclude that Mr. MacDonald had intended to speculate. As I have already concluded, the trial judge did not err in law by denying or misapplying the concept of ownership risk. Absent an extricable legal error, her factual findings that Mr. MacDonald had intended to speculate and that he had objectively manifested that intent are findings of fact that can be reviewed only for a palpable and overriding error. No such error has been demonstrated. I see no basis for this Court to intervene.

VIII. Linkage

[83] I turn now to the question of linkage, which is important when analyzing whether a taxpayer objectively manifested an intention to hedge. The timing connection between the Forward Contract and the BNS Shares is weak, because Mr. MacDonald owned the BNS Shares for approximately 10 years before entering into the Forward Contract, the Forward Contract was an isolated transaction and the Forward Contract remained in existence for 16 months after Mr. MacDonald had repaid his outstanding balance under the Credit Facility. The quantum connection is also imperfect, because the number of BNS Shares to which the Forward Contract applied did not exactly match the number of shares in BNS owned by Mr. MacDonald at the material time. Nonetheless, I acknowledge that, while it was in existence, the Forward Contract achieved a theoretical partial

conclure qu’il a réalisé un gain en concluant le contrat à terme. En outre, et en gardant à l’esprit le fait important que M. MacDonald a déclaré qu’il souhaitait conserver ses actions de la BNE à très long terme, je ne peux voir pourquoi M. MacDonald aurait conclu le contrat à terme dans l’intention d’effectuer un paiement à VM TD, ce qui reviendrait à perdre de l’argent. [Je souligne; par. 59-66.]

[82] Compte tenu de l’ensemble de la preuve et des circonstances objectives examinées par la juge de première instance, je ne peux accepter que son opinion concernant la notion de risque lié à la propriété l’a forcément amenée à conclure que M. MacDonald avait l’intention de spéculer. Comme je l’ai déjà conclu, la juge de première instance n’a pas commis d’erreur de droit en appliquant incorrectement la notion de risque lié à la propriété, ou en niant son existence. À défaut d’une erreur de droit isolable, les conclusions de fait de la juge de première instance voulant que M. MacDonald ait eu l’intention de spéculer, et qu’il ait manifesté objectivement cette intention, sont des conclusions de fait susceptibles de révision uniquement selon la norme de l’erreur manifeste et déterminante. Une telle erreur n’a pas été établie en l’espèce. Je ne vois donc aucune raison justifiant l’intervention de notre Cour.

VIII. Le rattachement

[83] J’arrive maintenant à la question du rattachement, laquelle est importante pour établir si le contribuable a manifesté objectivement son intention de couvrir. Le lien temporel entre le contrat à terme de gré à gré et les actions de la BNE est tenu, étant donné que M. MacDonald détenait ses actions de la BNE depuis environ 10 ans quand il a conclu le contrat à terme de gré à gré, que ce contrat était une opération isolée et qu’il est demeuré en vigueur pendant 16 mois après que M. MacDonald a remboursé le solde dû sur la facilité de crédit. Le lien quant au quantum est également imparfait, car le nombre d’actions de la BNE auxquelles s’appliquait le contrat à terme de gré à gré ne correspondait pas exactement au nombre d’actions de la BNE détenues par M. MacDonald au moment pertinent. Je reconnais néanmoins que, pendant la durée de

economic hedge of Mr. MacDonald's ownership risk in the BNS Shares. However, economic realities are not the end of the analysis.

[84] Mr. MacDonald is entitled to be taxed based on what he actually did, not what he could have done: *Shell*, at para. 45. Because the Forward Contract was cash-settled, Mr. MacDonald could only offset his risk by selling a corresponding number of BNS Shares to cover his losses. However, he did not sell his shares at the same time or in close proximity with the losses he incurred. In addition, the Forward Contract was an isolated transaction. It was not a regular or systemic part of his financial or investment practices. His conduct was therefore more consistent with that of a speculator than of a hedger.

[85] Further, given that *Shell* requires this Court to consider the Forward Contract separately from the Credit Facility and the Securities Pledge Agreement for tax purposes, the trial judge was correct to disregard the various links between the Credit Facility and the Forward Contract proposed by the Respondent. As I noted above, the trial judge carefully reviewed the objective indicia that the Forward Contract was speculative and accepted that evidence. Additionally, as previously mentioned, Mr. MacDonald was unconcerned with ownership risk.

[86] On balance, while some of the objective economic indicators are consistent with an intent to hedge, there are also objective circumstances that suggest an intent to speculate, and I am not persuaded that the trial judge's findings of fact should be overturned on the application of a deferential standard of review. As I mentioned above, this Court's role is not to retry the case or reweigh the evidence: *Housen*, at para. 23. Where the issue on appeal involves the

son existence, le contrat à terme de gré à gré offrait théoriquement une couverture partielle économique du risque relatif à la propriété auquel était exposé M. MacDonald en ce qui concerne les actions de la BNE. Toutefois, l'analyse ne s'arrête pas à la réalité économique.

[84] Monsieur MacDonald a le droit d'être imposé en fonction de ce qu'il a véritablement fait, et non de ce qu'il aurait pu faire : *Shell*, par. 45. Parce que le contrat à terme de gré à gré devait être réglé en espèces, M. MacDonald pouvait seulement compenser le risque qu'il courait en vendant une quantité correspondante d'actions de la BNE pour couvrir ses pertes. Cependant, il n'a pas vendu ses actions au même moment où il a subi ses pertes, ou dans une période rapprochée. De plus, le contrat à terme de gré à gré constituait une opération isolée, qui ne faisait pas régulièrement ou systématiquement partie de ses pratiques en matière de finances ou d'investissement. Monsieur MacDonald a donc davantage agi comme une personne qui spéculait plutôt que comme une personne qui effectue une opération de couverture.

[85] En outre, étant donné que l'arrêt *Shell* exige de notre Cour qu'elle examine le contrat à terme de gré à gré séparément de la facilité de crédit et de l'entente de nantissement aux fins du calcul de l'impôt, le juge de première instance a eu raison de ne pas tenir compte des divers liens, proposés par l'intimée, entre la facilité de crédit et le contrat à terme de gré à gré. Comme je l'ai déjà souligné, le juge de première instance a soigneusement passé en revue les indices objectifs laissant croire que le contrat à terme de gré à gré était spéculatif, et a accepté ces éléments de preuve. De surcroît, comme il a été mentionné plus tôt, M. MacDonald était indifférent quant au risque relatif à la propriété.

[86] Tout bien considéré, même si certains indicateurs économiques objectifs sont compatibles avec une intention de couvrir, il existe également des circonstances objectives tendant à indiquer une intention de spéculer, et je ne suis pas convaincue que les conclusions de fait de la juge de première instance doivent être infirmées sur la base d'une norme de contrôle qui commande la déférence. Comme je l'ai mentionné précédemment, le rôle de notre Cour n'est

trial judge's interpretation of the evidence as a whole, that interpretation should not be overturned absent a palpable and overriding error: para. 36. No such error has been demonstrated. I would therefore restore the trial judge's conclusion that Mr. MacDonald's losses from the Forward Contract resulted from an adventure in the nature of a trade and are taxable on Mr. MacDonald's income account.

IX. Conclusion

[87] In the final analysis, my colleague purports to adopt a test based on the taxpayer's intent. However, her application of the test to the facts of this appeal reveals that the test she is really applying is one anchored on the economic realities of Mr. MacDonald's arrangements with various entities. In *Shell*, this Court unanimously held that economic realities cannot be used to recharacterize *bona fide* legal relationships. This Court should not disregard a unanimous precedent, applicable standards of review, findings of fact and a trial judge's assessment of credibility in order to square a theoretical economic hedge into the round hole of an intention-based test.

[88] For the foregoing reasons, I would allow the appeal and restore the trial judge's order.

Appeal dismissed with costs, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

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

pas de refaire le procès ni de soupeser à nouveau la preuve : *Housen*, par. 23. Lorsque la question en appel soulève l'interprétation de l'ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et déterminante : par. 36. Une telle erreur n'a pas été établie en l'espèce. Je suis donc d'avis de rétablir la conclusion de la juge de première instance selon laquelle les pertes de M. MacDonald issues du contrat à terme de gré à gré découlent d'un projet comportant un risque à caractère commercial, et sont par conséquent déductibles du revenu de M. MacDonald.

IX. Conclusion

[87] En dernière analyse, ma collègue prétend adopter un test fondé sur l'intention du contribuable. Toutefois, son application de ce test aux faits du présent pourvoi permet de constater qu'elle applique en fait un test qui repose sur les réalités économiques des ententes conclues par M. MacDonald avec d'autres entités. Dans l'arrêt *Shell*, notre Cour a unanimement statué que les réalités économiques ne peuvent être utilisées pour requalifier des rapports juridiques véritables. La Cour ne peut faire fi d'une jurisprudence unanime, des normes de contrôle applicables, des conclusions de fait et de l'appréciation de la crédibilité faite par la juge de première instance à seule fin d'appliquer le test axé sur l'intention à une opération de couverture économique théorique, ce qui équivaut à faire passer un chameau par le chas d'une aiguille.

[88] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance de la juge de première instance.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelant : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.

K.G.K. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,
Attorney General of Ontario,
Director of Criminal and
Penal Prosecutions and
Criminal Lawyers' Association of Ontario**
Interveners

INDEXED AS: R. v. K.G.K.

2020 SCC 7

File No.: 38532.

2019: September 25; 2020: March 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
FOR MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Verdict deliberation time — Delay of nine months between conclusion of evidence and argument at trial and trial judge's verdict — Whether s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to verdict deliberation time — If so, whether verdict deliberation time is included in presumptive ceilings established in Jordan — Test to be applied in assessing whether right to be tried within reasonable time infringed by delay occasioned by verdict deliberation time.

K was charged in April 2013 with sexual offences against his stepdaughter. The evidence and argument at his trial concluded on January 21, 2016. The trial judge reserved judgment. After inquiring as to the status of K's case, the parties were informed on September 30, 2016, that the trial judge would render his decision on October 25, 2016. The trial judge rendered his decision as planned and convicted K. However, the day before, K

K.G.K. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Directrice des poursuites pénales,
procureur général de l'Ontario,
directeur des poursuites
criminelles et pénales et
Criminal Lawyers' Association of Ontario**
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. K.G.K.

2020 CSC 7

N° du greffe : 38532.

2019 : 25 septembre; 2020 : 20 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
MANITOBA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Temps de délibération en vue du prononcé du verdict — Délai de neuf mois entre la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries au procès et le prononcé du verdict par le juge du procès — L'alinéa 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-il au temps de délibération en vue du prononcé du verdict? — Si oui, le temps de délibération en vue du prononcé du verdict est-il inclus dans les plafonds présumés établis par l'arrêt Jordan? — Test à appliquer pour évaluer si le délai découlant du temps de délibération en vue du prononcé du verdict a entraîné une violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

K a été inculpé en avril 2013 d'infractions sexuelles contre sa belle-fille. La présentation de la preuve et des plaidoiries au procès a pris fin le 21 janvier 2016. Le juge du procès a mis l'affaire en délibéré. Après s'être enquis quant à l'état du dossier de K, les parties ont été informées le 30 septembre 2016 que le juge du procès rendrait sa décision le 25 octobre 2016. Le juge du procès a rendu sa décision comme prévu, déclarant K coupable. Toutefois,

filed a motion seeking a stay of proceedings on the basis that the delay between the date the charges were laid and the date the verdict was to be rendered was unreasonable and infringed his s. 11(b) *Charter* right to be tried within a reasonable time. The trial judge recused himself from the stay motion. The motion judge dismissed K's motion, finding that neither the verdict deliberation time taken by the trial judge, nor the delay between the charge and the last day of trial, breached K's s. 11(b) rights. A majority of the Court of Appeal dismissed K's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: Although the right to be tried within a reasonable time enshrined in s. 11(b) extends beyond the end of the evidence and argument at trial and encompasses verdict deliberation time, the presumptive ceilings established by the Court in *Jordan* do not. Where an accused claims that the trial judge's verdict deliberation time breached their s. 11(b) right to be tried within a reasonable time, they must establish that the deliberations took markedly longer than they reasonably should have in all of the circumstances. The burden on the accused is a heavy one due to the operation of the presumption of judicial integrity.

The presumptive ceilings established in *Jordan* were not intended to cover the entire period of time to which s. 11(b) applies. Properly construed, the *Jordan* ceilings apply from the date of the charge until the actual or anticipated end of the evidence and argument. They represent a specific solution designed to address a specific problem: the culture of complacency towards excessive delay associated with bringing those charged with criminal offences to trial. There is no suggestion in this case, nor was there any suggestion in *Jordan*, that delay arising from verdict deliberation time contributes to the systemic problem that *Jordan* sought to address. Further, a host of practical problems would arise if the presumptive ceilings were to include verdict deliberation time, which would run counter to *Jordan's* goals of clarity and predictability.

la veille, K avait déposé une requête en arrêt des procédures au motif que le délai qui s'était écoulé entre la date du dépôt des accusations et la date à laquelle le verdict devait être rendu était déraisonnable et portait atteinte au droit que lui garantit l'al. 11b) de la *Charte* d'être jugé dans un délai raisonnable. Le juge du procès s'est récusé eu égard à la requête en arrêt des procédures. Le juge des requêtes a rejeté la requête de K, concluant que ni le temps de délibération en vue du prononcé du verdict qu'il avait fallu au juge du procès ni le délai s'étant écoulé entre le dépôt des accusations et le dernier jour du procès n'avaient entraîné une violation des droits que l'al. 11b) garantit à K. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel de K.

Arrêt : L'appel est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : Bien que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable enchâssé dans l'al. 11b) s'applique au-delà de la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries dans le cadre du procès et englobe le temps de délibération en vue du prononcé du verdict, ce n'est pas le cas des plafonds présumés fixés par la Cour dans l'arrêt *Jordan*. Lorsque l'accusé soutient que le temps de délibération en vue du prononcé du verdict qu'il a fallu au juge du procès a violé le droit d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'al. 11b), il doit établir que le temps consacré aux délibérations a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être compte tenu de l'ensemble des circonstances. Il s'agit d'un lourd fardeau pour l'accusé en raison de l'application de la présomption d'intégrité judiciaire.

Les plafonds présumés fixés par l'arrêt *Jordan* n'étaient pas censés viser toute la période à laquelle s'applique l'al. 11b). Interprétés correctement, ces plafonds s'appliquent à compter de la date du dépôt des accusations jusqu'à la fin réelle ou anticipée de la présentation de la preuve et des plaidoiries. Ils apportent une solution précise à un problème précis : la culture de complaisance à l'endroit de l'écoulement de délais excessifs avant que les inculpés soient traduits en justice. Rien ne suggère dans la présente affaire que le délai découlant du temps de délibération en vue du prononcé du verdict contribue au problème systémique auquel l'arrêt *Jordan* cherchait à remédier, et rien ne le suggérait dans l'arrêt *Jordan*. En outre, de nombreux problèmes d'ordre pratique surgiraient si les plafonds présumés devaient inclure le temps de délibération en vue du prononcé du verdict, ce qui contrecarrerait les objectifs de clarté et de prévisibilité visés par l'arrêt *Jordan*.

When assessing whether an accused person's right to be tried within a reasonable time has been infringed by reason of delay occasioned by verdict deliberation time, the question to be asked is whether the deliberation time took markedly longer than it reasonably should have in all of the circumstances. This test should be approached in light of the presumption of integrity from which judges benefit. The presumption of judicial integrity operates in this context to create a presumption that the trial judge balanced the need for timeliness, trial fairness considerations, and the practical constraints they faced, and took only as much time as was reasonably necessary in the circumstances to render a just verdict. The burden lies on the accused to rebut this presumption by explaining why, in all the circumstances of the case, the verdict deliberation time was markedly longer than it reasonably should have been. The threshold is high because of the considerable weight that the presumption of integrity carries.

In conducting this objective assessment, the reviewing court should consider all of the circumstances. Some relevant considerations include: the length of the verdict deliberation time; how close to the relevant *Jordan* ceiling the case was before the trial judge reserved judgment; the complexity of the case; and anything on the record from the judge or the court. It may also be helpful to compare the length of time taken with the time that a case of a similar nature in similar circumstances would typically take to be decided.

Taking into account all of the circumstances, K has not met his onus of establishing that his right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) was violated. While this case is close to the line, the time taken by the trial judge to arrive at his verdict was not markedly longer than it reasonably should have been in all of the circumstances. The most important feature of this case is that K's trial and a substantial portion of the trial judge's verdict deliberation time occurred before the release of the Court's decision in *Jordan*. The trial judge's pre-*Jordan* assessment of the requisite balance between the need for timeliness, fair trial considerations, and the practical constraints he faced was reasonable at the time. Although the end of evidence and argument occurred close to the 30-month ceiling, the proximity of a transitional case (like this one) to the *Jordan* ceilings cannot inform whether the verdict deliberation time taken was reasonable. That said, had *Jordan* been available to the trial judge when he took K's case under

Lorsqu'il s'agit de déterminer si le délai attribuable au temps de délibération en vue du prononcé du verdict a porté atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable, il faut se demander si ce temps de délibération a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être compte tenu de l'ensemble des circonstances. Ce test doit être abordé en tenant compte de la présomption d'intégrité dont bénéficient les juges. La présomption d'intégrité judiciaire fait naître dans ce contexte une présomption selon laquelle, d'une part, le juge du procès a mis en balance la nécessité d'instruire rapidement les affaires, les considérations liées à l'équité du procès et les contraintes pratiques auxquelles il faisait face et selon laquelle, d'autre part, il n'a pris que le temps raisonnablement nécessaire compte tenu des circonstances pour rendre un verdict juste. Il incombe à l'accusé de réfuter cette présomption en expliquant pourquoi, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, le temps de délibération en vue du prononcé du verdict a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être. Le seuil est élevé en raison de l'importance considérable de la présomption d'intégrité.

Lorsqu'elle procède à cette appréciation objective, la cour de révision doit tenir compte de l'ensemble des circonstances. Parmi les considérations pertinentes, figurent : le temps de délibération en vue du prononcé du verdict; la proximité du temps écoulé avant que le juge du procès ne prenne la cause en délibéré avec le plafond pertinent fixé par l'arrêt *Jordan*; la complexité de l'affaire; n'importe quel élément au dossier émanant du juge ou de la cour. Il peut aussi être utile de comparer le temps qu'il a fallu avec le temps qu'il faut généralement pour trancher une affaire de nature semblable dans des circonstances semblables.

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, K ne s'est pas acquitté du fardeau d'établir qu'il y a eu violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11b). Bien que la présente affaire frôle la limite, le temps qu'il a fallu au juge du procès pour rendre son verdict n'a pas été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être compte tenu de l'ensemble des circonstances. En l'espèce, c'est le fait que le procès de K et une grande partie du temps de délibération du juge du procès se sont respectivement déroulés et écoulés avant la publication de l'arrêt de la Cour dans *Jordan* qui est le facteur le plus important. L'appréciation antérieure à l'arrêt *Jordan* qu'a faite le juge du procès de l'équilibre requis entre la nécessité d'instruire rapidement les affaires, les considérations liées à l'équité du procès et les contraintes pratiques auxquelles il faisait face était raisonnable à l'époque. Même si la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries a eu lieu à une date

reserve, the case's proximity to the ceiling would no doubt have been a factor that he would have considered in assessing how much time he reasonably needed to render his verdict. The impossibility of taking this consideration into account pre-*Jordan* should not be held against him. Additionally, the motion judge did not err in finding that, once the reserve time is subtracted from the total delay to verdict, this case constitutes a transitional exceptional circumstance pursuant to *Jordan*.

Per Abella J.: There is agreement with the majority's disposition of the appeal and most of its analysis. However, there is no basis for requiring an accused to rebut the presumption of judicial integrity to show deliberative delay to be unreasonable. The objective and contextual factors laid out by the majority for determining whether the deliberation time took markedly longer than it reasonably should have do not require assessing the judge's integrity. The "markedly longer" standard already creates a high threshold. Adding an additional, conceptually irrelevant, burden on the accused of demonstrating that the trial judge acted without integrity elevates the burden to an impossible threshold.

Moreover, the majority appears to have eliminated the role of the reasonable person in the assessment of whether the presumption has been rebutted. Eliminating the role of the reasonable person, a key feature of the assessment of whether the presumption of judicial integrity has been rebutted, compounds the weight of the accused's burden by essentially requiring the reviewing court to make a direct finding about the judge's subjective state of mind and integrity. The test for unreasonable deliberative delay would be more effective and fair, and more consistent with *Jordan*, if it assessed only the objective and contextual factors for the delay, without the added hurdle of having to rebut the presumption of judicial integrity.

Cases Cited

By Moldaver J.

Considered: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v.*

rapprochée du plafond de 30 mois fixé par l'arrêt *Jordan*, cette proximité dans une cause transitoire (comme celle-ci) ne permet pas de déterminer si le temps de délibération en vue du prononcé du verdict a été ou non raisonnable. Cela dit, si l'arrêt *Jordan* avait déjà été rendu lorsque le juge du procès a pris la cause de K en délibéré, la proximité du délai avec le plafond aurait sans aucun doute été un facteur qu'il aurait pris en considération pour juger du temps dont il avait raisonnablement besoin pour rendre son verdict. Il ne peut lui être reproché de ne pas avoir tenu compte de ce facteur avant le prononcé de l'arrêt *Jordan*. Qui plus est, le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en concluant que, une fois la durée du délibéré soustraite du délai total qui s'est écoulé avant le prononcé du verdict, la présente cause constitue une mesure transitoire exceptionnelle au sens de l'arrêt *Jordan*.

La juge Abella : Il y a accord avec le résultat auquel arrivent les juges majoritaires quant à l'appel et avec la majeure partie de leur analyse. Toutefois, rien ne justifie d'exiger que l'accusé réfute la présomption d'intégrité judiciaire pour démontrer que le temps consacré à la délibération a été déraisonnable. Les facteurs objectifs et contextuels exposés par les juges majoritaires pour évaluer si le temps de délibération a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être ne nécessitent pas d'évaluer l'intégrité du juge. La norme du délai « nettement plus long » constitue déjà un seuil élevé. Ajouter au fardeau de l'accusé l'obligation non pertinente sur le plan conceptuel de démontrer que le juge du procès a agi sans intégrité élève ce fardeau à un seuil inatteignable.

De plus, les juges majoritaires semblent avoir écarté le rôle de la personne raisonnable lorsqu'il s'agit de déterminer si la présomption d'intégrité judiciaire a été réfutée. Éliminer le rôle de la personne raisonnable, un élément clé de l'évaluation servant à déterminer si la présomption d'intégrité judiciaire a été réfutée, alourdit forcément le fardeau de l'accusé en exigeant que la cour de révision tire une conclusion directe quant à l'état d'esprit subjectif du juge et quant à son intégrité. Le test pour juger du caractère déraisonnable du temps de délibération serait plus efficace et équitable, et plus compatible avec l'arrêt *Jordan*, s'il consistait exclusivement à évaluer les facteurs objectifs et contextuels à l'origine du délai, et ne comportait pas l'obligation supplémentaire de réfuter la présomption d'intégrité judiciaire.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts examinés : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c.*

MacDougall, [1998] 3 S.C.R. 45; **referred to:** *R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55, [2019] 4 S.C.R. 39; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *R. v. Jordan*, 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137; *R. v. Jordan*, 2012 BCSC 1735; *R. v. Brown*, 2018 NSCA 62, 364 C.C.C. (3d) 238; *R. v. Lamacchia*, 2012 ONSC 2583, 258 C.R.R. (2d) 370; *Cojocar v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 SCC 30, [2013] 2 S.C.R. 357; *R. v. Teskey*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Allen* (1996), 92 O.A.C. 345; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880.

By Abella J.

Considered: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; **referred to:** *Cojocar v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 SCC 30, [2013] 2 S.C.R. 357; *R. v. Teskey*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267; *R. v. Chan*, 2019 ABCA 82, 82 Alta. L.R. (6th) 1; 8640025 *Canada Inc. (Re)*, 2019 BCCA 473, 75 C.B.R. (6th) 3; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Authors Cited

Canada. Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*. Ottawa, 2004.

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Delaying Justice is Denying Justice: An Urgent Need to Address Lengthy Court Delays in Canada (Final Report)*. Ottawa, 2017.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Hamilton, Monnin and Cameron JJ.A.), 2019 MBCA 9, 429 C.R.R. (2d) 1, [2019] 5 W.W.R. 492, 373 C.C.C. (3d) 1, [2019] M.J. No. 24 (QL), 2019 CarswellMan 47 (WL Can.), affirming a decision of Joyal C.J.Q.B., 2017 MBQB 96, [2017] 11 W.W.R. 179, [2017] M.J. No. 148 (QL), 2017 CarswellMan 236 (WL Can.). Appeal dismissed.

Katherine L. Buetti and Amanda Sansregret, for the appellant.

MacDougall, [1998] 3 R.C.S. 45; **arrêts mentionnés :** *R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, [2019] 4 R.C.S. 39; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. Jordan*, 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137; *R. c. Jordan*, 2012 BCSC 1735; *R. c. Brown*, 2018 NSCA 62, 364 C.C.C. (3d) 238; *R. c. Lamacchia*, 2012 ONSC 2583, 258 C.R.R. (2d) 370; *Cojocar c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 CSC 30, [2013] 2 R.C.S. 357; *R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Allen* (1996), 92 O.A.C. 345; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880.

Citée par la juge Abella

Arrêt examiné : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; **arrêts mentionnés :** *Cojocar c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 CSC 30, [2013] 2 R.C.S. 357; *R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267; *R. c. Chan*, 2019 ABCA 82, 82 Alta. L.R. (6th) 1; 8640025 *Canada Inc. (Re)*, 2019 BCCA 473, 75 C.B.R. (6th) 3; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(b).

Doctrine et autres documents cités

Canada. Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, 2004.

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Justice différée, justice refusée : L'urgence de réduire les longs délais dans le système judiciaire au Canada (Rapport final)*, Ottawa, 2017.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Hamilton, Monnin et Cameron), 2019 MBCA 9, 429 C.R.R. (2d) 1, [2019] 5 W.W.R. 492, 373 C.C.C. (3d) 1, [2019] M.J. No. 24 (QL), 2019 CarswellMan 47 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge en chef Joyal de la Cour du Banc de la Reine, 2017 MBQB 96, [2017] 11 W.W.R. 179, [2017] M.J. No. 148 (QL), 2017 CarswellMan 236 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Katherine L. Buetti et Amanda Sansregret, pour l'appelant.

Michael Conner, Renée Lagimodière and Charles Murray, for the respondent.

John Walker, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Joanne Stuart, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Nicolas Abran, for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions.

Jill R. Presser, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] Section 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that any person charged with an offence has the right to be tried within a reasonable time. In *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, this Court set out a new framework under s. 11(b) designed to overcome a culture of complacency that had grown in the criminal justice system and was causing excessive delays in bringing accused persons to trial. To that end, the Court established ceilings beyond which delay would be presumed to be unreasonable under s. 11(b).

[2] This appeal requires the Court to consider the application of s. 11(b) when a trial judge reserves judgment. It gives rise, initially, to two questions: does s. 11(b) apply to verdict deliberation time, namely the time taken by a trial judge to deliberate and render a decision after the evidence and closing arguments at trial have been made; and, if so, is verdict deliberation time included in the presumptive ceilings established in *Jordan*?

Michael Conner, Renée Lagimodière et Charles Murray, pour l'intimée.

John Walker, pour l'intervenante la directrice des poursuites pénales.

Joanne Stuart, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Nicolas Abran, pour l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales.

Jill R. Presser, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] L'alinéa 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit que tout inculpé a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, la Cour a établi un nouveau cadre d'analyse pour l'application de cette disposition conçu pour venir à bout de la culture de complaisance qui s'était développée au sein du système de justice criminelle et qui laissait s'écouler des délais excessifs avant que l'on traduise les inculpés en justice. À cette fin, la Cour a fixé des plafonds au-delà desquels le délai est présumé déraisonnable pour l'application de l'al. 11b).

[2] En l'espèce, la Cour est appelée à examiner l'application de l'al. 11b) dans le cas où le juge du procès met l'affaire en délibéré. Initialement, le pourvoi soulève deux questions : l'al. 11b) s'applique-t-il au temps de délibération en vue du prononcé du verdict, soit le temps mis par le juge du procès pour délibérer et rendre une décision après la présentation de la preuve et des plaidoiries au procès; et, si oui, le délai qu'entraîne la délibération en vue du prononcé du verdict est-il inclus dans les plafonds présumés fixés par l'arrêt *Jordan*?

[3] Turning to the first of these questions, it is settled law that the protection of s. 11(b) extends beyond the end of the evidence and argument at trial, up to and including the date upon which sentence is imposed (see *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. MacDougall*, [1998] 3 S.C.R. 45). It follows from this that verdict deliberation time, which necessarily precedes the imposition of sentence, is subject to s. 11(b) scrutiny. Second, for the reasons that follow, I am of the view that the ceilings in *Jordan*, beyond which delay is presumed to be unreasonable under s. 11(b), apply to the end of the evidence and argument at trial, and no further. They do not include verdict deliberation time.

[4] Those conclusions give rise to a further question, namely: how should the delay attributable to verdict deliberation time be assessed in determining whether an accused's right to be tried within a reasonable time has been infringed? The answer, in my view, is that an accused's right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) will have been infringed where the verdict deliberation time is found to have taken markedly longer than it reasonably should have in all of the circumstances. The burden on the accused is, as I will explain, a heavy one due to the operation of the presumption of judicial integrity. This presumption presupposes that trial judges are best placed to balance the various considerations that inform verdict deliberation time, and that the verdict deliberation time taken by a judge in a particular case was no longer than reasonably necessary in the circumstances.

[5] Turning to the case at hand, the trial judge took slightly over nine months to render his verdict in a relatively straightforward case of minimal to modest complexity — a lengthy delay to be sure. That said, when all of the circumstances are taken into account — including the fact that the evidence and argument, and most of the verdict deliberation time,

[3] Quant à la première de ces questions, il est acquis que la protection que garantit l'al. 11b) s'étend au-delà de la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries dans le cadre du procès, jusqu'à la date du prononcé de la peine inclusivement (voir *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. MacDougall*, [1998] 3 R.C.S. 45). Il s'ensuit que le temps de délibération en vue du prononcé du verdict, qui précède forcément celui de la peine, est assujéti à l'examen qu'entraîne l'al. 11b). Ensuite, pour les motifs qui suivent, j'estime que les plafonds fixés par l'arrêt *Jordan* — au-delà desquels le délai est présumé déraisonnable pour l'application de l'al. 11b) — s'appliquent jusqu'à la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries dans le cadre du procès, et pas plus. Ils ne comprennent pas le temps de délibération en vue du prononcé du verdict.

[4] Ces conclusions soulèvent une autre question, soit celle de savoir comment il faut apprécier le délai attribuable au temps de délibération en vue du prononcé du verdict pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. À mon avis, il y aura une atteinte à ce droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11b) s'il est conclu que le temps de délibération en vue du prononcé du verdict a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être compte tenu de l'ensemble des circonstances. Comme je l'expliquerai, il s'agit d'un lourd fardeau pour l'accusé en raison de l'application de la présomption d'intégrité judiciaire. Suivant cette présomption, les juges de première instance sont les mieux placés pour mettre en balance les diverses considérations éclairant le temps de délibération en vue du prononcé du verdict, et le temps de délibération en vue du prononcé du verdict qu'il a fallu au juge dans une affaire donnée n'a pas été plus long qu'il était raisonnablement nécessaire qu'il le soit compte tenu des circonstances.

[5] En l'espèce, il a fallu au juge du procès un peu plus de neuf mois pour prononcer son verdict dans une affaire assez simple, d'une complexité minimale à moyenne — ce qui constitue, certes, un long délai. Cela dit, si l'on tient compte de l'ensemble des circonstances — notamment du fait que la présentation de la preuve et des plaidoiries a eu lieu avant

took place prior to the release of this Court's decision in *Jordan* — I am not satisfied that K.G.K. has met his onus of establishing that his right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) was violated. While this case is close to the line, I cannot say that the time taken by the trial judge to arrive at his verdict was markedly longer than it reasonably should have been in all of the circumstances. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Facts

[6] K.G.K. was charged in April 2013 with sexual offences against his stepdaughter, who was a minor at the time. The charges spanned from 2002 to 2013. K.G.K. initially denied the allegations, but later admitted to three or four specific instances of sexual assault between 2011 and 2013.

[7] Four days after being charged, K.G.K. appeared in the provincial court at Winnipeg, Manitoba, and was granted judicial interim release. From that point forward, the matter proceeded slowly. Counsel for the Crown and the defence had no significant discussions between April and August 2013, and did not set dates for a preliminary inquiry until September 2013.

[8] The preliminary inquiry did not proceed until over a year later, on October 14, 2014. On December 15, 2014, after K.G.K. was committed to stand trial before a judge of the Court of Queen's Bench of Manitoba sitting alone, the parties met for a pre-trial conference. However, a trial date could not be set because the Crown was considering further charges against K.G.K. involving other complainants and was planning to make a motion for joinder if those charges were authorized. The conference was adjourned without complaint from the defence.

l'arrêt de la Cour dans *Jordan*, et que la majeure partie du temps de délibération en vue du prononcé du verdict s'est écoulée avant le prononcé de cet arrêt —, je ne suis pas convaincu que K.G.K. s'est acquitté du fardeau d'établir qu'il y a eu violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11b). Certes, la présente affaire frôle la limite. Cependant, je ne peux pas dire que le temps qu'il a fallu au juge du procès pour rendre son verdict a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être compte tenu de l'ensemble des circonstances. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Faits

[6] K.G.K. a été inculpé en avril 2013 d'infractions sexuelles contre sa belle-fille, qui était mineure à l'époque. Les accusations visaient une période allant de 2002 à 2013. K.G.K. a d'abord nié les allégations, mais a plus tard admis avoir commis trois ou quatre actes précis d'agression sexuelle entre 2011 et 2013.

[7] Quatre jours après avoir été inculpé, K.G.K. a comparu devant la cour provinciale à Winnipeg (au Manitoba) et a obtenu sa mise en liberté provisoire. À compter de ce moment, le dossier a avancé lentement. Les avocats de la Couronne et de la défense n'ont eu aucune conversation sérieuse entre avril et août 2013, et ils n'ont fixé les dates de l'enquête préliminaire qu'en septembre 2013.

[8] L'enquête préliminaire n'a été tenue que plus d'un an plus tard, soit le 14 octobre 2014. Le 15 décembre 2014, après que K.G.K. a été renvoyé à procès devant un juge de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba siégeant seul, les parties ont tenu une conférence préparatoire. La date du procès n'a toutefois pas pu être fixée parce que la Couronne envisageait d'inculper K.G.K. d'autres chefs d'accusation relatifs à d'autres plaignants et prévoyait présenter une requête en jonction des poursuites si le dépôt de ces accusations était autorisé. La conférence a été ajournée sans que la défense n'émette de protestation.

[9] A second pre-trial conference was held on January 15, 2015. Again, the conference adjourned without setting a trial date.

[10] Two weeks later, at the third pre-trial conference, the Crown advised it would not pursue a motion for joinder, and K.G.K.'s trial was scheduled for January 11 to 22, 2016. While earlier dates (October 19 to 30, 2015) were available, defence counsel was not.

[11] At no point between the laying of the charges in April 2013, and the commencement of K.G.K.'s trial on January 11, 2016, did either the Crown or the defence raise concerns about delay in any meaningful way. They appear to have expected, if not accepted, that such delays were routine.

[12] The evidence and argument at K.G.K.'s trial concluded on January 21, 2016. The trial judge reserved judgment, indicating that he had "a few matters under reserve" but was hoping "to get to this one as soon as [he could]".

[13] The parties did not hear anything for several months. In May 2016, when defence counsel was appearing before the trial judge on another matter, she inquired as to the status of K.G.K.'s case. The trial judge advised that his decision was forthcoming.

[14] On September 14, 2016, the Crown wrote to the Associate Chief Justice of the Court of Queen's Bench (General Division) to inquire about the status of the verdict. The Associate Chief Justice replied that counsel would be contacted shortly to schedule a date for the decision to be delivered.

[15] The parties were informed on September 30, 2016, that the trial judge would render his decision on October 25, 2016. On October 24, 2016, K.G.K. filed a motion seeking a stay of proceedings on the basis that the delay between the date the charges

[9] Une seconde conférence préparatoire a été tenue le 15 janvier 2015. Celle-ci, à l'instar de la première, a été ajournée sans que la date du procès soit fixée.

[10] Deux semaines plus tard, lors de la troisième conférence préparatoire, la Couronne a indiqué qu'elle ne présenterait pas de requête en jonction, et il a été prévu que le procès de K.G.K. aurait lieu du 11 au 22 janvier 2016. Des dates plus rapprochées (du 19 au 30 octobre 2015) étaient disponibles, mais l'avocate de la défense, elle, ne l'était pas.

[11] À aucun moment entre le dépôt des accusations en avril 2013 et le début du procès de K.G.K. le 11 janvier 2016, la Couronne ou la défense n'ont-elles exprimé quelques préoccupations que ce soit au sujet du délai. Elles semblent s'être attendues à de tels délais, et même les avoir considérés comme des délais communs.

[12] La présentation de la preuve et des plaidoiries au procès de K.G.K. a pris fin le 21 janvier 2016. Le juge du procès a mis l'affaire en délibéré, indiquant qu'il avait [TRADUCTION] « quelques affaires en délibéré », mais espérait « statuer sur la présente affaire le plus rapidement possible ».

[13] Les parties n'ont eu aucune nouvelle pendant plusieurs mois. En mai 2016, alors que l'avocate de la défense comparait devant le juge du procès relativement à une autre affaire, elle s'est informée de l'état du dossier de K.G.K. Le juge du procès a indiqué qu'il rendrait sa décision sous peu.

[14] Le 14 septembre 2016, la Couronne a écrit au juge en chef adjoint de la Cour du Banc de la Reine (Division générale) pour savoir où en était le délibéré en vue du prononcé du verdict. Le juge en chef adjoint a répondu que les avocats seraient contactés sous peu pour que soit fixée une date à laquelle la décision serait rendue.

[15] Le 30 septembre 2016, les parties ont été informées que le juge du procès rendrait sa décision le 25 octobre 2016. Le 24 octobre 2016, K.G.K. a déposé une requête en arrêt des procédures au motif que le délai qui s'était écoulé entre la date du dépôt

were laid and the date the verdict was to be rendered was unreasonable and infringed his s. 11(b) rights. Despite receiving that motion, the trial judge rendered his decision as planned on October 25, convicting K.G.K. of one count each of sexual interference, invitation to sexual touching, and sexual assault.

[16] K.G.K. candidly acknowledges that “[t]he release of *Jordan* [on July 8, 2016,] triggered the filing of the delay motion” (A.F., at para. 174). Because the judge’s verdict deliberation time was a central feature of his stay motion, K.G.K. also moved for the trial judge to recuse himself, alleging that there was a reasonable apprehension of bias in the circumstances. The trial judge granted the recusal motion, and the s. 11(b) stay motion was heard by Joyal C.J.Q.B.

III. Decisions Below

A. *Court of Queen’s Bench of Manitoba (Joyal C.J.Q.B.), 2017 MBQB 96, [2017] 11 W.W.R. 179*

[17] On the s. 11(b) motion, K.G.K. argued that his right to be tried within a reasonable time was breached because approximately 42 months had elapsed from the date of the charges to the date of the trial judge’s verdict. The central legal issue before the motion judge was whether the verdict deliberation time taken by the trial judge should be assessed under the *Jordan* framework. He concluded that it should not. In his view, including the verdict deliberation time in the presumptive ceilings established in *Jordan* would not strike an appropriate balance between the constitutional imperatives of s. 11(b) of the *Charter* and judicial independence. Moreover, it would give rise to serious practical difficulties. For example, he noted that including judicial deliberation time within the applicable ceiling “would put both the Crown and the courts in the untenable position of having to schedule all matters in a manner so as to

des accusations et la date à laquelle le verdict devait être rendu était déraisonnable et portait atteinte aux droits que lui garantit l’al. 11b). Bien qu’il ait reçu la requête en question, le juge du procès a rendu sa décision comme prévu le 25 octobre, déclarant K.G.K. coupable d’un chef de contacts sexuels, d’un chef d’incitation à des contacts sexuels et d’un chef d’agression sexuelle.

[16] K.G.K. a reconnu en toute franchise que [TRADUCTION] « [l]e prononcé de l’arrêt *Jordan* [le 8 juillet 2016] a[vait] entraîné le dépôt de la requête concernant le délai » (m.a., par. 174). Puisque le temps de délibération en vue du prononcé du verdict qu’il avait fallu au juge était au cœur de sa requête en arrêt des procédures, K.G.K. a également présenté une requête en récusation du juge du procès, alléguant qu’il existait une crainte raisonnable de partialité compte tenu des circonstances. Le juge du procès a accueilli la requête en récusation, et celle en arrêt des procédures fondée sur l’al. 11b) a été instruite par le juge en chef Joyal de la Cour du Banc de la Reine.

III. Décisions des juridictions d’instances inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba (le juge en chef Joyal), 2017 MBQB 96, [2017] 11 W.W.R. 179*

[17] Dans le cadre de la requête fondée sur l’al. 11b), K.G.K. a soutenu qu’il y avait eu violation de son droit d’être jugé dans un délai raisonnable parce qu’il s’était écoulé environ 42 mois entre la date du dépôt des accusations et la date du prononcé du verdict par le juge du procès. La principale question de droit que devait trancher le juge des requêtes était celle de savoir si le temps de délibération en vue du prononcé du verdict qu’il avait fallu au juge du procès devait être apprécié selon le cadre établi dans l’arrêt *Jordan*. Le juge des requêtes a conclu que non. À son avis, l’inclusion du temps de délibération en vue du prononcé du verdict dans le calcul des plafonds présumés fixés par *Jordan* ne permettrait pas d’établir un juste équilibre entre les impératifs constitutionnels dictés par l’al. 11b) de la *Charte*, d’une part, et l’indépendance judiciaire, d’autre part. De plus, elle soulèverait de graves difficultés

have them completed many months below the ceiling in order to accommodate potential judicial writing time” (para. 55). This, he observed, would undermine the certainty and predictability *Jordan* sought to bring to s. 11(b). Instead, relying on this Court’s decision in *Rahey*, the motion judge concluded that verdict deliberation time would only be unreasonable within the meaning of s. 11(b) where, in the overall context of a case, the time taken was “shocking, inordinate and unconscionable”.

[18] Applying that test, the motion judge concluded that the delay in K.G.K.’s case was not unreasonable. Despite characterizing the verdict deliberation time taken by the trial judge as “longer than desirable” (para. 103), the motion judge found that it did not result in a breach of K.G.K.’s s. 11(b) rights since it did not rise to the level of “shocking, inordinate and unconscionable”. With respect to the delay between the charge and the last day of trial (approximately 33 months), the motion judge took into account the fact that this was a transitional case in which most of the delay occurred pre-*Jordan*, and concluded that the transitional exceptional circumstance identified in *Jordan* applied. In his view, “the parties conducted themselves reasonably having regard to the previous and prevailing legal framework and culture” (para. 94). Accordingly, he dismissed K.G.K.’s s. 11(b) motion.

B. *Court of Appeal of Manitoba (Hamilton (Dissenting), Monnin and Cameron JJ.A.), 2019 MBCA 9, 373 C.C.C. (3d) 1*

[19] A majority of the Court of Appeal of Manitoba dismissed K.G.K.’s appeal. However, the two judges in the majority wrote separately. Justice Cameron

sur le plan pratique. Par exemple, il a souligné que l’inclusion dans le plafond applicable du temps de délibération des juges [TRADUCTION] « placerait la Couronne et les tribunaux dans la position intenable d’avoir à établir le calendrier pour l’ensemble des affaires de manière à ce qu’elles soient terminées plusieurs mois avant l’atteinte du plafond applicable afin de tenir compte du temps qu’il pourrait falloir aux juges pour rédiger leurs motifs » (par. 55). Cela, a-t-il fait observer, compromettrait la certitude et la prévisibilité que l’arrêt *Jordan* a voulu apporter à l’al. 11b). Se fondant plutôt sur l’arrêt *Rahey* de la Cour, le juge des requêtes a conclu que le temps de délibération en vue du prononcé du verdict ne serait déraisonnable pour l’application de l’al. 11b) que si, compte tenu du contexte global de l’affaire, le temps qu’il a fallu était « honteux, démesuré et déraisonnable ».

[18] Appliquant ce test, le juge des requêtes a conclu que le délai dans le dossier de K.G.K. n’était pas déraisonnable. Bien qu’il ait qualifié le temps de délibération en vue du prononcé du verdict qu’il avait fallu au juge du procès de [TRADUCTION] « plus long que ce qui était souhaitable » (par. 103), le juge des requêtes a estimé qu’il n’avait pas entraîné une violation des droits que l’al. 11b) garantit à K.G.K., car il n’atteignait pas le degré de délai « honteux, démesuré et déraisonnable ». Quant au délai s’étant écoulé entre le dépôt des accusations et le dernier jour du procès (environ 33 mois), le juge des requêtes a tenu compte du fait qu’il s’agissait d’une affaire visée par les mesures transitoires où le délai s’était écoulé en grande partie avant l’arrêt *Jordan* et il a conclu que la mesure transitoire exceptionnelle mentionnée dans *Jordan* s’appliquait. À son avis, [TRADUCTION] « les parties [s’étaient] conduites raisonnablement compte tenu de la culture et du cadre juridiques qui avaient cours à l’époque » (par. 94). Il a donc rejeté la requête fondée sur l’al. 11b) de K.G.K.

B. *Cour d’appel du Manitoba (les juges Hamilton (dissidente), Monnin et Cameron), 2019 MBCA 9, 373 C.C.C. (3d) 1*

[19] Les juges majoritaires de la Cour d’appel du Manitoba ont rejeté l’appel de K.G.K. Ils ont toutefois rédigé des motifs distincts. La juge Cameron

agreed substantially with the motion judge. She concluded the motion judge “did not err in law in his interpretation of *Rahey* nor in his characterisation of the test of reasonableness as it applies to the time that it takes to render a judicial decision” (para. 228). In the result, Cameron J.A. was not persuaded that the motion judge’s decision was unreasonable. Accordingly, she upheld his conclusion that neither the trial judge’s verdict deliberation time nor the delay between the charge and the last day of trial worked a breach of s. 11(b).

[20] Justice Monnin concurred with Cameron J.A. in the result. Although he agreed with her that the *Jordan* framework should not apply to verdict deliberation time, he rejected the “shocking, inordinate and unconscionable” test that the motion judge applied. Instead, he maintained that in determining whether verdict deliberation time resulted in a breach of an accused person’s s. 11(b) rights, the court should take “a contextual approach which balances a number of facets of the decision-making process according to the relevant evidence of the case” (para. 288).

[21] Justice Hamilton, writing in dissent, would have allowed the appeal. The presumptive ceilings, she found, applied from the date of the charge until the date of the verdict. She acknowledged that *Jordan* did not specifically refer to verdict deliberation time and that appellate courts have not been consistent in their treatment of this issue. However, she reasoned that the manner in which the pre-*Jordan* s. 11(b) jurisprudence treated such time as part of the “inherent time requirements of the case”, combined with this Court’s stated intention to address the culture of complacency, led to the conclusion that verdict deliberation time should be included within the *Jordan* framework. Applying this approach, Hamilton J.A. concluded that the delay in K.G.K.’s case was unreasonable. Hence, she would have directed a stay of proceedings.

a souscrit pour l’essentiel à l’opinion du juge des requêtes. Elle a conclu que ce dernier [TRADUCTION] « n’avait pas commis d’erreur de droit en interprétant l’arrêt *Rahey* ni en qualifiant le test du caractère raisonnable lorsqu’il s’applique au temps mis pour rendre une décision judiciaire » (par. 228). En conséquence, la juge Cameron n’a pas été convaincue que la décision du juge des requêtes était déraisonnable. Ainsi, elle a confirmé sa conclusion que ni le délai de délibération en vue du prononcé du verdict mis par le juge du procès ni celui entre l’accusation et le dernier jour du procès n’avaient violé l’art. 11b).

[20] Le juge Monnin a souscrit à l’opinion de la juge Cameron quant au résultat. Bien qu’il ait été d’accord avec elle pour dire que le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan* ne s’appliquait pas au temps de délibération en vue du prononcé du verdict, il a rejeté le critère du délai « honteux, démesuré et déraisonnable » appliqué par le juge des requêtes. Il a soutenu que, pour déterminer si le temps de délibération en vue du prononcé du verdict avait entraîné une violation des droits que l’al. 11b) garantit à l’accusé, la cour devait plutôt adopter [TRADUCTION] « une méthode contextuelle mettant en balance les nombreuses facettes du processus décisionnel selon les éléments de preuve pertinents de l’affaire » (par. 288).

[21] La juge Hamilton, dissidente, aurait accueilli l’appel. Les plafonds présumés, a-t-elle conclu, s’appliquent à compter de la date du dépôt des accusations jusqu’à la date du verdict. Elle a reconnu que l’arrêt *Jordan* ne mentionnait pas expressément le temps de délibération en vue du prononcé du verdict et que les cours d’appel n’avaient pas traité uniformément cette question, mais, selon elle, le fait que la jurisprudence relative à l’al. 11b) antérieure à l’arrêt *Jordan* considérait ce temps comme une partie du « délai inhérent à l’affaire », conjuguée à l’intention déclarée de la Cour de s’attaquer à la culture de complaisance, permettait de conclure que le temps de délibération en vue du prononcé du verdict devait être inclus dans le cadre d’analyse établi par l’arrêt *Jordan*. Appliquant cette approche, la juge Hamilton a conclu que le délai dans le dossier de K.G.K. avait été déraisonnable. Elle aurait donc ordonné l’arrêt des procédures.

IV. Issues

[22] This appeal requires the resolution of three issues:

1. Does s. 11(b) apply to verdict deliberation time, and, if so, is that time included in the presumptive ceilings established in *Jordan*?
2. If s. 11(b) applies to verdict deliberation time but the *Jordan* ceilings do not include that time, how should delay occasioned by verdict deliberation time be assessed in determining whether an accused's right to be tried within a reasonable time has been infringed?
3. Was the verdict deliberation time taken in K.G.K.'s case unreasonable?

V. Analysis

A. *The Jordan Ceilings Do Not Include Verdict Deliberation Time*

[23] Although the right to be tried within a reasonable time enshrined in s. 11(b) of the *Charter* extends beyond the end of the evidence and argument at trial, I am of the view that the presumptive ceilings established by this Court in *Jordan* do not.

[24] *Jordan* focused on the culture of complacency that had taken root in the criminal justice system — a culture which contributed to significant delays in bringing accused persons to trial. When *Jordan* was decided, there was no suggestion that verdict deliberation time formed a part of this culture or that it contributed in any meaningful way to the delays in bringing accused persons to trial. Nor was any such suggestion made at the hearing of this appeal. Moreover, the practical difficulties that would arise from including verdict deliberation time in the *Jordan* ceilings lend credence to the conclusion that this Court did not intend for that time to be included. Instead, as I will explain, a different test is required

IV. Questions en litige

[22] Dans le présent pourvoi, la Cour doit trancher les trois questions suivantes :

1. L'alinéa 11b) s'applique-t-il au temps de délibération en vue du prononcé du verdict et, si oui, ce temps est-il inclus dans les plafonds présumés fixés par l'arrêt *Jordan*?
2. Si l'alinéa 11b) s'applique au temps de délibération en vue du prononcé du verdict, mais que les plafonds fixés par l'arrêt *Jordan* ne l'incluent pas, comment faut-il apprécier le délai découlant de ce temps de délibération pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable?
3. Le temps de délibération en vue du prononcé du verdict qu'il a fallu dans le dossier de K.G.K. a-t-il été déraisonnable?

V. Analyse

A. *Les plafonds fixés par l'arrêt Jordan n'incluent pas de temps de délibération en vue du prononcé du verdict*

[23] Bien que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable enchâssé dans l'al. 11b) de la *Charte* s'applique au-delà de la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries dans le cadre du procès, j'estime que ce n'est pas le cas des plafonds présumés fixés par la Cour dans l'arrêt *Jordan*.

[24] L'arrêt *Jordan* visait la culture de complaisance qui avait pris racine dans le système de justice criminelle — une culture qui contribuait à l'écoulement de longs délais avant que l'on traduise un accusé en justice. Lorsque l'arrêt *Jordan* a été rendu, rien ne suggérait que le temps de délibération en vue du prononcé du verdict s'inscrivait dans cette culture ou contribuait d'une quelconque façon à la création des délais qui s'écoulaient avant que l'on traduise un accusé en justice. Aucune suggestion de la sorte n'a en outre été faite lors de l'audition du présent appel. Qui plus est, les difficultés d'ordre pratique qu'entraînerait l'inclusion du temps de délibération en vue du prononcé du verdict dans les plafonds fixés

in determining whether an accused person's s. 11(b) rights have been infringed on account of verdict deliberation time.

(1) The Temporal Scope of Section 11(b)

[25] Section 11(b) of the *Charter* provides that “[a]ny person charged with an offence has the right . . . to be tried within a reasonable time”. This provision reflects and reinforces the notion that “[t]imely justice is one of the hallmarks of a free and democratic society” (*Jordan*, at para. 1). Section 11(b) protects both an accused’s interests and society’s interests. The individual dimension of s. 11(b) protects an accused person’s interests in liberty, security of the person, and a fair trial. The societal dimension of s. 11(b) recognizes, among other things, that timely trials are beneficial to victims and witnesses, as well as accused persons, and they serve to instill public confidence in the administration of justice (see *R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55, [2019] 4 S.C.R. 39, at para. 38).

[26] On this appeal, no one disputes the temporal scope of s. 11(b). Specifically, the parties agree that the right to be tried within a reasonable time encompasses verdict deliberation time.

[27] This point was implicitly decided in *MacDougall*, in which this Court held that the right to be tried within a reasonable time extends to sentencing. As McLachlin J. (as she then was) explained on behalf of the Court, at para. 19:

The next question is whether the phrase “tried within a reasonable time” in s. 11(b) is capable of extending to sentencing. A purposive reading suggests that “s. 11(b) protects against an overlong subjection to a pending criminal case and aims to relieve against the stress and anxiety which continue until the outcome of the case is final”: *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 610 (emphasis added), *per* Lamer J., Dickson C.J. concurring. In the same case La Forest J., with whom McIntyre J. concurred, stated that

par l’arrêt *Jordan* ajoutent foi à la conclusion selon laquelle la Cour n’entendait pas que ce temps soit inclus. Comme je l’expliquerai, il faut plutôt appliquer un test différent pour déterminer si le temps de délibération en vue du prononcé du verdict a porté atteinte aux droits que l’al. 11b) garantit à l’accusé.

(1) La portée temporelle de l’al. 11b)

[25] L’alinéa 11b) de la *Charte* prévoit que « [t]out inculqué a le droit [. . .] d’être jugé dans un délai raisonnable ». Cette disposition traduit et renforce l’idée que « [l]a justice rendue en temps utile est l’une des caractéristiques d’une société libre et démocratique » (*Jordan*, par. 1). L’alinéa 11b) protège à la fois les intérêts de l’accusé et ceux de la société. La dimension individuelle de l’al. 11b) protège les droits de l’accusé à la liberté, à la sécurité de sa personne et à un procès équitable. Sa dimension sociétale reconnaît notamment que les procès instruits en temps utile sont bénéfiques aux victimes et aux témoins, ainsi qu’aux accusés, et inspirent confiance au public envers l’administration de la justice (voir *R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, [2019] 4 R.C.S. 39, par. 38).

[26] En l’espèce, personne ne conteste la portée temporelle de l’al. 11b). Plus précisément, les parties conviennent que le droit d’être jugé dans un délai raisonnable englobe le temps de délibération en vue du prononcé du verdict.

[27] Cette question a été implicitement tranchée dans l’arrêt *MacDougall*, où la Cour a statué que le droit d’être jugé dans un délai raisonnable s’étend à la détermination de la peine. Comme l’a expliqué la juge McLachlin (plus tard juge en chef) au nom de la Cour, au par. 19 :

La prochaine question à trancher est celle de savoir si la portée de l’expression « jugé dans un délai raisonnable » à l’al. 11b) peut s’étendre à la détermination de la peine. Une interprétation axée sur l’objet suggère que « l’al. 11b) protège contre un assujettissement trop long à une accusation criminelle pendante et vise à soulager de la tension et de l’angoisse qui persistent jusqu’à ce que l’affaire soit finalement tranchée » : *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, à la p. 610 (je souligne), le juge Lamer, avec

“tried” means not “brought to trial”, but “adjudicated” (p. 632). Since the “outcome” of a criminal case is not known until the conclusion of sentencing, and since sentencing involves adjudication, it seems reasonable to conclude that “tried” as used in s. 11(b) extends to sentencing.

[28] Given that s. 11(b) protects an accused from unreasonable delay up to and including the time of sentencing, it necessarily follows that the time taken by a judge to deliberate and render a verdict, all of which precedes the sentencing process, is also included.

[29] This conclusion finds additional support in *Rahey*. Although divided among four sets of reasons, the Court unanimously held that a judge’s failure to render a decision on a directed verdict application within a reasonable time violated the accused’s s. 11(b) rights. Justice Lamer (as he then was) (Dickson C.J. concurring) reasoned that:

The delay in the present case occurred prior to a determination of guilt or innocence and thus, while the case was pending, the appellant continued to be subjected to stress and anxiety. . . . The stigma of being an accused does not end when the person is brought to trial but rather when the trial is at an end and the decision is rendered. [pp. 610-11]

Further, Justice La Forest (McIntyre J. concurring) held that any ambiguity about whether s. 11(b) extends to deliberation time could be resolved by the French version of that section, which provides that “[t]out inculpé a le droit . . . d’être jugé dans un délai raisonnable”. He considered the word “jugé” to properly translate to “adjudicated”, and concluded that s. 11(b) thus “clearly encompasses[d] the conduct of a judge in rendering a decision” (p. 632). He also recognized that “the courts, as custodians of the principles enshrined in the *Charter*, must themselves

l’appui du juge en chef Dickson. Dans le même arrêt, le juge La Forest, avec l’appui du juge McIntyre, a précisé que le mot « jugé » ne signifie pas « *tried* » au sens de « *brought to trial* » (« subir son procès »), mais plutôt au sens de « *adjudicated* » (p. 632). Comme une affaire criminelle n’est pas « tranchée » tant que la peine n’a pas été prononcée et comme le prononcé de la peine exige une décision, il semble raisonnable de conclure que le champ d’application du mot « jugé » utilisé à l’al. 11b) s’étend à la détermination de la peine.

[28] Puisque l’al. 11b) protège l’accusé contre les délais déraisonnables jusqu’au moment de la détermination de la peine inclusivement, il s’ensuit forcément que le temps qu’il a fallu au juge pour délibérer et rendre son verdict — toutes des actions qui précèdent le processus de détermination de la peine — est également inclus.

[29] Cette conclusion trouve un appui supplémentaire dans l’arrêt *Rahey*. Dans quatre opinions distinctes, la Cour, divisée, a néanmoins conclu à l’unanimité que l’omission du juge de rendre une décision sur une requête en obtention d’un verdict imposé dans un délai raisonnable violait les droits que l’al. 11b) garantit à l’accusé. Le juge Lamer (plus tard juge en chef) (avec l’accord du juge en chef Dickson) a suivi le raisonnement suivant :

En l’espèce, le délai est survenu avant la détermination de la culpabilité ou de l’innocence et ainsi, tant que l’instance est demeurée pendante, l’appelant a continué d’éprouver de la tension et de l’angoisse. [. . .] Les stigmates résultant d’une inculpation disparaissent non pas lorsque l’inculpé est traduit devant les tribunaux pour subir son procès, mais lorsque le procès prend fin et que la décision est rendue. [p. 610-611]

De plus, le juge La Forest (avec l’accord du juge McIntyre) a conclu que toute ambiguïté quant à la question de savoir si la portée de l’al. 11b) comprend le temps de délibération peut être résolue par la version française de la disposition qui prévoit que « [t]out inculpé a le droit [. . .] d’être jugé dans un délai raisonnable ». À son avis, le verbe « jugé » a le sens du verbe anglais « *adjudicated* » et il en a conclu que l’al. 11b) « vise donc clairement la conduite adoptée par un juge en rendant sa décision » (p. 632). En outre, il a reconnu que « les tribunaux, à titre de

be subject to *Charter* scrutiny in the administration of their duties”, and that “[i]t would be cold comfort to an accused to be brought promptly to trial if the trial itself might be indefinitely prolonged by the judge” (p. 633).

[30] That said, the mere fact that s. 11(b) encompasses verdict deliberation time does not lead inexorably to the conclusion that this time is included in the *Jordan* ceilings. On the contrary, as will become apparent, the presumptive ceilings established in *Jordan* were not intended to cover the entire period of time to which s. 11(b) applies.

(2) The Temporal Scope of the *Jordan* Ceilings

[31] Properly construed, the *Jordan* ceilings apply from the date of the charge until the actual or anticipated end of the evidence and argument. That is when the parties’ involvement in the merits of the trial is complete, and the case is turned over to the trier of fact. As I will explain, this date permits the straightforward application of the *Jordan* framework in a manner consistent with its design and goals.

[32] In *Jordan*, this Court set out a new framework under s. 11(b) of the *Charter*. At the heart of this framework were two presumptive ceilings, beyond which delay is presumed to be unreasonable: (1) an 18-month ceiling for single-stage cases proceeding in the provincial court; and (2) a 30-month ceiling for cases proceeding in the superior court or in the provincial court after a preliminary inquiry (para. 49). Those ceilings operate as follows:

If the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial (minus defence delay) *exceeds* the ceiling, then the delay is presumptively unreasonable. To rebut this presumption, the Crown must establish the presence

gardiens des principes enchâssés dans la *Charte*, doivent eux-mêmes être assujettis à l’examen que prévoit la *Charte* dans l’exécution de leurs fonctions », et que « [l]e fait d’être cité rapidement à son procès constituerait une maigre consolation pour un accusé si le procès lui-même pouvait être prolongé indéfiniment par le juge » (p. 633).

[30] Cela dit, le simple fait que l’al. 11b) vise le temps de délibération en vue du prononcé du verdict ne mène pas inexorablement à la conclusion que ce temps est inclus dans les plafonds fixés par l’arrêt *Jordan*. Au contraire, comme nous le verrons, les plafonds présumés fixés par cet arrêt n’étaient pas censés viser toute la période à laquelle s’applique l’al. 11b).

(2) La portée temporelle des plafonds fixés par l’arrêt *Jordan*

[31] Interprétés correctement, les plafonds fixés par l’arrêt *Jordan* s’appliquent à compter de la date du dépôt des accusations jusqu’à la fin réelle ou anticipée de la présentation de la preuve et des plaidoiries, c’est-à-dire lorsque la participation des parties quant au fond du procès est terminée, et que l’affaire est remise au juge des faits. Comme je l’expliquerai, cette date permet d’appliquer simplement le cadre établi dans *Jordan* conformément à sa conception et à ses objectifs.

[32] Dans l’arrêt *Jordan*, la Cour a établi un nouveau cadre d’analyse pour l’application de l’al. 11b) de la *Charte*. Au cœur de ce cadre d’analyse se trouvent deux plafonds présumés, au-delà desquels le délai est présumé déraisonnable : (1) un plafond de 18 mois pour les affaires simples instruites devant une cour provinciale, et (2) un plafond de 30 mois pour celles instruites devant une cour supérieure ou devant une cour provinciale après l’enquête préliminaire (par. 49). Ces plafonds fonctionnent de la façon suivante :

Si le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès (moins les délais imputables à la défense) *dépasse* le plafond, il est présumé déraisonnable. Pour réfuter cette présomption, le ministère

of exceptional circumstances. If it cannot, the delay is unreasonable and a stay will follow.

If the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial (minus defence delay or a period of delay attributable to exceptional circumstances) falls *below* the presumptive ceiling, then the onus is on the defence to show that the delay is unreasonable. To do so, the defence must establish that (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, *and* (2) the case took markedly longer than it reasonably should have. We expect stays beneath the ceiling to be rare, and limited to clear cases. [Emphasis in original; paras. 47-48.]

[33] While *Jordan* states that the presumptive ceilings apply “from the charge to the actual or anticipated end of trial”, the Court did not explicitly define the phrase “end of trial”. It has been suggested that this phrase permits of four possible interpretations: (1) the end of the evidence and argument; (2) the date the verdict is delivered, excluding post-trial motions; (3) the conclusion of post-trial motions; or (4) the date of sentencing (see A.F., at para. 131). On close analysis, it is the first interpretation that accurately reflects the reasoning underlying *Jordan* and the mischief it sought to address. To be precise, the *Jordan* ceilings apply from the charge to the end of the evidence and argument, and no further.

[34] Importantly, the *Jordan* ceilings were not designed to exhaust the s. 11(b) analysis and cover all sources of delay. To the contrary, the ceilings represented a specific solution designed to address a specific problem: the culture of complacency towards excessive delay associated with “bringing those charged with criminal offences to trial” (*Jordan*, at para. 2; see also paras. 4, 13, 117, 121 and 129).

public doit établir la présence de circonstances exceptionnelles. S’il ne peut le faire, le délai est déraisonnable et un arrêt des procédures doit suivre.

Si le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès (moins le délai imputable à la défense et la période découlant de circonstances exceptionnelles) se situe *en deçà* du plafond présumé, il incombe à la défense de démontrer le caractère déraisonnable du délai. Pour ce faire, elle doit prouver (1) qu’elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d’un effort soutenu pour accélérer l’instance, *et* (2) que le procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être. Nous nous attendons à ce que les arrêts de procédures prononcés dans des cas où le délai est inférieur au plafond soient rares, et limités aux cas manifestes. [En italique dans l’original; par. 47-48.]

[33] L’arrêt *Jordan* indique que les plafonds présumés s’appliquent « entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès ». La Cour n’a toutefois pas expressément défini l’expression « conclusion [. . .] du procès ». On a soutenu que cette expression autorisait quatre interprétations possibles : (1) la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries; (2) la date à laquelle le verdict est rendu, à l’exclusion des requêtes postérieures au procès; (3) la conclusion des requêtes postérieures au procès; ou (4) la date de la détermination de la peine (voir m.a., par. 131). Quand on y regarde de près, c’est la première interprétation qui reflète correctement le raisonnement qui sous-tend l’arrêt *Jordan* et la situation problématique à laquelle il visait à remédier. Plus précisément, les plafonds fixés par l’arrêt *Jordan* s’appliquent du dépôt des accusations à la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries, et pas plus.

[34] Fait important, les plafonds fixés par l’arrêt *Jordan* n’ont pas été conçus pour évacuer l’analyse fondée sur l’al. 11b) et s’appliquer à toutes les sources de délai. Au contraire, ils apportaient une solution précise à un problème précis : la culture de complaisance à l’endroit de l’écoulement de délais excessifs avant que « les inculpés [soient] traduits [...] en justice » (*Jordan*, par. 2; voir aussi par. 4, 13, 117, 121 et 129).

[35] This culture of complacency in bringing accused persons to trial arose in part from doctrinal shortcomings that marked the s. 11(b) framework set out in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. The *Morin* framework required courts to balance four factors in determining whether delay had become unreasonable: “(1) the length of the delay; (2) defence waiver; (3) the reasons for the delay, including the inherent needs of the case, defence delay, Crown delay, institutional delay, and other reasons for delay; and (4) prejudice to the accused’s interests in liberty, security of the person, and a fair trial” (*Jordan*, at para. 30; see also *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3, at para. 18). Over time, that framework proved to be “too unpredictable, too confusing, and too complex” (*Jordan*, at para. 38). Among other problems, prejudice — which was “confusing, hard to prove, and highly subjective” — had become a determinative factor in the analysis (*Jordan*, at paras. 33-34).

[36] Compounding those doctrinal shortcomings and further fostering the culture of complacency were a number of practical problems. Most notably, *Morin* did nothing to address this culture. Its retrospective approach did not inspire proactive measures to avoid delay; it was designed “not to prevent delay, but only to redress (or not redress) it” (*Jordan*, at para. 35). Further, unnecessary procedural steps and inefficient advocacy were burdening the system. As a matter of courtroom culture, excessive delay had become far too tolerable.

[37] *Jordan* marked a clean break from the *Morin* approach to s. 11(b). The Court in *Jordan* set out to enhance the clarity and predictability of the s. 11(b) analysis and galvanize systemic change. Importantly, it did so based on cogent evidence that systemic change was needed. The well-documented extent of the culture of complacency in the criminal justice system and its effect on accused persons were significant justifications for creating a new approach

[35] Cette culture de complaisance à l’endroit des délais qui s’écoulaient avant que l’on traduise l’accusé en justice découlait en partie des lacunes sur le plan théorique dont souffrait le cadre d’analyse relatif à l’al. 11b) établi dans l’arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. Ce cadre exigeait des tribunaux qu’ils soupèsent quatre facteurs pour décider si le délai était devenu déraisonnable : « (1) la longueur du délai; (2) la renonciation de la défense à invoquer une portion du délai; (3) les motifs du délai, y compris les besoins inhérents au dossier, le délai imputable à la défense, celui attribuable au ministère public, le délai institutionnel et les autres motifs du délai; (4) l’atteinte aux droits de l’inculpé à la liberté, à la sécurité de sa personne et à un procès équitable » (*Jordan*, par. 30; voir aussi *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3, par. 18). Avec le temps, ce cadre d’analyse s’est révélé « trop imprévisible, trop difficile à saisir et trop complexe sur le plan théorique » (*Jordan*, par. 38). Entre autres choses, le préjudice — qui est « difficile à prouver et [dont le] traitement porte à confusion en plus d’être hautement subjectif » — était devenu un facteur déterminant dans l’analyse (*Jordan*, par. 33-34).

[36] Des problèmes sur le plan pratique ont aggravé ces lacunes théoriques et aussi favorisé la culture de complaisance. Plus particulièrement, l’arrêt *Morin* n’a rien fait pour s’attaquer à cette culture. Son approche rétrospective n’a inspiré aucune mesure proactive visant à éviter le délai; son cadre d’analyse était conçu « non pas pour prévenir le délai, mais uniquement pour y remédier (ou pas) » (*Jordan*, par. 35). De plus, des étapes procédurales inutiles et la défense inefficace des droits alourdisaient le système. Quant à la culture en salle d’audience, les délais excessifs étaient devenus beaucoup trop tolérables.

[37] L’arrêt *Jordan* a marqué une nette rupture par rapport à la méthode adoptée dans l’arrêt *Morin* à l’égard de l’al. 11b). Dans *Jordan*, la Cour a entrepris d’accroître la clarté et la prévisibilité de l’analyse fondée sur l’al. 11b) et de provoquer un changement systémique. Il importe de rappeler qu’elle a agi ainsi en se fondant sur une preuve convaincante établissant qu’un tel changement s’imposait. L’ampleur bien documentée de la culture de complaisance qui régnait

to assess delays in bringing accused persons to trial (see para. 40, citing Alberta Justice and Solicitor General, Criminal Justice Division, “Injecting a Sense of Urgency: A new approach to delivering justice in serious and violent criminal cases”, report by G. Lepp (April 2013) (online), at p. 17, B.C. Justice Reform Initiative, *A Criminal Justice System for the 21st Century: Final Report to the Minister of Justice and Attorney General Honourable Shirley Bond*, report by D. Geoffrey Cowper, Q.C. (2012), at p. 4, P. J. LeSage and M. Code, *Report of the Review of Large and Complex Criminal Case Procedures* (2008), at p. 15, and Canada, Department of Justice, “The Final Report on Early Case Consideration of the Steering Committee on Justice Efficiencies and Access to the Justice System” (2006) (online), at pp. 5-6). This evidence, together with the doctrinal and practical problems of *Morin*, constituted the necessary “compelling reasons” to introduce the presumptive ceilings (para. 45, quoting *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44).

[38] There is no suggestion here, nor was there any suggestion in *Jordan*, that delay arising from verdict deliberation time contributes to the systemic problem that *Jordan* sought to address. As indicated (at para. 35), *Jordan* was squarely focused on delay in bringing accused persons to trial and that is the scope of its application.

[39] The *Jordan* decision itself makes this limited temporal scope apparent. For one, the Court expressly declined to comment on whether the *Jordan* ceilings applied from the date of the charge through the date of the sentence, notwithstanding this Court’s holding in *MacDougall* that s. 11(b) extends to sentence. Specifically, the Court stated that “[t]he issue of delay in sentencing . . . is not before us, and we make no comment about how this ceiling should apply to s. 11(b) applications brought after a conviction is entered, or whether additional time should be added to the ceiling in such cases” (para. 49, fn. 2). Additionally, the guidance this Court offered

au sein du système de justice criminelle et son effet sur les accusés constituaient des justifications valables pour créer une nouvelle façon d’apprécier les délais pouvant s’écouler avant que l’on traduise un accusé en justice (voir par. 40, citant Alberta Justice and Solicitor General, Criminal Justice Division, « Injecting a Sense of Urgency : A new approach to delivering justice in serious and violent criminal cases », rapport de G. Lepp (avril 2013) (en ligne), p. 17, B.C. Justice Reform Initiative, *A Criminal Justice System for the 21st Century : Final Report to the Minister of Justice and Attorney General Honourable Shirley Bond*, rapport de D. Geoffrey Cowper, c.r. (2012), p. 4, P. J. LeSage et M. Code, *Rapport sur l’examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes* (2008), p. 15, et Canada, ministère de la Justice, « Rapport final sur l’examen prioritaire des dossiers du comité directeur sur l’efficacité et l’accès en matière de justice » (2006) (en ligne), p. 5-6). Ces éléments de preuve, ainsi que les problèmes sur les plans théorique et pratique engendrés par l’arrêt *Morin*, constituaient les « raisons impérieuses » justifiant d’introduire les plafonds présumés (par. 45, citant *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44).

[38] Rien ne suggère ici que le délai découlant du temps de délibération en vue du prononcé du verdict contribue au problème systémique auquel l’arrêt *Jordan* cherchait à remédier, et rien ne le suggérait dans *Jordan*. Comme il est indiqué au par. 35, cet arrêt visait strictement le temps pris pour traduire les accusés en justice, et c’est là toute la portée de son application.

[39] L’arrêt *Jordan* lui-même fait ressortir cette portée temporelle limitée. D’abord, la Cour a expressément refusé de se prononcer sur la question de savoir si les plafonds fixés par *Jordan* s’appliquaient à compter de la date du dépôt des accusations jusqu’à la date de la détermination de la peine, en dépit de sa conclusion dans *MacDougall* selon laquelle la portée de l’al. 11(b) s’étend jusqu’à la détermination de la peine. Plus précisément, la Cour a affirmé que « [l]a question du délai de détermination de la peine ne nous est [. . .] pas soumise et nous ne nous prononçons ni sur la manière dont le plafond exposé précédemment devrait s’appliquer aux demandes présentées sur le

to address the culture of complacency focused almost exclusively on trial practice and procedure. For the Crown, the *Jordan* framework “clarifie[d] the content of the Crown’s ever-present constitutional obligation to bring the accused to trial within a reasonable time” (para. 112). It also “encourage[d] the defence to be part of the solution” by deducting defence-caused delay from the total delay at the outset, and by requiring the defence to demonstrate that it had taken “meaningful and sustained steps to expedite the proceedings as a prerequisite to a stay” in cases falling below the presumptive ceiling (para. 113).

[40] While *Jordan* recognized that the judiciary had a role to play in addressing the culture of complacency, there was no suggestion that judicial deliberation time was contributing to that culture. Instead, *Jordan* called upon the courts to change “courtroom culture” by implementing more efficient trial procedures including scheduling practices, reviewing case management regimes, and making reasonable efforts to control and manage the conduct of trials (paras. 114 and 139; see also *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, at paras. 37-39).

[41] That the focus in *Jordan* was directed not at delay attributable to verdict deliberation time but delay in bringing accused persons to trial is borne out when one considers the host of practical problems that would arise if the presumptive ceilings were to include the date on which a verdict might be rendered. As I will explain, including verdict deliberation time within the presumptive ceilings would run counter to *Jordan*’s goals of clarity and predictability, and likely prove unworkable in practice.

fondement de l’al. 11b) après l’inscription d’une déclaration de culpabilité ni sur l’opportunité de prévoir un délai maximal plus long pour les cas de ce genre » (par. 49, note 2). Ensuite, les directives qu’a données la Cour afin de remédier à la culture de complaisance portaient presque exclusivement sur les pratiques et les procédures qui s’appliquent au procès. Du point de vue de la Couronne, le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan* « clarifi[ait] l’obligation constitutionnelle qu’[elle] a toujours eue de traduire l’accusé en justice dans un délai raisonnable » (par. 112). Il « encourage[ait] également la défense à contribuer à la résolution du problème » en soustrayant d’entrée de jeu le délai imputable à la défense du délai total, et en exigeant que, pour obtenir un arrêt des procédures, la défense démontre qu’elle a pris « des mesures utiles et soutenues pour accélérer le cours de l’instance » dans les cas où le délai est inférieur au plafond présumé (par. 113).

[40] Dans l’arrêt *Jordan*, la Cour a reconnu que les tribunaux avaient un rôle à jouer pour modifier la culture de complaisance, mais elle n’a nullement laissé entendre que le temps de délibération des juges contribuait à cette culture. Elle a plutôt invité les tribunaux à changer la « culture en salle d’audience » en mettant en œuvre des procédures plus efficaces pour les procès, notamment des pratiques d’établissement de calendriers, en revoyant leurs régimes de gestion des instances et en faisant des efforts raisonnables pour diriger et gérer le déroulement des procès (par. 114 et 139; voir aussi *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 37-39).

[41] La thèse selon laquelle l’arrêt *Jordan* visait non pas le délai attribuable au temps de délibération en vue du prononcé du verdict, mais le temps pris pour traduire les accusés en justice se confirme lorsque l’on tient compte des nombreux problèmes d’ordre pratique qui surgiraient si les plafonds présumés devaient inclure la date à laquelle le verdict peut être rendu. Comme je l’expliquerai, inclure le délai de délibération dans les plafonds présumés contrecarrerait les objectifs de clarté et de prévisibilité visés par l’arrêt *Jordan*, et s’avèrerait vraisemblablement inapplicable en pratique.

[42] Perhaps the most significant problem that would arise if verdict deliberation time were included within the presumptive ceilings is that it would render the argument and adjudication of pre-trial s. 11(b) applications speculative, if not impossible. This is because there could be no way to predict in any given case whether the judge might reserve their decision and, if so, how long they might take to render a verdict.

[43] *Jordan* encourages pre-trial s. 11(b) applications. It marked a shift away from the retrospective, reactive approach taken to excessive delay in *Morin*, preferring instead an approach that allows the parties to know “*in advance*, the bounds of reasonableness so proactive measures can be taken to remedy any delay” (para. 108 (emphasis in original)).

[44] Assessing verdict deliberation time within the *Jordan* ceilings would require counsel to speculate as to the date on which a verdict might be delivered, which runs directly counter to the predictability that *Jordan* sought to foster. This, in turn, would impede counsel’s ability to take proactive measures to bring the proceedings in under the ceiling, since counsel would not know in advance when the proceedings were expected to conclude. Nor could the judge provide counsel with guidance in this respect since they would not have seen the evidence or heard counsel’s submissions, much less know what time pressures might arise in their own judicial schedule.

[45] The anticipated last date of evidence and argument, by contrast, provides a workable and predictable date to use in calculating delay on pre-trial applications. Indeed, the scheduled end of trial was the date that was used in both *Jordan* (see *R. v. Jordan*, 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137, at para. 18; *R. v. Jordan*, 2012 BCSC 1735, at para. 12) and *Cody* (para. 21).

[42] Le problème le plus important qui surgirait si le temps de délibération en vue du prononcé du verdict devait être inclus dans les plafonds présumés est, peut-être, le fait qu’il deviendrait hypothétique, voire impossible, de présenter des arguments à l’égard des demandes fondées sur l’al. 11b) préalables au procès et de trancher ces demandes. Il en serait ainsi parce qu’il n’y aurait aucun moyen de prédire, dans une affaire donnée, si le juge mettra la cause en délibéré et, le cas échéant, combien de temps il lui faudra pour rendre son verdict.

[43] L’arrêt *Jordan* encourage la présentation de demandes fondées sur l’al. 11b) préalables au procès. Cela marque l’abandon de l’approche réactive et rétrospective adoptée à l’égard des délais excessifs dans l’arrêt *Morin*, et favorise plutôt une approche permettant aux parties de connaître « *à l’avance*, les limites du délai raisonnable et [de] prendre des mesures proactives pour remédier aux délais » (par. 108 (en italique dans l’original)).

[44] L’inclusion du temps de délibération en vue du prononcé du verdict dans les plafonds fixés par l’arrêt *Jordan* obligerait les avocats à émettre des hypothèses sur la date à laquelle le verdict pourrait être rendu, ce qui va directement à l’encontre de la prévisibilité qu’a voulu favoriser l’arrêt *Jordan*. Cela empêcherait à leur tour les avocats de prendre des mesures proactives pour que l’instance soit conclue dans un délai inférieur au plafond, car ils ne connaîtraient pas à l’avance la date à laquelle l’instance serait censée prendre fin. Le juge ne pourrait pas non plus donner d’indications aux avocats à cet égard, car il n’aurait pas pris connaissance des éléments de preuve ni entendu les observations des avocats, et connaîtrait encore moins les contraintes de temps qui pourraient survenir dans son propre horaire.

[45] En revanche, la dernière date prévue de la présentation de la preuve et des plaidoiries constitue une date réaliste et prévisible qu’il y a lieu d’utiliser pour calculer le délai dans les demandes préalables au procès. D’ailleurs, c’est la date prévue de la fin du procès qui a été utilisée à la fois dans *Jordan* (voir *R. c. Jordan*, 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137, par. 18; *R. c. Jordan*, 2012 BCSC 1735, par. 12) et dans *Cody* (par. 21).

[46] Extending the *Jordan* ceilings to the date of verdict rather than the date on which evidence and argument conclude would also lead to practical issues for post-trial s. 11(b) applications. Such applications would be particularly problematic for the Crown in cases where the ceiling was breached after evidence and argument concluded and the judge had taken the case under reserve.

[47] Where the ceiling has been breached, *Jordan* places an onus on the Crown to show that the cause of the breach was “genuinely outside its control” (para. 112). This shift in onus was designed to encourage proactivity on the Crown’s part. However, it does not make sense to hold the Crown accountable for the time a judge takes to deliberate on the verdict. As a matter of principle, it is improper for the Crown to interfere or be seen to interfere with the judicial deliberation process insofar as it could reasonably be seen as an attempt to influence the judge’s decision (see *MacDougall*, at paras. 49-52). Nor as a general rule, will the Crown be in a position to explain why the judge took the time they did to arrive at a verdict.

[48] Even if the Crown could learn the reasons why a judge took the deliberation time they did, those reasons could not as a rule be meaningfully tested, as “judges do not become witnesses nor do they file affidavits” (motion judge’s reasons, at para. 59). Indeed, a judge becoming a witness in a case under reserve would in all likelihood compromise their ability to adjudicate that case.

[49] Another undesirable result of including verdict deliberation within the *Jordan* framework would be that the amount of verdict deliberation time available in a given case would vary greatly depending on

[46] Le fait d’étendre les plafonds fixés par l’arrêt *Jordan* jusqu’à la date du verdict plutôt que jusqu’à celle à laquelle prend fin la présentation de la preuve et des plaidoiries soulèverait également des questions d’ordre pratique pour les demandes fondées sur l’al. 11b) postérieures au procès. En effet, ces demandes se révéleraient particulièrement problématiques pour la Couronne lorsque le plafond a été dépassé après la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries et que le juge avait mis l’affaire en délibéré.

[47] Lorsque le plafond est dépassé, l’arrêt *Jordan* impose à la Couronne le fardeau de démontrer que la cause du dépassement était « véritablement indépendant[e] de sa volonté » (par. 112). Cette inversion du fardeau de la preuve vise à inciter la Couronne à agir de façon proactive. Toutefois, il n’est pas logique de la tenir responsable du temps qu’il faut au juge pour délibérer en vue du prononcé du verdict. En principe, il ne convient pas que la Couronne intervienne ou soit perçue comme intervenant dans le processus de délibération judiciaire dans la mesure où cela pourrait raisonnablement être considéré comme une tentative d’influencer la décision du juge (voir *MacDougall*, par. 49-52). Qui plus est, en règle générale, la Couronne n’est pas non plus en mesure d’expliquer pourquoi il a fallu au juge le temps qu’il lui a fallu pour rendre son verdict.

[48] Même si la Couronne pouvait apprendre les raisons pour lesquelles il a fallu au juge le temps de délibération qu’il lui a fallu, ces raisons ne pourraient en principe être utilement vérifiées, car [TRADUCTION] « les juges ne deviennent pas des témoins et ne font pas d’affidavits » (motifs du juge des requêtes, par. 59). D’ailleurs, le fait que le juge devienne témoin dans une affaire mise en délibéré nuirait, selon toute vraisemblance, à sa capacité de trancher l’affaire.

[49] L’inclusion du temps de délibération en vue du prononcé du verdict dans le cadre d’analyse établi par l’arrêt *Jordan* aurait un autre effet indésirable, soit que le temps de délibération disponible dans une

how close to the ceiling the evidence and argument concluded. As the motion judge observed:

. . . were judges subject to the categorical and unconditional obligation to come to determinations within the presumptive ceilings, the manner in which the case was conducted or unfolded would determine the manner in which a judge approaches and perhaps makes his own or her own decision. In other words, in some cases which might conclude well below the ceiling, a judge would have many months to render well-crafted written reasons. In other cases which conclude very close to the ceiling, the judge might be left with mere days. [para. 54]

The undesirability and absurdity of this result becomes apparent when one considers a case that concludes close to the ceiling due in part to the quantity and/or complexity of the evidence adduced. In such a case, the greater the volume of evidence and the greater its complexity — assuming it does not rise to the level of an exceptional circumstance under *Jordan* —, the less time a judge would have to evaluate it. Surely, this cannot be so.

[50] In sum, properly construed, *Jordan* did not resolve the issue of how to determine whether an accused's right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) has been infringed by delay attributable to verdict deliberation time. As I have said, the presumptive ceilings set out in *Jordan* only apply until the actual or anticipated end of the evidence and argument at trial, and no further. This is consistent with the design of *Jordan* and it avoids the serious practical problems that would arise if the ceilings were extended to include verdict deliberation time. Put simply, the presumptive ceilings in *Jordan* do not provide an appropriate yardstick against which the reasonableness of delay attributable to verdict deliberation time may be measured.

affaire donnée dépendrait grandement de la mesure dans laquelle la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries se rapprocherait de l'atteinte du plafond applicable. Comme l'a fait observer le juge des requêtes :

[TRADUCTION] . . . si les juges devaient être assujettis à l'obligation catégorique et inconditionnelle de rendre des décisions dans les délais des plafonds présumés, la façon dont l'affaire s'est déroulée déterminerait la façon dont le juge aborderait sa propre décision et possiblement la façon dont il la prendrait. En d'autres termes, dans les affaires prenant fin bien avant l'atteinte du plafond applicable, le juge disposerait de plusieurs mois pour rendre des motifs écrits soigneusement rédigés. Dans les affaires prenant fin peu avant l'atteinte du plafond applicable, le juge pourrait ne disposer que de quelques jours. [par. 54]

Le caractère indésirable et absurde de ce résultat devient évident lorsque l'on pense aux affaires qui prennent fin peu avant l'atteinte du plafond applicable en raison notamment de la quantité ou de la complexité de la preuve présentée. Dans un tel cas, plus la preuve serait volumineuse et complexe — en tenant pour acquis que cela n'est pas au point de constituer une circonstance exceptionnelle au sens de l'arrêt *Jordan* —, moins le juge disposerait de temps pour l'apprécier. Il ne saurait assurément en être ainsi.

[50] Bref, lorsqu'on l'interprète correctement, l'arrêt *Jordan* n'a pas tranché la question de savoir comment déterminer si le délai attribuable au temps de délibération en vue du prononcé du verdict a porté atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable que l'al. 11b) garantit à l'accusé. Comme je l'ai mentionné, les plafonds présumés fixés par *Jordan* ne s'appliquent que jusqu'à la fin réelle ou anticipée de la présentation de la preuve et des plaidoiries dans le cadre du procès, et pas plus. Cette interprétation est compatible avec les objectifs de l'arrêt *Jordan* et permet d'éviter les graves problèmes d'ordre pratique qui surgiraient si les plafonds étaient étendus de manière à viser le temps de délibération en vue du prononcé du verdict. En termes simples, les plafonds présumés fixés par l'arrêt *Jordan* ne constituent pas le critère approprié pour apprécier le caractère raisonnable du délai attribuable au temps de délibération en vue du prononcé du verdict.

B. *How to Determine Whether Verdict Deliberation Time Was Reasonable Within the Meaning of Section 11(b)*

[51] Although it is not disputed that s. 11(b) applies to verdict deliberation time, no clear test for determining whether verdict deliberation time was reasonable within the meaning of s. 11(b) had developed in the jurisprudence pre-*Jordan*. In *Morin*, Sopinka J. observed that delay arising from “actions by trial judges” did not fit particularly well into any category of delay set out in that case (p. 800). In cases following *Morin*, this type of delay appears to have taken on different characterizations in different circumstances — at times being considered part of the inherent time requirements of the case, and at others counting against the Crown (*MacDougall*, at paras. 45-46; see *R. v. Brown*, 2018 NSCA 62, 364 C.C.C. (3d) 238, at para. 73; *R. v. Lamacchia*, 2012 ONSC 2583, 258 C.R.R. (2d) 370, at para. 7). That said, as Cameron J.A. observed in the present case, “[p]rior to *Jordan*, there was nothing in the jurisprudence indicating that trial judges were to estimate how long a reserved decision might take in advance of the trial and include that in their calculation of inherent delay in the *Morin* analysis” (Court of Appeal reasons, at para. 198).

[52] Nor, in my view, did this Court in *Rahey* establish a test whereby judicial deliberation time would only be held to violate s. 11(b) if it is “shocking, inordinate and unconscionable”. None of the four sets of reasons in that case purports to do more than quote the trial judge’s description of the delay as being “shocking, inordinate and unconscionable” (see pp. 604-5, per Lamer J.; p. 649, per La Forest J.; see also Court of Appeal reasons, at para. 287, per Monnin J.A., and paras. 166-68, per Hamilton J.A.). When speaking in their own words, each of the judges merely asked whether the delay was “unreasonable” or “reasonable” (p. 605, per Lamer J.;

B. *Comment déterminer si le temps de délibération en vue du prononcé du verdict a été raisonnable au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 11b)*

[51] Bien qu’il ne soit pas contesté que l’al. 11b) s’applique au temps de délibération en vue du prononcé du verdict, aucun test précis permettant de déterminer si ce temps de délibération a été raisonnable au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 11b) n’a été élaboré dans la jurisprudence antérieure à l’arrêt *Jordan*. Dans l’arrêt *Morin*, le juge Sopinka a fait observer que le délai découlant des « actes des juges de première instance » ne s’inscrit particulièrement bien dans aucune des catégories de délai qui y sont mentionnées (p. 800). Dans les décisions postérieures à l’arrêt *Morin*, ce type de délai semble avoir fait l’objet de différentes qualifications dans différentes circonstances — dans certains cas, il a été considéré comme faisant partie du délai inhérent à l’affaire et, dans d’autres, comme un délai reproché à la Couronne (*MacDougall*, par. 45-46; voir *R. c. Brown*, 2018 NSCA 62, 364 C.C.C. (3d) 238, par. 73; *R. c. Lamacchia*, 2012 ONSC 2583, 258 C.R.R. (2d) 370, par. 7). Cela dit, comme l’a fait observer le juge Cameron dans la présente affaire, [TRADUCTION] « [a]vant l’arrêt *Jordan*, rien dans la jurisprudence n’indiquait que les juges de première instance devaient estimer avant le procès le temps que prendrait une décision mise en délibéré et inclure ce temps dans le calcul des délais inhérents pris en considération dans l’analyse prescrite par l’arrêt *Morin* » (motifs de la Cour d’appel, par. 198).

[52] À mon avis, la Cour n’a pas non plus, dans l’arrêt *Rahey*, établi un test selon lequel le temps de délibération des juges ne sera considéré comme violant l’al. 11b) que s’il est « honteux, démesuré et déraisonnable ». Aucune des quatre opinions exprimées dans cet arrêt ne va plus loin que simplement citer une phrase du juge de première instance qualifiant le délai de « honteux, démesuré et déraisonnable » (voir p. 604-605, le juge Lamer; p. 649, le juge La Forest; voir aussi les motifs de la Cour d’appel, par. 287, le juge Monnin, et par. 166-168, la juge Hamilton). S’exprimant dans leurs propres mots, les juges se sont simplement demandé si le délai était

p. 616, per Le Dain J.; pp. 621-22, per Wilson J.; pp. 637 and 649-50, per La Forest J.). In sum, while one can conclude from *Rahey* that a breach of s. 11(b) based on verdict deliberation time will be made out where the delay occasioned by it is found to be “shocking, inordinate and unconscionable”, it does not follow that these three features must necessarily exist in order to make out a s. 11(b) breach.

[53] Finally, as I have explained, *Jordan* did not answer how verdict deliberation time should be assessed for the purposes of s. 11(b). It is to that question that I now turn.

[54] In my view, when assessing whether an accused person’s right to be tried within a reasonable time has been infringed by reason of delay occasioned by verdict deliberation time, the question to be asked is whether the deliberation time took markedly longer than it reasonably should have in all of the circumstances.¹

[55] This test should be approached in light of the presumption of integrity from which judges benefit. This presumption “acknowledges that judges are bound by their judicial oaths and will carry out the duties they have sworn to uphold” (*Cojocaru v. British Columbia Women’s Hospital and Health Centre*, 2013 SCC 30, [2013] 2 S.C.R. 357, at para. 17, quoting *R. v. Teskey*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267, at para. 29, per Abella J., dissenting). As part of their duty to uphold *Charter* rights, judges are under an obligation to minimize delay at all stages of the trial process, including during the verdict deliberation phase. Post-*Jordan*, judges — like all participants in the justice system — should

¹ This test only applies when determining whether the time taken by a trial judge to deliberate and render a decision after the evidence and closing arguments at trial have been made violates s. 11(b). These reasons do not address the test applicable to post-verdict delay (e.g., delay in sentencing).

« déraisonnable » ou « raisonnable » (p. 605, le juge Lamer; p. 616, le juge Le Dain; p. 621-622, la juge Wilson; p. 637 et 649-650, le juge La Forest). Bref, si l’arrêt *Rahey* permet de conclure qu’une violation de l’al. 11b) fondée sur le temps de délibération en vue du prononcé du verdict est établie lorsque le délai découlant de celui-ci est jugé « honteux, démesuré et déraisonnable », il ne s’ensuit pas que ces trois caractéristiques doivent nécessairement exister pour que soit établie une violation de l’al. 11b).

[53] Enfin, comme je l’ai expliqué, l’arrêt *Jordan* n’a pas tranché la question de savoir comment il faut apprécier le temps de délibération en vue du prononcé du verdict aux fins de l’application de l’al. 11b). C’est cette question que je vais maintenant aborder.

[54] À mon avis, lorsqu’il s’agit de déterminer si le délai attribuable au temps de délibération en vue du prononcé du verdict a porté atteinte au droit de l’accusé d’être jugé dans un délai raisonnable, il faut se demander si ce temps de délibération a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être compte tenu de l’ensemble des circonstances¹.

[55] Ce test doit être abordé en tenant compte de la présomption d’intégrité dont bénéficient les juges. Cette présomption « reconnaît que [ces derniers] sont tenus de respecter leur serment professionnel et de s’acquitter des obligations qu’ils ont fait le serment de remplir » (*Cojocaru c. British Columbia Women’s Hospital and Health Centre*, 2013 CSC 30, [2013] 2 R.C.S. 357, par. 17, citant *R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267, par. 29, la juge Abella, dissidente). Dans le cadre de leur devoir de faire respecter les droits garantis par la *Charte*, les juges ont l’obligation de réduire les délais au minimum à toutes les étapes du procès, notamment à la phase de la délibération en vue du prononcé du verdict. Depuis

¹ Ce test ne s’applique que lorsqu’il s’agit de déterminer si le temps qu’a pris le juge du procès pour délibérer et pour rendre sa décision après la présentation de la preuve et des plaidoiries au procès viole l’al. 11b). Les présents motifs ne traitent pas du test applicable au délai écoulé après le prononcé du verdict, p. ex., celui écoulé avant le prononcé de la peine.

be acutely aware of the issues that promote delay and which can, in turn, give rise to a s. 11(b) violation.

[56] As I will elaborate, the presumption of judicial integrity operates in this context to create a presumption that the trial judge took no longer than reasonably necessary to arrive at the verdict. Specifically, the trial judge should be presumed to have struck a reasonable balance between the need for timeliness and trial fairness considerations — which take on a different character once the evidence and argument at trial have concluded — as well as the practical constraints that judges face. The burden lies on the accused to rebut this presumption by explaining why, in all the circumstances of the case, the verdict deliberation time was markedly longer than it reasonably should have been. Where the accused meets that burden in a particular case, I hasten to add that, while significant, this finding should not be taken as casting doubt on the judge’s overall competence or professionalism.

(1) The Considerations That Inform Verdict Deliberation Time

[57] In determining whether the verdict deliberation time in any given case took markedly longer than it reasonably should have, it must be borne in mind that trial judges are in the best position to assess how much time is needed in all the circumstances of the case. Specifically, the trial judge should be presumed to have struck a reasonable balance between the need for timeliness and trial fairness considerations — both of which animate s. 11(b) itself — as well as the practical considerations that constrain the amount of time they can spend on a particular case.

l’arrêt *Jordan*, les juges — comme tous les participants au système de justice — doivent demeurer pleinement conscients des problèmes systémiques qui favorisent l’écoulement de délais, qui peuvent, à leur tour, donner lieu à une violation de l’al. 11b).

[56] Comme je l’expliquerai, la présomption d’intégrité judiciaire fait naître dans ce contexte une présomption selon laquelle le temps qu’il a fallu au juge du procès pour arriver à son verdict n’a pas été plus long qu’il était raisonnablement nécessaire qu’il le soit. Plus précisément, on doit présumer que le juge du procès a établi un équilibre raisonnable entre la nécessité d’instruire rapidement les affaires et les considérations liées à l’équité du procès — qui revêtent un caractère différent une fois que la présentation de la preuve et des plaidoiries dans le cadre du procès a pris fin — et, aussi, les contraintes pratiques auxquelles les juges font face. Il incombe à l’accusé de réfuter cette présomption en expliquant pourquoi, compte tenu de l’ensemble des circonstances de l’affaire, le temps de délibération en vue du prononcé du verdict a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être. Lorsque l’accusé s’acquitte de ce fardeau, dans une affaire donnée, je m’empresse d’ajouter que, bien que significative, cette conclusion ne devrait pas être considérée comme mettant en doute la compétence générale ou le professionnalisme du juge.

(1) Les considérations qui expliquent le temps de délibération en vue du prononcé du verdict

[57] Lorsqu’il s’agit de déterminer si le temps de délibération en vue du prononcé du verdict dans une affaire donnée a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être, il faut garder à l’esprit que les juges de procès sont les mieux placés pour savoir combien de temps il faut, compte tenu de l’ensemble des circonstances de l’affaire. Plus précisément, on doit présumer que le juge du procès a établi un équilibre raisonnable entre la nécessité d’instruire rapidement les affaires et les considérations liées à l’équité du procès — deux éléments qui animent l’al. 11b) lui-même — et, aussi, les considérations d’ordre pratique qui restreignent le temps qu’il peut consacrer à une affaire donnée.

[58] Timeliness is essential to achieving the purposes of s. 11(b). These purposes are well established. In *Morin*, Sopinka J. explained that the primary purpose of s. 11(b) is to protect the individual rights of the accused, but that it also protects societal interests (p. 786). This Court elaborated on these purposes in *K.J.M.*, at para. 38:

At the individual level, [s. 11(b)] protects the accused’s “liberty, as regards to pre-trial custody or bail conditions; security of the person, in the sense of being free from the stress and cloud of suspicion that accompanies a criminal charge; and the right to make full answer and defence, insofar as delay can prejudice the ability of the defendant to lead evidence, cross-examine witnesses, or otherwise to raise a defence”. At the societal level, “[t]imely trials allow victims and witnesses to make the best possible contribution to the trial, and minimize the ‘worry and frustration [they experience] until they have given their testimony’”, and permit them to move on with their lives. Society also has an interest in seeing that citizens accused of crimes are treated humanely and fairly, and timely trials help maintain the public’s confidence in the administration of justice, which is “essential to the survival of the system itself”. “In short, timely trials further the interests of justice”. [Citations omitted.]

[59] With respect to the individual interests that s. 11(b) protects, the nature of the liberty and security of the person interests remains the same from the date on which charges are laid to the date when the verdict is rendered. While awaiting the verdict, accused persons typically remain subject to the same liberty restrictions, stresses, and stigma that existed between the laying of charges and the end of the evidence and argument at trial. Generally speaking, these interests are best protected by bringing the proceedings to a close as quickly as possible.

[60] Trial fairness, however, takes on a different character after the trial proper ends and the case is left in the hands of the trier of fact. Prior to the end of evidence and argument, time can be the enemy of

[58] Pour atteindre les objets de l’al. 11b), qui sont bien établis, il est essentiel d’agir en temps opportun. Dans l’arrêt *Morin*, le juge Sopinka a expliqué que l’objet principal de l’al. 11b) est la protection des droits individuels de l’accusé, mais qu’il protège aussi les intérêts de la société (p. 786). La Cour a donné des précisions sur ces objets dans *K.J.M.*, au par. 38 :

À l’échelle de l’individu, [l’al. 11b)] protège « [la] liberté [de l’accusé], en ce qui touche sa détention avant procès ou ses conditions de mise en liberté sous caution; la sécurité de sa personne, c’est-à-dire ne pas avoir à subir le stress et le climat de suspicion que suscite une accusation criminelle; et le droit de présenter une défense pleine et entière, dans la mesure où les délais écoulés peuvent compromettre sa capacité de présenter des éléments de preuve, de contre-interroger les témoins ou de se défendre autrement ». À l’échelle de la société, « les procès instruits dans un délai raisonnable permettent aux victimes et aux témoins d’apporter la meilleure contribution possible au procès et minimisent “[l’]angoiss[e] et [la] frustration [qu’ils ressentent] jusqu’au témoignage lui-même” » et leur permettent de tourner la page. La société a aussi un intérêt à ce que les citoyens accusés de crimes soient traités de façon humaine et équitable, et les procès instruits rapidement aident à préserver la confiance du public envers l’administration de la justice, qui est « essentielle à la survie du système lui-même ». « Bref, les procès instruits en temps utile servent l’administration de la justice ». [Références omises.]

[59] En ce qui concerne les droits individuels que protège l’al. 11b), la nature des droits de l’accusé à la liberté et à la sécurité de sa personne demeure la même de la date du dépôt des accusations à la date du verdict. Dans l’attente du verdict, l’accusé demeure généralement assujéti aux mêmes restrictions de sa liberté et aux mêmes stress et stigmates que ceux qui existaient entre le dépôt des accusations et la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries dans le cadre du procès. En règle générale, la meilleure façon de protéger ces droits est de clore l’instance le plus rapidement possible.

[60] Le droit à un procès équitable, par contre, revêt un caractère différent une fois que le procès proprement dit est terminé et que l’affaire est laissée entre les mains du juge des faits. Avant la fin de la

trial fairness. As this Court observed in *Jordan*, the accused’s right to make full answer and defence and “[f]air trial interests are affected because the longer a trial is delayed, the more likely it is that some accused will be prejudiced in mounting a defence, owing to faded memories, unavailability of witnesses, or lost or degraded evidence” (para. 20). By contrast, once the evidence is preserved in the record and the case is left in the hands of the trier of fact, those concerns are largely attenuated, and necessary verdict deliberation time works to ensure fairness. This is so because verdict deliberation time reflects the time a trial judge considers reasonably necessary to justly adjudicate a particular case. This includes carefully assessing the evidence, researching points of law, and writing reasons, which “help ensure fair and accurate decision making; the task of articulating the reasons directs the judge’s attention to the salient issues and lessens the possibility of overlooking or under-emphasizing important points of fact or law” (*R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at para. 12). As such, this time inures to the benefit of the accused and society at large.

[61] Finally, a reasonable amount of verdict deliberation time must account for the practical constraints that trial judges face, both individually and institutionally. Reasonableness under s. 11(b) has always accounted for the reality that “[n]o case is an island to be treated as if it were the only case with a legitimate demand on court resources” (*R. v. Allen* (1996), 92 O.A.C. 345, at para. 27). Trial judges know all too well that this is a zero-sum proposition: verdict deliberation time that goes to one case cannot go to another. The appropriate division of time between cases therefore has regard to individual judges’ workloads, different approaches to reasons and reasoning, and the realities of their daily lives (see, e.g., *K.J.M.*, at para. 102). That said, trial judges can and should consider proximity to the *Jordan*

présentation de la preuve et des plaidoiries, le temps peut être l’ennemi de l’équité du procès. Comme l’a fait observer la Cour dans l’arrêt *Jordan*, le droit à une défense pleine et entière et « le droit à un procès équitable [sont] en cause, car plus un procès est retardé, plus certains inculpés risquent d’être lésés dans la préparation de leur défense à cause des souvenirs qui s’estompent, de l’indisponibilité de témoins ou encore de la perte ou de la détérioration d’éléments de preuve » (par. 20). Par contre, une fois que les éléments de preuve sont conservés dans le dossier et que l’affaire est laissée entre les mains du juge des faits, ces préoccupations sont grandement atténuées, et le temps de délibération nécessaire permet d’assurer l’équité. Il en est ainsi parce que le temps de délibération en vue du prononcé du verdict correspond au temps que le juge du procès estime raisonnablement nécessaire pour trancher une affaire donnée de façon juste. Cela comprend un examen attentif des éléments de preuve, des recherches sur des points de droit et la rédaction de motifs, des démarches qui « favorisent le prononcé de décisions équitables et exactes; la tâche d’énoncer les motifs attire l’attention du juge sur les points saillants et diminue le risque qu’il laisse de côté des questions de fait ou de droit importantes ou ne leur accorde pas l’importance qu’elles méritent » (*R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 12). En tant que telle, cette période profite à l’accusé et à la société dans son ensemble.

[61] Enfin, un temps raisonnable de délibération en vue du prononcé du verdict doit prendre en considération les contraintes pratiques auxquelles font face les juges de première instance, tant sur le plan individuel que sur le plan institutionnel. Le caractère raisonnable au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 11b) a toujours tenu compte du fait que [TRADUCTION] « [n]ulle affaire n’est une île que l’on peut traiter comme s’il s’agissait de la seule affaire donnant lieu à une utilisation légitime des ressources judiciaires » (*R. c. Allen* (1996), 92 O.A.C. 345, par. 27). Les juges de première instance savent très bien qu’il s’agit d’un jeu à somme nulle : le temps de délibération en vue du prononcé du verdict consacré à une affaire ne peut l’être à une autre. La répartition appropriée du temps entre les affaires est fonction

ceiling in determining how to prioritize cases in their workload.

[62] There are also limits on judicial and court administration resources. It stands to reason that this front-end burden has an impact on back-end deliberation time, particularly in jurisdictions that are still working to respond to *Jordan*. There is no shortage of commentary on this. For example, in *Delaying Justice is Denying Justice: An Urgent Need to Address Lengthy Court Delays in Canada* (2017), the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs reported that “[a] recurring concern voiced by witnesses and raised in *Jordan* was with respect to how the justice system has been underfunded for too long” (p. 1). This report identified essential contributors to delays in case flow and courthouse administration as being the overbooking and understaffing of courtrooms, and insufficient design and integration of technological solutions to improve efficiency (e.g., to permit videoconferencing and remote access, and to improve scheduling) (pp. 81 and 93). The report also describes an urgent need to “address the excessive vacancies of federally appointed judges” (p. 3; see also pp. 5 and 86 et seq.). It suggests that “[a]ll of the concerns with the administration of courthouses and effective case flow management would be significantly alleviated if Canada had enough judges to handle the number of criminal cases awaiting trial” (p. 86). Judges must work within these institutional restrictions and manage their workloads as efficiently as possible. That said, nothing in these reasons should be construed as diminishing the government’s responsibility to ensure that courts are sufficiently resourced to fulfill the promise of s. 11(b) (see *Jordan*, at paras. 40-41, 117 and 140).

de la charge de travail individuelle des juges, de leurs différentes approches quant aux motifs et au raisonnement et des réalités de leur vie quotidienne (voir, p. ex., *K.J.M.*, par. 102). Cela dit, les juges de première instance peuvent et doivent prendre en considération la proximité de l’atteinte des plafonds fixés par l’arrêt *Jordan* lorsqu’il s’agit de prioriser les affaires qui leur sont confiées.

[62] Les ressources affectées au système judiciaire et à l’administration des tribunaux ont aussi des limites. Il va sans dire que cette charge administrative en amont a un impact sur le temps de délibération en aval, en particulier dans les ressorts qui travaillent encore pour répondre à l’arrêt *Jordan*. Il ne manque pas de commentaires à ce sujet. Par exemple, dans *Justice différée, justice refusée : L’urgence de réduire les longs délais dans le système judiciaire au Canada* (2017), le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles a indiqué que « [l]’un des problèmes récurrents soulevés par les témoins ainsi que dans l’arrêt *Jordan* est l’insuffisance chronique des ressources financières » (p. 2). Ce rapport précise que les grands obstacles à la célérité du système judiciaire attribuables à la gestion des instances et des dossiers sont la surréservation des salles d’audience et leur manque d’effectifs, de même que l’élaboration et l’intégration insuffisantes de solutions technologiques qui permettraient d’améliorer l’efficacité des tribunaux (comme l’installation de systèmes de vidéoconférence et d’accès à distance, et l’amélioration de l’établissement des calendriers) (p. 86 et 104). Le rapport fait également état d’un urgent besoin de « pourvoir rapidement les postes vacants de juge de nomination fédérale » (p. 3, voir aussi les p. 6 et 97 et ss.). Il laisse entendre que « [t]ous les problèmes attribuables à la gestion des dossiers et à la gestion efficace des dossiers seraient amoindris si le Canada disposait d’un effectif suffisant de juges pour gérer le nombre d’affaires criminelles en attente de procès » (p. 97). Les juges doivent composer avec ces restrictions institutionnelles et gérer leur charge de travail le plus efficacement possible. Cela dit, rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme diminuant la responsabilité du gouvernement de veiller à ce que les tribunaux disposent de ressources suffisantes pour remplir la promesse de l’al. 11(b) (voir *Jordan*, par. 40-41, 117 et 140).

[63] Very often, a balancing of the foregoing considerations results in a verdict being rendered within the six-month guideline set by the Canadian Judicial Council (“CJC”). In *Ethical Principles for Judges* (2004), the CJC describes adherence to this guideline as an “adjudicative dut[y]” (p. 20) associated with judicial office, and sets out the content of the duty as follows:

[T]he decision and reasons should be produced by the judge as soon as reasonably possible, having due regard to the urgency of the matter and other special circumstances. Special circumstances may include illness, the length or complexity of the case, an unusually heavy workload or other factors making it impossible to give judgment sooner. In 1985, the Canadian Judicial Council resolved that, in its view, reserved judgments should be delivered within six months after hearings, except in special circumstances. [Footnote omitted; p. 21.]

[64] The significance of this six-month guideline notwithstanding, it is not a determinative measure of constitutionality. Simply showing that this guideline has been exceeded will not, in itself, establish a breach of s. 11(b). Indeed, the *Ethical Principles for Judges* produced by the CJC is “advisory in nature” (p. 3). The statements and principles therein “are not and shall not be used as a code or a list of prohibited behaviours” and “[t]hey do not set out standards defining judicial misconduct” (p. 3). Moreover, the CJC’s guideline acknowledges the inherent case-specific and judge-specific nature of the balance between the considerations of the need for timeliness, trial fairness, and practical limitations.

[63] Bien souvent, la mise en balance des considérations mentionnées précédemment donne lieu au prononcé d’un verdict dans le délai indicatif de six mois fixé par le Conseil canadien de la magistrature (« CCM »). Dans le texte intitulé *Principes de déontologie judiciaire* (2004), le CCM qualifie le respect de ce délai de « fonctio[n] juridictionnell[e] » (p. 20) liée à la charge judiciaire, et décrit le contenu de cette fonction de la façon suivante :

[L]e juge doit prononcer son jugement, et les motifs qui l’accompagnent, dès qu’il est raisonnablement possible de le faire, compte tenu de l’urgence de l’affaire et des autres circonstances particulières auxquelles le juge fait face. Ces circonstances peuvent comprendre la maladie; la longueur ou la complexité de l’affaire; ainsi qu’une charge de travail ou un autre facteur exceptionnels pouvant empêcher que le jugement ne soit prononcé plus rapidement. En 1985, le Conseil canadien de la magistrature a, par voie de résolution, exprimé l’avis que, sauf s’il existe des circonstances particulières, les juges qui ont mis une affaire en délibéré doivent rendre jugement dans les six mois qui suivent l’audience. [Note en bas de page omise; p. 21.]

[64] Ce délai suggéré de six mois est certes important, mais il ne constitue pas un facteur déterminant en matière de constitutionnalité. Il ne suffira pas de démontrer que le délai a excédé les lignes directrices pour établir une violation de l’al. 11b). En effet, les *Principes de déontologie judiciaire* rédigés par le CCM se veulent de « simples recommandations » (p. 3). Les énoncés et principes qu’ils contiennent « ne constituent pas un code ou une liste de comportements prohibés et [. . .] ne doivent pas être utilisés comme tel »; en outre, « [i]ls n’énoncent pas de normes définissant l’inconduite judiciaire » (p. 3). De plus, le délai indicatif suggéré par le CCM reconnaît la nature intrinsèque propre à chaque affaire et à chaque juge de la mise en balance des considérations liées à la nécessité d’instruire rapidement les affaires, de celles liées à l’équité du procès et des contraintes pratiques.

(2) Determining Whether the Trial Judge’s Verdict Deliberation Time Took Markedly Longer Than It Reasonably Should Have in All of the Circumstances

[65] Where an accused claims that the trial judge’s verdict deliberation time breached their s. 11(b) right to be tried within a reasonable time, they must establish that the deliberations took markedly longer than they reasonably should have in all of the circumstances. This is — appropriately, in my view — a high bar. As indicated, the presumption of judicial integrity operates in this context to create a presumption that the trial judge balanced the need for timeliness, trial fairness considerations, and the practical constraints they faced, and took only as much time as was reasonably necessary in the circumstances to render a just verdict. Only where the trial judge’s verdict deliberation time is found to have taken *markedly* longer than it reasonably should have will this presumption be displaced. The reason the threshold is so high — “markedly longer” rather than just “longer” or some lesser standard — is because of the “considerable weight” that the presumption of integrity carries (*Cojocarú*, at para. 20). Stays in this context are significant and, although distinct from stays below the ceiling, they too are likely to be “rare” and limited to “clear cases” (*Jordan*, at para. 48). It bears repeating, however, that where a trial judge’s verdict deliberation time is found to have taken markedly longer than it reasonably should have in a particular case, this should not be taken as casting doubt on the judge’s overall competence or professionalism.

[66] The role the presumption of integrity plays in this context is entirely consistent with the manner in which it has been applied in this Court’s

(2) La question de savoir si le temps de délibération en vue du prononcé du verdict qu’il a fallu au juge du procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être compte tenu de l’ensemble des circonstances

[65] Lorsque l’accusé soutient que le temps de délibération en vue du prononcé du verdict qu’il a fallu au juge du procès a violé le droit d’être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l’al. 11b), il doit établir que le temps consacré aux délibérations a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être compte tenu de l’ensemble des circonstances. Cela place — à bon droit, à mon avis — la barre haute. Je le répète, la présomption d’intégrité judiciaire fait naître dans ce contexte une présomption selon laquelle, d’une part, le juge du procès a mis en balance la nécessité d’instruire rapidement les affaires, les considérations liées à l’équité du procès et les contraintes pratiques auxquelles il faisait face et selon laquelle, d’autre part, il n’a pris que le temps raisonnablement nécessaire compte tenu des circonstances pour rendre un verdict juste. Ce n’est que lorsqu’il est conclu que le temps de délibération mis par le juge du procès en vue du prononcé du verdict a été *nettement* plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être que cette présomption est réfutée. Le seuil est aussi élevé — « nettement plus long » plutôt que « plus long » ou une autre norme moins élevée — en raison de « l’importance considérable » de la présomption d’intégrité (*Cojocarú*, par. 20). Dans ce contexte, les arrêts de procédure sont significatifs et, bien que distincts de ceux prononcés dans des cas où le délai est inférieur au plafond, ils seront aussi vraisemblablement « rares » et limités aux « cas manifestes » (*Jordan*, par. 48). Il vaut la peine de réitérer toutefois que lorsqu’une cour conclut que le temps de délibération en vue du prononcé du verdict a été nettement plus long qu’il aurait raisonnablement dû l’être dans une affaire donnée, cela ne devrait pas être considéré comme mettant en doute la compétence générale ou le professionnalisme du juge.

[66] Le rôle que joue la présomption d’intégrité dans ce contexte est parfaitement compatible avec la façon dont elle a été appliquée dans la jurisprudence

jurisprudence. I agree with my colleague Abella J. that the presumption is used to avoid the “second-guessing of a judge’s thought processes” (*Teskey*, at para. 47). I would add, however, that the presumption of integrity is not just about the judge’s thought processes — it is also about what the judge actually did. Specifically, it recognizes that judges are bound by their oaths of office and encompasses the expectation that they do in fact “carry out” their sworn duties to the best of their ability (*Teskey*, at para. 20; see also *Cojocar*, at para. 17). In the present context, the presumption of integrity serves both of these purposes, namely: it significantly limits the circumstances in which a reviewing court may second-guess the trial judge’s determination of how much verdict deliberation time was reasonably necessary in light of the competing considerations in play; and it provides a legitimate basis upon which to presume that the trial judge actually took only as much time as was reasonably necessary in all the circumstances.

[67] In conducting this assessment, the reviewing court should consider all of the circumstances, some of which are identified below. This list is not intended to be exhaustive.

[68] The starting point is, of course, the length of the verdict deliberation time. While it is extremely unlikely that the length of time will suffice on its own, there may be instances in which the time taken is so manifestly excessive that it constitutes a *per se* breach of s. 11(b), irrespective of the circumstances.

[69] The reviewing court should also take into account how close to the relevant *Jordan* ceiling the case was before the trial judge reserved judgment. This is necessary to account for the fact that, even in the absence of a breach of the ceiling, the impact on an accused’s liberty and security interests continues to intensify as a case proceeds and approaches the end of evidence and argument. This cumulative impact does not vanish when a trial judge reserves judgment. And that is why trial judges should consider a

de la Cour. Je conviens avec ma collègue la juge Abella que la présomption sert à éviter la « remise en question rétrospective du raisonnement du juge » (*Teskey*, par. 47). J’ajouterais toutefois que cette présomption ne concerne pas exclusivement le raisonnement du juge — elle concerne aussi ce qu’il a effectivement fait. Plus précisément, elle reconnaît que le juge est lié par son serment professionnel et suppose qu’il « respecte » effectivement ce dernier en s’acquittant de ses fonctions au meilleur de ses capacités (*Teskey*, par. 20; voir aussi *Cojocar*, par. 17). Dans le présent contexte, la présomption d’intégrité sert ces deux objectifs, à savoir : elle limite considérablement les circonstances dans lesquelles une cour de révision peut remettre en question la décision du juge du procès quant au temps de délibération en vue du prononcé du verdict qui était raisonnablement nécessaire à la lumière des considérations concurrentes en jeu; et elle fournit un fondement légitime pour présumer que le juge du procès n’a effectivement pris que le temps raisonnablement nécessaire compte tenu de toutes les circonstances.

[67] Lorsqu’elle procède à cette appréciation, la cour de révision doit tenir compte de l’ensemble des circonstances, dont certaines sont identifiées ci-après. Cette liste ne se veut pas exhaustive.

[68] Le point de départ est, bien entendu, le temps de délibération en vue du prononcé du verdict. S’il est fort peu probable que la prise en compte du temps de délibération soit à elle seule suffisante, il peut y avoir des cas où le temps qu’il a fallu est si manifestement excessif qu’il constitue une violation en soi de l’al. 11b), indépendamment des circonstances.

[69] La cour de révision doit aussi se demander à quel point le temps écoulé avant que le juge du procès ne prenne la cause en délibéré était rapproché du plafond pertinent fixé par *Jordan* et en tenir compte. Cela s’impose pour prendre en considération le fait que, même en l’absence d’un dépassement du plafond, l’incidence du délai sur les droits à la liberté et à la sécurité de l’accusé continue à s’accroître au fur et à mesure du déroulement de la cause et à l’approche de la fin de la présentation de la preuve

case's proximity to the *Jordan* ceilings in prioritizing their workloads.

[70] The complexity of the case will be an important consideration. Necessary verdict deliberation time varies in accordance with a case's complexity (see *Jordan*, at para. 88, quoting *Morin*, at pp. 791-92). The amount and nature of the evidence adduced, the number of co-accused (if any), the legal issues raised by the case, and the parties' positions are all relevant in determining whether the time taken by the trial judge to deliberate on the verdict was markedly longer than it reasonably should have been in all of the circumstances.

[71] Anything on the record from the judge or the court could also be relevant. This might include communications from the court to the parties (e.g., respecting a judge's illness), or communications from the judge to the parties, should the judge deem it appropriate to so communicate (e.g., about their workload and other cases that they may need to prioritize). Further, even if the judge did not put information about their personal workload on the record, the parties and/or the reviewing judge may be aware of the local conditions in a particular jurisdiction and may in turn be able to draw inferences about the trial judge's workload and the institutional constraints they may have faced. Keeping these constraints in mind ensures the proper application of s. 11(b) while state actors work to respond to *Jordan* and bring about the institutional change that s. 11(b) requires.

[72] Finally, it may be helpful in some cases to compare the length of time taken with the time that a case of a similar nature in similar circumstances would typically take to be decided (see *Jordan*, at para. 89).

et des arguments. Cette incidence cumulative ne disparaît pas lorsque le juge du procès met la cause en délibéré. C'est pourquoi celui-ci doit tenir compte de la proximité du délai écoulé dans chaque cause avec les plafonds fixés par *Jordan* pour établir les priorités parmi les dossiers dont il est saisi.

[70] La complexité de l'affaire est un facteur important. En effet, le temps de délibération nécessaire varie en fonction de la complexité de l'affaire (voir *Jordan*, par. 88, citant *Morin*, p. 791-792). La quantité et la nature des éléments de preuve présentés, le nombre de coaccusés (le cas échéant), les questions de droit que soulève l'affaire et les positions des parties sont tous des facteurs pertinents pour déterminer si le temps qu'il a fallu au juge du procès pour délibérer en vue du verdict a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être compte tenu de l'ensemble des circonstances.

[71] N'importe quel élément au dossier émanant du juge ou de la cour peut également être pertinent. Il peut s'agir de communications qu'a adressées la cour aux parties (p. ex., concernant la maladie du juge), ou de communications qu'a adressées le juge aux parties, s'il a jugé bon de le faire (p. ex., au sujet de sa charge de travail et des autres affaires auxquelles il pourrait devoir donner la priorité). De plus, même si le juge n'a versé au dossier aucun renseignement concernant sa charge de travail personnelle, les parties ou le juge siégeant en révision peuvent être au courant des conditions locales régnant dans un ressort donné et peuvent à leur tour être en mesure de tirer des conclusions sur la charge de travail du juge du procès et sur les contraintes institutionnelles auxquelles il a pu faire face. Le fait de garder ces contraintes à l'esprit assure la bonne application de l'al. 11b) pendant que les acteurs étatiques travaillent à répondre à l'arrêt *Jordan* et à apporter le changement institutionnel qu'exige cette disposition.

[72] Enfin, il peut être utile dans certains cas de comparer le temps qu'il a fallu avec le temps qu'il faut généralement pour trancher une affaire de nature semblable dans des circonstances semblables (voir *Jordan*, par. 89).

[73] As my colleague notes, these factors are objective. However, with respect, the reviewing court is not tasked, as my colleague suggests, with “assessing”, “inquir[ing] into”, or “making a declaration on” the trial judge’s actual subjective state of mind (Abella J.’s reasons, at paras. 87 and 91). Rather, the test that I propose requires the reviewing court to engage in an objective determination — one that mirrors the reasonable observer test used in cases where the accused must directly rebut the presumption of integrity.

C. *A Final Practical Note*

[74] Counsel often find themselves in a difficult position when significant time has passed since the trial judge took the matter under reserve and they have not received any updates on its status. The Crown may be reluctant to probe for information on the status of the case, insofar as it could risk the appearance of inappropriate interference with the judicial process. For their part, the accused may understandably not wish to be seen as applying pressure to the person in whose hands their fate lies.

[75] In *Jordan*, this Court stressed that all participants in the criminal justice system must work together to minimize delay and safeguard an accused person’s s. 11(b) interests. To that end, I see no reason why the parties cannot, in appropriate circumstances and through appropriate channels, communicate with the trial judge. This might entail meeting briefly in court or communicating through another procedure approved by the court. However this may happen, counsel can and should expect judges to be sufficiently resolute to consider a request for information without consequences to counsel, the accused, or the trial.

[76] Indeed, some jurisdictions may find it useful to set out a standardized procedure through which counsel can inquire as to the status of a verdict. This may involve a practice guideline contemplating a

[73] Comme le fait remarquer ma collègue, ces facteurs sont objectifs. Toutefois, avec tout le respect que je lui dois, la cour de révision n’est pas chargée, comme elle le suggère, d’« évaluer » l’état d’esprit subjectif réel du juge de première instance ou de « se prononcer sur » lui (motifs de la juge Abella, par. 87 et 91). Le test que je propose exige plutôt que la cour de révision s’engage dans une détermination objective — qui reflète le test de l’observateur raisonnable utilisé dans les cas où l’accusé doit directement réfuter la présomption d’intégrité.

C. *Une dernière remarque d’ordre pratique*

[74] Les avocats se trouvent souvent dans une situation difficile lorsque beaucoup de temps s’est écoulé depuis que le juge du procès a mis l’affaire en délibéré sans qu’ils aient reçu de mises à jour sur l’état du dossier. La Couronne peut hésiter à s’enquérir à cet égard, dans la mesure où elle pourrait donner l’impression d’intervenir de façon inappropriée dans le processus judiciaire. Pour sa part, l’accusé peut, et cela se comprend, ne pas souhaiter être perçu comme exerçant une pression sur la personne qui va décider de son sort.

[75] Dans l’arrêt *Jordan*, la Cour a souligné que tous les participants au système de justice criminelle doivent collaborer pour réduire les délais au minimum et protéger les droits que l’al. 11(b) garantit à l’accusé. À cette fin, je ne vois pas pourquoi les parties ne pourraient pas, dans les circonstances qui s’y prêtent et par les voies appropriées, communiquer avec le juge du procès. Il pourrait s’agir d’une brève rencontre en salle d’audience ou d’une communication au moyen de toute autre procédure approuvée par la cour. Peu importe la manière de procéder, les avocats doivent pouvoir s’attendre à ce que le juge soit suffisamment résolu pour examiner une demande de renseignements sans que cela porte à conséquences pour les avocats, l’accusé, ou le procès.

[76] En effet, certains ressorts pourraient trouver utile d’établir une procédure normalisée permettant aux avocats de s’enquérir de l’état d’un verdict. Il pourrait s’agir d’une règle de pratique prévoyant

joint communication from the parties to the trial judge themselves, or to the regional senior judge or another appropriate person, after a certain amount of time has passed. Ultimately, instituting these procedures could serve to attenuate the anxiety and concern that accompanies the inherent unknowability of a verdict date and delay more generally (*MacDougall*, at para. 19, quoting *Rahey*, at p. 610, per Lamer J.; see also *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at p. 887). Additionally, where the communication is with the court administration or regional senior judge, it may provide information that assists the court in managing judicial workloads. It may also assist in developing the record for s. 11(b) purposes.

VI. Application to K.G.K.’s Appeal

[77] Notwithstanding the high bar that the presumption of integrity necessitates, this case comes close — even perilously close — to the line. However, when all of the circumstances are considered, I am not satisfied that K.G.K. has met his onus of establishing that the verdict deliberation time markedly exceeded what it reasonably should have been.

[78] Much as I accept that the verdict deliberation time in this case was long, I am not persuaded that it was *per se* unreasonable. Nine months is not so manifestly excessive that it constitutes a *per se* breach of s. 11(b), irrespective of the circumstances.

[79] Turning to the surrounding circumstances, I have already noted that this case was of minimal to modest complexity. While this factor calls into question the reasonableness of the time taken, it must be considered in context.

[80] Beyond his statement that he had “a few matters under reserve” at the time he reserved judgment in this case, there is no information on the record regarding the trial judge’s workload. Accordingly, this factor does not provide much assistance in

une communication conjointe des parties adressée au juge directement, ou au juge principal régional ou à toute autre personne compétente, après qu’un certain temps s’est écoulé. Au bout du compte, l’établissement de ces procédures pourrait réduire l’anxiété et les préoccupations qui découlent du caractère intrinsèquement incertain de la date du verdict, et des délais de façon plus générale (*MacDougall*, par. 19, citant *Rahey*, p. 610, le juge Lamer; voir aussi *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, p. 887). De plus, la communication adressée aux autorités administratives de la cour ou au juge principal régional pourrait contenir des renseignements aidant la cour à gérer la charge de travail des juges. Elle pourrait aussi aider à l’élaboration du dossier aux fins de l’al. 11b).

VI. Application au pourvoi interjeté par K.G.K.

[77] Nonobstant la barre élevée que requiert la présomption d’intégrité, la présente cause se rapproche — et même dangereusement — de la ligne. Cependant, une fois toutes les circonstances prises en considération, je ne suis pas convaincu que K.G.K. s’est acquitté du fardeau d’établir que le temps de délibération en vue du prononcé du verdict a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être.

[78] Je reconnais, certes, que le temps de délibération en vue du prononcé du verdict en l’espèce a été long, mais je ne suis pas convaincu qu’il a été en soi déraisonnable. Un délai de neuf mois n’est pas si manifestement excessif qu’il constitue, indépendamment des circonstances, une violation de l’al. 11b).

[79] Quant aux circonstances de l’espèce, j’ai déjà indiqué que la présente affaire était d’une complexité minimale à moyenne. S’il est vrai que ce facteur remet en question le caractère raisonnable du temps qu’il a fallu, il n’en demeure pas moins que le délai doit être considéré dans son contexte.

[80] Exception faite de la déclaration du juge du procès selon laquelle il avait [TRADUCTION] « quelques affaires en délibéré » au moment où il a mis son jugement en délibéré en l’espèce, le dossier ne contient aucun renseignement concernant sa charge

determining whether the presumption of reasonableness has been rebutted.

[81] As I see it, the most important feature of this case is that K.G.K.'s trial and a substantial portion of the trial judge's verdict deliberation time occurred before the release of this Court's decision in *Jordan*. This context matters. *Jordan* was a call to action which no one in this case could have foreseen. Indeed, until *Jordan* was released, the parties appear to have conducted themselves in the complacent manner that defined the pre-*Jordan* era. There is no hint that K.G.K. expressed any interest — let alone concern — about the pace of the proceedings, including the verdict deliberation time taken by the trial judge prior to the release of *Jordan* (some five and a half months after he reserved judgment). It is apparent that the release of *Jordan* caused an attitudinal shift among those involved in K.G.K.'s case: K.G.K. acknowledges that the release of *Jordan* triggered the filing of his delay motion; the Crown wrote to the Associate Chief Justice to inquire about the status of the verdict; and a date was subsequently set for the rendering of the verdict. Notably in all of this, K.G.K. offers no sufficient explanation for why he waited until the day before the trial judge rendered his verdict, almost four months following the release of *Jordan*, to file the s. 11(b) application at issue. Most significantly, the trial judge's pre-*Jordan* assessment of the requisite balance between the need for timeliness, trial fairness considerations, and the practical constraints he faced was reasonable at the time. Although the end of evidence and argument occurred close to the 30-month ceiling, the proximity of a transitional case (like this one) to the *Jordan* ceilings cannot inform whether the verdict deliberation time taken was reasonable. That said, had *Jordan* been available to the trial judge when he took K.G.K.'s case under reserve, the case's proximity to the ceiling would no doubt have been a factor that he would have considered in assessing how much time he reasonably needed to render his verdict. How long he would have taken to deliberate and release his verdict and reasons cannot be known with certainty, though it can be expected that he would have released his verdict and reasons sooner than he did.

de travail. Ce facteur n'est donc pas d'un grand secours pour déterminer si la présomption du caractère raisonnable est réfutée.

[81] À mon avis, c'est le fait que le procès de K.G.K. et une grande partie du temps de délibération du juge du procès se sont respectivement déroulés et écoulés avant la publication de l'arrêt de la Cour dans *Jordan* qui est le facteur le plus important. Ce contexte importe. L'arrêt *Jordan* a lancé un appel à l'action que personne en l'espèce ne pouvait prévoir. En effet, avant la publication de cette décision, les parties semblent s'être conduites avec la complaisance qui caractérisait l'époque. Rien n'indique que K.G.K. ait exprimé un quelconque intérêt — et encore moins une quelconque préoccupation — quant au rythme de la procédure, y compris quant au temps de délibération en vue du prononcé du verdict pris par le juge de première instance, avant que l'arrêt *Jordan* soit rendu (quelque cinq mois et demi après la mise en délibéré de la cause). Il est tout aussi manifeste que l'arrêt *Jordan* a provoqué un changement d'attitude chez les personnes jouant un rôle dans l'affaire : K.G.K. reconnaît que c'est cet arrêt qui a donné lieu au dépôt de sa requête fondée sur le délai; la Couronne a écrit au juge en chef adjoint pour s'enquérir de l'état du verdict; et une date a ensuite été fixée pour le prononcé du verdict. Fait à noter dans tout cela, K.G.K. n'a pas suffisamment expliqué pourquoi il a attendu la veille du prononcé du verdict par le juge de première instance (soit près de quatre mois après que l'arrêt *Jordan* a été rendu) pour déposer la requête en cause fondée sur l'art. 11b). Chose plus importante, l'appréciation antérieure à l'arrêt *Jordan* qu'a faite le juge du procès de l'équilibre requis entre la nécessité d'instruire rapidement les affaires, les considérations liées à l'équité du procès et les contraintes pratiques auxquelles il faisait face était raisonnable à l'époque. Même si la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries a eu lieu à une date rapprochée du plafond de 30 mois fixé par *Jordan*, cette proximité dans une cause transitoire (comme celle-ci) ne permet pas de déterminer si le temps de délibération en vue du prononcé du verdict a été ou non raisonnable. Cela dit, si le juge du procès avait eu accès à l'arrêt *Jordan* lorsqu'il a mis la cause de K.G.K. en délibéré, la proximité du

The impossibility of taking this consideration into account pre-*Jordan* should not be held against him.

[82] That said, had this case been heard entirely post-*Jordan*, I would in all likelihood have decided the s. 11(b) issue differently. As such, I must respectfully disagree with my colleague that the test I have proposed “raises the accused’s burden to a threshold that is both conceptually irrelevant and unreachable” and “could have the unintended consequence of sheltering trial judges’ deliberative delay from [*Charter*] scrutiny” (Abella J.’s reasons, at para. 94). That is simply not so.

[83] In sum, taking all of the circumstances into account, K.G.K. has not established that the verdict deliberation time taken by the trial judge was markedly longer than it reasonably should have been. Additionally, I agree with the majority at the Court of Appeal, at paras. 246-50, that the motion judge did not err in finding that, once the reserve time is subtracted from the total delay to verdict, this case constitutes a transitional exceptional circumstance pursuant to *Jordan*.

VII. Conclusion

[84] In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[85] ABELLA J. — I agree with the majority’s disposition of the appeal and most of its analysis. Where I part company is in the majority’s use of the presumption of judicial integrity as part of the test

délai avec le plafond aurait sans aucun doute été un facteur qu’il aurait pris en considération pour juger du temps dont il avait raisonnablement besoin pour rendre son verdict. Il est impossible de savoir avec certitude combien de temps il aurait pris pour délibérer et pour rendre son verdict, mais l’on peut tenir pour acquis qu’il aurait rendu son verdict et publié ses motifs plus tôt qu’il ne l’a fait. Il ne peut lui être reproché de ne pas avoir tenu compte de ce facteur avant le prononcé de l’arrêt *Jordan*.

[82] Cela dit, si la présente affaire avait été entendue entièrement après le prononcé de l’arrêt *Jordan*, j’aurais selon toute vraisemblance tranché différemment la question relative à l’art. 11b). À cet égard, je dois respectueusement contredire ma collègue selon laquelle le test que j’ai proposé « hausse [. . .] le fardeau de l’accusé à un seuil à la fois non pertinent sur le plan conceptuel et inatteignable » et « pourrait avoir la conséquence imprévue de soustraire le temps de délibération des juges de procès à un examen fondé sur la *Charte* » (motifs de la juge Abella, par. 94). Ce n’est tout simplement pas le cas.

[83] En résumé, compte tenu de l’ensemble des circonstances, K.G.K. n’a pas établi que le temps de délibération en vue du prononcé du verdict qu’il a fallu au juge du procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être. Qui plus est, je souscris à l’opinion exprimée par les juges majoritaires de la Cour d’appel aux par. 246 à 250 de leurs motifs, selon laquelle le juge des requêtes n’a pas commis d’erreur en concluant que, une fois la durée du délibéré soustraite du délai total qui s’est écoulé avant le prononcé du verdict, la présente cause constitue une mesure transitoire exceptionnelle au sens de l’arrêt *Jordan*.

VII. Conclusion

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

Version française des motifs rendus par

[85] LA JUGE ABELLA — Je suis d’accord avec le résultat auquel arrivent les juges majoritaires quant à l’appel et avec la majeure partie de leur analyse. Je ne souscris toutefois pas à leur utilisation de la

for assessing whether deliberative delay violated an accused's right to be tried within a reasonable time. I see no reason why finding that a deliberative delay is unreasonable requires impugning the integrity of the trial judge, thereby elevating the accused's burden to an almost insurmountable one.

[86] The majority's test for assessing whether deliberative delay violated an accused's right to be tried within a reasonable time is "whether the deliberation time took markedly longer than it reasonably should have in all of the circumstances". It concludes that, to meet this test, the accused must displace the presumption of judicial integrity. It is not clear to me, however, what role the presumption of judicial integrity can usefully play in assessing whether a delay is "markedly longer" than reasonable.

[87] As the majority notes, assessing the reasonableness of judicial deliberation time involves considering factors such as the length of the verdict deliberation time, proximity to the relevant presumptive ceiling laid out in *R. v. Jordan*, [2016] 1 S.C.R. 631, the complexity of the case including the amount and nature of the evidence and legal issues, local conditions, and anything on the record from the judge that could explain the delay. These are objective and contextual factors. In my respectful view, the test does not require assessing, and should not seek to inquire into, the trial judge's integrity or subjective state of mind.

[88] The presumption of judicial integrity "acknowledges that judges are bound by their judicial oaths and will carry out the duties they have sworn to uphold" (*Cojocar v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, [2013] 2 S.C.R. 357, at para. 17, citing *R. v. Teskey*, [2007] 2 S.C.R. 267, at para. 29, per Abella J., dissenting). It is invoked in cases which require assessing the judge's state of mind in order to determine whether "the judge has done her job as she is sworn to do" (*Cojocar*, at para. 15). In these cases, the presumption of judicial

présomption d'intégrité judiciaire comme élément du test pour évaluer si le temps de délibération a porté atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. Je ne vois pas pourquoi il est nécessaire de mettre en cause l'intégrité du juge du procès afin de pouvoir conclure que le temps consacré à la délibération dans une affaire donnée est déraisonnable, ce qui a pour effet de hausser le fardeau de l'accusé à un niveau presque insurmountable.

[86] Le test préconisé par les juges majoritaires pour évaluer si le temps de délibération a porté atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable consiste à se demander « si [ce] temps [...] a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être compte tenu de l'ensemble des circonstances ». Ils concluent que, pour satisfaire à ce test, l'accusé doit réfuter la présomption d'intégrité judiciaire. Je ne vois toutefois pas quel rôle utile cette présomption peut jouer pour évaluer si un délai est « nettement plus long » que ce qui serait raisonnable.

[87] Comme le notent les juges majoritaires, pour évaluer le caractère raisonnable du temps de délibération du juge, il faut examiner des facteurs tels la durée du temps de délibération en vue du prononcé du verdict, la proximité avec le plafond présumé pertinent fixé par *R. c. Jordan*, [2016] 1 R.C.S. 631, la complexité de la cause y compris la quantité d'éléments de preuve et leur nature ainsi que les questions juridiques en cause, les conditions locales et tout autre élément du dossier du juge qui pourrait expliquer le délai. Il s'agit de facteurs objectifs et contextuels. À mon avis, le test ne nécessite pas d'évaluer l'intégrité du juge ou son état d'esprit subjectif et ne devrait pas exiger de le faire.

[88] La présomption d'intégrité judiciaire « reconnaît que les juges sont tenus de respecter leur serment professionnel et de s'acquitter des obligations qu'ils ont fait le serment de remplir » (*Cojocar v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, [2013] 2 R.C.S. 357, par. 17, citant *R. c. Teskey*, [2007] 2 R.C.S. 267, par. 29, la juge Abella, dissidente). Elle est invoquée dans les causes où il est nécessaire d'évaluer l'état d'esprit du juge pour décider s'il « [a] honoré son serment en accomplissant sa tâche » (*Cojocar*, par. 15). Dans ces causes,

integrity is used “to protect the judicial role from undue perceptual assault” and to avoid the “second-guessing of a judge’s thought processes” (*Teskey*, at para. 47).

[89] Under this jurisprudence, in order to rebut the presumption of judicial integrity, the party assailing the outcome must present “cogent evidence” showing that a reasonable person apprised of the relevant facts would conclude that the presumption is rebutted in all the circumstances (*Cojocarú*, at paras. 18 and 27-28; *Teskey*, at paras. 21 and 33; see also *R. v. Chan* (2019), 82 Alta. L.R. (6th) 1 (C.A.), at para. 12; 8640025 *Canada Inc. (Re)* (2019), 75 C.B.R. (6th) 3, at para. 79).

[90] It is difficult to see what “cogent evidence” an accused could even offer in this context to demonstrate that the presumption of judicial integrity has been rebutted except evidence of the length of the delay in the circumstances. The objective factors laid out by the majority allow for an assessment of the reasonableness of delay. The “markedly longer” standard it adopted already creates a high threshold. Adding an additional burden on the accused of demonstrating the trial judge acted without integrity, particularly without a clear way to demonstrate this, elevates the burden to an impossible threshold. In other words, it creates the risk that the presumption of judicial integrity will act as a justification for a deliberative delay that, objectively, took markedly longer than it reasonably should have.

[91] Moreover, the majority appears to have eliminated the role of the “reasonable person”, a key feature of the assessment of whether the presumption of judicial integrity has been rebutted. In the context of determining whether the presumption has been rebutted, the reasonable person was used in our jurisprudence in order to allow the reviewing court to avoid making a declaration on the judge’s actual state of mind; a task that is “obviously impossible” (*Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259, at para. 64, citing Cory J. in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland*

la présomption d’intégrité judiciaire sert à « protéger la magistrature contre les attaques perceptuelles injustifiées » et à éviter les « remise[s] en question rétrospective du raisonnement du juge » (*Teskey*, par. 47).

[89] Selon cette jurisprudence, pour réfuter la présomption d’intégrité judiciaire, la partie qui conteste l’issue de la cause doit présenter « une preuve convaincante » démontrant qu’une personne raisonnable mise au fait de tous les faits pertinents conclurait, eu égard à l’ensemble des circonstances, que la présomption est réfutée (*Cojocarú*, par. 18 et 27-28; *Teskey*, par. 21 et 33; voir aussi *R. c. Chan* (2019), 82 Alta. L.R. (6th) 1 (C.A.), par. 12; 8640025 *Canada Inc. (Re)* (2019), 75 C.B.R. (6th) 3, par. 79).

[90] Il est difficile de voir quelle « preuve convaincante » un accusé pourrait présenter dans le présent contexte pour démontrer que la présomption d’intégrité judiciaire a été réfutée, mise à part la preuve de la durée du délai dans les circonstances. Les facteurs objectifs exposés par les juges majoritaires permettent d’évaluer le caractère raisonnable du délai. La norme du délai « nettement plus long » adoptée par les juges majoritaires constitue déjà un seuil élevé. Faire peser sur l’accusé le fardeau supplémentaire de démontrer que le juge du procès a agi sans intégrité, surtout sans moyen clair pour en faire la démonstration, élève le fardeau à un seuil inatteignable. Autrement dit, cela crée un risque que la présomption d’intégrité judiciaire serve à justifier le temps de délibération qui, objectivement, a été nettement plus long qu’il n’aurait dû raisonnablement l’être.

[91] Qui plus est, les juges majoritaires semblent avoir écarté le rôle de la « personne raisonnable », un élément clé de l’évaluation servant à déterminer si la présomption d’intégrité judiciaire a été réfutée. Dans le contexte de cette évaluation, notre jurisprudence a fait intervenir la personne raisonnable pour que les cours de révision puissent éviter de se prononcer sur l’état d’esprit véritable du juge; une tâche « évidemment impossible » (*Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, par. 64, citant le juge Cory dans *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*,

(*Board of Commissioners of Public Utilities*), [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 636). Under the majority’s test, without the objective lens of the reasonable person, the inescapable inference of a reviewing court concluding that the presumption of judicial integrity has been rebutted is that the trial judge did in fact act without integrity. This modification compounds the weight of the accused’s burden by essentially requiring the reviewing court to make a direct finding about the judge’s subjective state of mind and integrity.

[92] It is worth noting that without the use of the presumption of judicial integrity, the majority’s “markedly longer” test would be wholly consistent with *Jordan*. In *Jordan*, this Court established “presumptive ceilings” beyond which delay was presumed to be unreasonable. Above the presumptive ceiling, the onus shifted to the Crown to justify the length of time the case took (*Jordan*, at para. 58). Below the ceiling and prior to any shift in onus, the accused had the burden of showing that “the case took markedly longer than it reasonably should have” in order to establish that delay had been unreasonable (*Jordan*, at para. 48).² This standard is the one adopted by the majority in this case for assessing the reasonableness of verdict deliberation time.

[93] The absence of presumptive ceilings in the case of deliberative delay means that the burden to demonstrate the unreasonableness of deliberative delay remains at all times with the accused. Adding to the accused’s burden the requirement to show that the presumption of judicial integrity has been rebutted places the burden beyond the accused’s reach.

² Under the *Jordan* framework, when seeking a stay for delay falling below the presumptive ceiling, in addition to demonstrating that “the case took markedly longer than it reasonably should have”, the defence must also establish that “it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings” (*Jordan*, at para. 48). This consideration does not form part of the test for assessing verdict deliberation time since the accused does not have the ability to “expedite the proceedings” in this context.

[1992] 1 R.C.S. 623, p. 636). Suivant le test énoncé par les juges majoritaires, sans la perspective objective de la personne raisonnable, la conclusion d’une cour de révision que la présomption d’intégrité judiciaire a été réfutée entraînera forcément l’inférence que le juge du procès a effectivement agi sans intégrité. Cela alourdit forcément le fardeau de l’accusé en exigeant que la cour de révision tire une conclusion directe quant à l’état d’esprit subjectif du juge et quant à son intégrité.

[92] Il vaut la peine de noter que sans faire appel à la présomption d’intégrité judiciaire, le test du délai « nettement plus long » adopté par les juges majoritaires serait totalement compatible avec l’arrêt *Jordan*. Dans cet arrêt, la Cour a établi des « plafonds présumés » au-delà desquels le délai était présumé déraisonnable. Au-delà du plafond présumé, il revenait à la Couronne de justifier le temps qu’il avait fallu pour instruire l’affaire (*Jordan*, par. 58). En deçà du plafond et avant l’inversement du fardeau de preuve, l’accusé avait le fardeau de démontrer que « le procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être » pour établir que le délai avait été déraisonnable (*Jordan*, par. 48)². Cette norme est celle qu’ont adoptée les juges majoritaires dans la présente affaire pour évaluer le caractère déraisonnable du temps de délibération en vue du prononcé du verdict.

[93] L’absence de plafonds présumés dans le cas du temps de délibération signifie que le fardeau de démontrer son caractère déraisonnable repose toujours sur l’accusé. Ajouter à ce fardeau l’obligation de démontrer la réfutation de la présomption d’intégrité judiciaire met celui-ci hors de la portée de l’accusé.

² Suivant le cadre d’analyse adopté par *Jordan*, lorsqu’elle sollicite un arrêt des procédures dans le contexte d’un délai inférieur au plafond présumé, en plus de démontrer que « le procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être », la défense doit aussi établir « qu’elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d’un effort soutenu pour accélérer l’instance » (*Jordan*, par. 48). Cette considération n’entre pas en jeu dans le test pour évaluer le temps de délibération en vue du prononcé du verdict puisque l’accusé n’a aucun moyen « d’accélérer l’instance » dans ce contexte.

[94] The presumption of judicial integrity in the majority's test unreasonably raises the accused's burden to a threshold that is both conceptually irrelevant and unreachable. Requiring the accused to demonstrate, and a reviewing court to accept, that the trial judge acted without integrity in order to find that the deliberative delay was unreasonable could have the unintended consequence of sheltering trial judges' deliberative delay from *Canadian Charter of Rights and Freedoms* scrutiny and, ultimately, weakening the substance of the accused's right to be tried within a reasonable time. The majority's test, in my respectful view, would be more effective and fair without it.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Bueti Wasyliv Wiebe, Winnipeg; Legal Aid Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

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

Solicitor for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Presser Barristers, Toronto.

[94] La présence de la présomption d'intégrité judiciaire dans le test adopté par les juges majoritaires hausse déraisonnablement le fardeau de l'accusé à un seuil à la fois non pertinent sur le plan conceptuel et inatteignable. Exiger que l'accusé démontre, et que la cour de révision accepte, que le juge du procès ait agi sans intégrité pour conclure que le temps de délibération a été déraisonnable pourrait avoir la conséquence imprévue de soustraire le temps de délibération des juges de procès à un examen fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés* et, ultimement, d'affaiblir la teneur du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. À mon avis, le test énoncé par les juges majoritaires serait plus efficace et équitable sans cette présomption.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Bueti Wasyliv Wiebe, Winnipeg; Legal Aid Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

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

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

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Presser Barristers, Toronto.

Ken Chung *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CHUNG

2020 SCC 8

File No.: 38739.

2020: January 17; 2020: March 27.

Present: Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Appeals — Appeal by Crown against acquittal — Question of law — Dangerous operation of motor vehicle causing death — Accused acquitted of dangerous driving causing death at trial — Court of Appeal finding trial judge committed error of law in finding accused lacked requisite mens rea — Court of Appeal setting aside acquittal and entering conviction — Whether trial judge committed error of law which would allow Crown to appeal acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 249(4), 676(1)(a).

C was acquitted at trial of dangerous driving causing death under s. 249(4) of the *Criminal Code*. There was no question that C drove in an objectively dangerous manner and committed the *actus reus* of the charged offence. However, the trial judge had a reasonable doubt about whether C had the requisite guilty mind or *mens rea*. The Court of Appeal found the trial judge committed an error of law in finding that C lacked the requisite *mens rea*, set aside the acquittal and entered a conviction. The sole issue in this appeal is whether the trial judge made an error of law, which would allow the Crown to appeal C's acquittal under s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*.

Held (Karakatsanis J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Ken Chung *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. CHUNG

2020 CSC 8

N° du greffe : 38739.

2020 : 17 janvier; 2020 : 27 mars.

Présents : Les juges Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

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

Droit criminel — Appels — Appel interjeté par la Couronne contre un acquittement — Question de droit — Conduite dangereuse d'un véhicule à moteur causant la mort — Accusé acquitté au procès relativement à une accusation de conduite dangereuse causant la mort — Conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès a commis une erreur de droit en statuant que l'accusé n'avait pas la mens rea requise — Acquittement écarté et déclaration de culpabilité inscrite par la Cour d'appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit qui permettrait à la Couronne d'interjeter appel de l'acquittement? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 249(4), 676(1)a.

C a été acquitté au procès relativement à une accusation de conduite dangereuse ayant causé la mort, portée en vertu du par. 249(4) du *Code criminel*. Il ne faisait aucun doute que C avait conduit d'une manière objectivement dangereuse et qu'il avait commis l'*actus reus* de l'infraction dont il était accusé. Toutefois, le juge du procès avait un doute raisonnable quant à savoir si C avait l'intention coupable ou *mens rea* nécessaire. La Cour d'appel a conclu que le juge avait commis une erreur de droit en statuant que C n'avait pas la *mens rea* requise, elle a écarté l'acquittement et elle a inscrit une déclaration de culpabilité. La seule question en litige en l'espèce est de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit, laquelle permettrait à la Couronne d'interjeter appel de l'acquittement de C en application de l'al. 676(1)a) du *Code criminel*.

Arrêt (la juge Karakatsanis est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

Per Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: Under s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*, the Crown can only appeal an acquittal on a question of law alone. An appealable error must be traced to a question of law, rather than a question about how to weigh evidence and assess whether it meets the standard of proof. Therefore, the Crown cannot appeal merely because an acquittal is unreasonable. In this case, the trial judge made two inter-related errors of law: he erred by applying a wrong legal principle and most importantly, by failing to apply the correct legal test by not assessing what a reasonable person would have foreseen and done in C's circumstances.

Firstly, the trial judge's fixation on the momentariness of the speeding demonstrates an error of law. Momentary excessive speeding on its own can establish the *mens rea* for dangerous driving where, having regard to all the circumstances, it supports an inference that the driving was the result of a marked departure from the standard of care that a reasonable person in the same circumstances would have exhibited. The trial judge erred in focusing on the momentary nature of C's conduct, rather than analyzing whether the reasonable person would foresee the dangers to the public from the momentary conduct. A brief period of rapidly changing lanes and accelerating towards an intersection is not comparable to momentary mistakes that may be made by any reasonable driver. The fact that foreseeable consequences occur within a short period of time after someone engages in highly dangerous behaviour cannot preclude a finding of *mens rea* for dangerous driving.

Secondly, the trial judge did not apply the correct legal test. This is not merely a matter of the trial judge failing to write out his thought process, but rather a matter of the trial judge not turning to the core question at issue: whether the dangerous manner of driving was the result of a marked departure from the standard of care which a reasonable person would have exercised in the same circumstances. Instead of focussing on what a reasonable person would have foreseen and done in the circumstances, the trial judge engaged in reasoning focussed on the type (speeding) and duration (momentariness) of C's conduct, to the exclusion of the full picture. Concerning the required mental element, it is not necessary to find that C was subjectively aware of the risk of his conduct and intentionally created this risk. The test for *mens rea* is based on the reasonable person. A reasonable person would have

Les juges Brown, Rowe, Martin et Kasirer : Selon l'al. 76(1)a) du *Code criminel*, la Couronne ne peut interjeter appel d'un acquittement que pour une question de droit seulement. Un lien doit pouvoir être établi entre l'erreur susceptible d'appel et une question de droit, plutôt qu'une question sur la manière d'apprécier la preuve et de vérifier si celle-ci satisfait à la norme de preuve. La Couronne ne peut donc pas interjeter appel simplement parce qu'un acquittement est déraisonnable. En l'espèce, le juge du procès a commis deux erreurs de droit étroitement liées : il a commis une erreur en appliquant un principe juridique erroné et, élément le plus important, il n'a pas appliqué le bon critère juridique en n'évaluant pas ce qu'une personne raisonnable aurait prévu et fait dans la même situation que C.

Premièrement, l'importance indue qu'a accordée le juge du procès au caractère momentané de l'excès de vitesse révèle qu'une erreur de droit a été commise. Un excès de vitesse momentané à lui seul peut établir la *mens rea* de la conduite dangereuse lorsque, eu égard à toutes les circonstances, il permet de conclure que la façon de conduire résultait d'un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'aurait respectée une personne raisonnable dans la même situation. Le juge a commis une erreur en se concentrant sur le caractère momentané du comportement de C, plutôt que de se demander si la personne raisonnable aurait prévu les dangers que le comportement momentané présentait pour le public. Une brève période de changements rapides de voie et d'accélération vers une intersection n'est pas comparable aux erreurs momentanées que peut commettre tout conducteur raisonnable. Le fait que les conséquences prévisibles se produisent peu de temps après qu'une personne se soit livrée à un comportement hautement dangereux ne saurait empêcher une conclusion de *mens rea* de conduite dangereuse.

Deuxièmement, le juge du procès n'a pas appliqué le bon critère juridique. Il ne s'agit pas simplement d'une omission du juge de consigner son processus de réflexion par écrit, mais plutôt du fait qu'il ne s'est pas penché sur la question fondamentale en cause, à savoir si la façon dangereuse de conduire résultait d'un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'aurait respectée une personne raisonnable dans la même situation. Plutôt que de se concentrer sur ce qu'une personne raisonnable aurait prévu et fait dans les circonstances, le juge du procès s'est livré à un raisonnement axé sur le type (l'excès de vitesse) et la durée (le caractère momentané) du comportement de C, à l'exclusion du tableau global. Pour ce qui est de l'élément moral requis, il n'est pas nécessaire de conclure que C était subjectivement conscient du risque que posait son comportement et qu'il a intentionnellement créé ce

foreseen the immediate risk of reaching a speed of almost three times the speed limit while accelerating towards a major city intersection. C's conduct in these circumstances is a marked departure from the norm.

Per Karakatsanis J. (dissenting): The appeal should be allowed and the acquittal restored. The trial judge's decision to acquit C is not tainted by an identifiable legal error. The Court has emphasized that there is no ground of "unreasonable acquittal" open to the Crown on appeal.

Read fairly and as a whole, the trial judge's reasons disclose that the trial judge was aware that both excessive speed and momentary conduct could meet the marked departure standard, depending on the circumstances. Questions about whether the trial judge should have placed less weight on the short duration of speeding, and more weight on the degree to which speeding exceeded the limit, where the speeding occurred, or on other factors relating to C's control of the car and awareness, are not questions of law alone. The trial judge understood that what represents a marked departure in the circumstances is a matter of degree, and that the *mens rea* test is fundamentally comparative. Inferring that the trial judge failed to compare C's conduct to that of a reasonable person because he did not explicitly describe what a reasonable person would have done in the circumstances is tantamount to presuming that he misunderstood the applicable legal principles. The trial judge was ultimately left with a reasonable doubt as to whether the manner of driving met the *mens rea* standard. Whether his decision to acquit on that basis was reasonable under the circumstances is not an issue in a Crown appeal such as this one.

Cases Cited

By Martin J.

Referred to: *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Laboucan*, 2010 SCC 12, [2010] 1 S.C.R. 397; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60; *R. v. Willock* (2006), 212 O.A.C. 82; *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345; *R. v. Lutoslawski*, 2010 SCC 49, [2010] 3 S.C.R. 60.

risque. Le critère de la *mens rea* s'appuie sur la personne raisonnable. Une telle personne aurait prévu le risque immédiat qu'il y avait à atteindre une vitesse de presque trois fois supérieure à la limite autorisée tout en accélérant en direction d'une intersection urbaine importante. Le comportement de C dans ces circonstances constitue un écart marqué par rapport à la norme.

La juge Karakatsanis (dissidente) : L'appel devrait être accueilli et l'acquittement rétabli. La décision du juge du procès d'acquitter C n'est pas entachée d'une erreur de droit discernable. La Cour a souligné que la Couronne ne peut pas se pourvoir en appel pour cause d'« acquittement déraisonnable ».

Lus de manière juste et dans leur ensemble, les motifs du juge du procès révèlent que celui-ci était conscient qu'un excès de vitesse et un comportement momentané pouvaient satisfaire à la norme de l'écart marqué, selon les circonstances. Les questions de savoir si le juge aurait dû accorder moins de poids à la courte durée de l'excès de vitesse, et plus de poids au degré de celui-ci, à l'endroit où il a eu lieu ou à d'autres facteurs ayant trait à la maîtrise par C de la voiture et à sa conscience, ne constituent pas des questions de droit seulement. Le juge a compris que ce qui constitue un écart marqué dans les circonstances est une question de degré, et que le critère de la *mens rea* est fondamentalement de nature comparative. Conclure que le juge du procès n'a pas comparé le comportement de C à celui d'une personne raisonnable parce qu'il n'a pas décrit explicitement ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances équivaut à présumer qu'il a mal compris les principes juridiques applicables. Il subsistait en fin de compte dans l'esprit du juge du procès un doute raisonnable quant à savoir si la façon de conduire satisfaisait au critère de la *mens rea*. La question de savoir si sa décision de prononcer un acquittement pour ce motif était raisonnable dans les circonstances ne se pose pas dans un appel de la Couronne tel que celui en l'espèce.

Jurisprudence

Citée par la juge Martin

Arrêts mentionnés : *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Laboucan*, 2010 CSC 12, [2010] 1 R.C.S. 397; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60; *R. c. Willock* (2006), 212 O.A.C. 82; *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345; *R. c. Lutoslawski*, 2010 CSC 49, [2010] 3 R.C.S. 60.

By Karakatsanis J. (dissenting)

R. v. J.M.H., 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60; *R. v. Willock* (2006), 212 O.A.C. 82; *R. v. Adams*, 2012 PECA 15, 325 Nfld. & P.E.I.R. 93.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 249(4) [rep. & sub. 2018, c. 21, ss. 14, 15], 676(1)(a), 686(4)(b)(ii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Groberman, Fenlon and Hunter JJ.A.), 2019 BCCA 206, 55 C.R. (7th) 459, 41 M.V.R. (7th) 10, [2019] B.C.J. No. 1025 (QL), 2019 CarswellBC 1573 (WL Can.), setting aside the acquittal entered by Rideout J., 2018 BCPC 133, 29 M.V.R. (7th) 122, [2018] B.C.J. No. 1081 (QL), 2018 CarswellBC 1429 (WL Can.) and entering a conviction. Appeal dismissed, Karakatsanis J. dissenting.

Richard S. Fowler, Q.C., and *Eric Purtzki*, for the appellant.

David Layton, Q.C., for the respondent.

The judgment of Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ. was delivered by

MARTIN J. —

I. Introduction

[1] Mr. Chung was acquitted of dangerous driving causing death under s. 249(4)¹ of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“Code”). At trial and on appeal, there was no question that Mr. Chung drove in an objectively dangerous manner and committed the *actus reus* of the charged offence. However, the trial judge had a reasonable doubt about whether Mr. Chung had the requisite guilty mind or *mens rea* (2018 BCPC 133, 29 M.V.R. (7th) 122). On appeal,

¹ This is the offence under which Mr. Chung was charged in 2015. Subsection 4 of s. 249 was repealed and replaced by s. 320.13(3) of the Code as of December 18, 2018.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

R. c. J.M.H., 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60; *R. c. Willock* (2006), 212 O.A.C. 82; *R. c. Adams*, 2012 PECA 15, 325 Nfld. & P.E.I.R. 93.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 249(4) [abr. & rempl. 2018, c. 21, art. 14, 15], 676(1)a), 686(4)b)(ii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Groberman, Fenlon et Hunter), 2019 BCCA 206, 55 C.R. (7th) 459, 41 M.V.R. (7th) 10, [2019] B.C.J. No. 1025 (QL), 2019 CarswellBC 1573 (WL Can.), qui a écarté l’acquittement prononcé par le juge Rideout, 2018 BCPC 133, 29 M.V.R. (7th) 122, [2018] B.C.J. No. 1081 (QL), 2018 CarswellBC 1429 (WL Can.), et inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté, la juge Karakatsanis est dissidente.

Richard S. Fowler, c.r., et *Eric Purtzki*, pour l’appelant.

David Layton, c.r., pour l’intimée.

Version française du jugement des juges Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

LA JUGE MARTIN —

I. Introduction

[1] Monsieur Chung a été acquitté relativement à une accusation de conduite dangereuse ayant causé la mort, portée en vertu du par. 249(4)¹ du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« Code »). Au procès et en appel, il ne faisait aucun doute que celui-ci avait conduit d’une manière objectivement dangereuse et qu’il avait commis l’*actus reus* de l’infraction dont il était accusé. Toutefois, le juge de première instance avait un doute raisonnable quant à savoir

¹ Il s’agit de l’infraction dont M. Chung a été accusé en 2015. Le paragraphe 249(4) a été abrogé et remplacé par le par. 320.13(3) du Code en date du 18 décembre 2018.

the sole issue was whether the trial judge committed an error of law in finding that Mr. Chung lacked the requisite *mens rea* (2019 BCCA 206, 55 C.R. (7th) 459). The British Columbia Court of Appeal found such an error of law. Reading the trial judgment fully and fairly, I conclude that there was an error of law and that this appeal must be dismissed.

II. Factual Background and Judicial History

[2] On the morning of Saturday, November 14, 2015, Mr. Chung drove his vehicle at almost three times the speed limit towards a major intersection in Vancouver and crashed into a left-turning vehicle. The driver of the left-turning vehicle died at the scene.

[3] The collision occurred at the intersection of two arterial roads in Vancouver: Oak Street and West 41st Avenue. This was a mixed residential-commercial area with two gas stations, a community centre, a nursing home, small retail businesses, and multiple bus stops around and near the intersection. Four pedestrians were in the vicinity of the intersection at the time of the collision. It was not raining, but the road was damp or wet. Traffic was light around the intersection, but other cars were present and five civilian witnesses were called at trial who were all driving cars near the intersection at the time of the collision. The speed limit for both streets is 50 km/h, but drivers generally go above that speed limit. Both roads are wide and straight and have dedicated left turning lanes.

[4] A dashboard camera video from another vehicle at the intersection captured 4.9 seconds of the event. Over the span of a block, Mr. Chung had moved into the curbside lane, passed at least one car on the right, and accelerated from 50 km/h to 140 km/h before

s’il avait l’intention coupable ou *mens rea* nécessaire (2018 BCPC 133, 29 M.V.R. (7th) 122). En appel, la seule question était de savoir si le juge avait commis une erreur de droit en concluant que M. Chung n’avait pas la *mens rea* requise (2019 BCCA 206, 55 C.R. (7th) 459). La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a jugé qu’il y avait eu une telle erreur de droit. Après avoir lu le jugement de première instance dans son ensemble et de manière juste, je conclus qu’il y a eu erreur de droit et que le présent pourvoi doit être rejeté.

II. Les faits et l’historique des procédures judiciaires

[2] Le samedi 14 novembre 2015, en avant-midi, M. Chung a conduit son véhicule à une vitesse presque trois fois supérieure à la limite autorisée en direction d’une intersection importante à Vancouver et il est entré en collision avec un véhicule qui effectuait un virage à gauche. La personne conduisant ce dernier véhicule est décédée sur les lieux de l’accident.

[3] La collision s’est produite à l’intersection de deux artères de Vancouver, la rue Oak et la 41^e avenue Ouest. Il s’agissait d’une zone mixte résidentielle et commerciale où il y avait deux postes d’essence, un centre communautaire, un foyer de soins de longue durée, de petits commerces de détail et de multiples arrêts d’autobus autour de l’intersection et à proximité de celle-ci. Quatre piétons se trouvaient près de l’intersection au moment de la collision. Il ne pleuvait pas, mais la chaussée était humide ou mouillée. La circulation était faible autour de l’intersection, mais d’autres voitures étaient présentes et cinq témoins civils, qui conduisaient tous des voitures près de l’intersection au moment de la collision, ont été assignés au procès. La limite de vitesse dans les deux rues est de 50 km/h, mais les conducteurs dépassent généralement cette limite. Les deux rues sont larges et droites et ont des voies réservées aux virages à gauche.

[4] Une caméra-témoin d’un autre véhicule à l’intersection a capté 4,9 secondes de l’événement. Sur une distance équivalente à un segment de rue, c’est-à-dire la portion de rue comprise entre deux intersections, M. Chung s’est inséré dans la voie en

entering the intersection. The trial judge found that Mr. Chung was not inattentive nor was he engaged in any dangerous conduct prior to this one block span. Mr. Chung was driving a powerful vehicle that could accelerate quickly; the trial judge heard expert evidence that the vehicle could accelerate from 0 to 100 km/h in 4.5 seconds in dry conditions, although the trial judge made no findings regarding exactly how quickly Mr. Chung reached his top speed in damp or wet conditions. As Mr. Chung approached the intersection going north along Oak Street, there was a Toyota in front of him making a right turn. As the Toyota was turning right, the victim started to make his left turn from going southbound on Oak Street to eastbound on West 41st Avenue. At this point, Mr. Chung started braking, narrowly missed hitting the Toyota, and collided with the victim's car at a speed of 119 km/h.

[5] Taking into account all of the above circumstances, the trial judge found that Mr. Chung's excessive speeding over a short distance towards this major intersection was objectively dangerous to the public and that the *actus reus* of dangerous driving was established.

[6] However, the trial judge acquitted Mr. Chung because he had reasonable doubt that Mr. Chung's conduct met the *mens rea* requirement for dangerous driving. The trial judge distinguished the facts of this case from circumstances where excessive speed met the *mens rea* requirement and emphasized that the momentariness of Mr. Chung's speeding was critical in finding that his conduct did not show criminal fault.

[7] The British Columbia Court of Appeal found that the trial judge had erred in law by "conceiv[ing] that a principle exists that a brief period of speeding (no matter how excessive the speed) cannot satisfy

bordure du trottoir, a doublé au moins une voiture par la droite et a accéléré, passant de 50 km/h à 140 km/h, avant de s'engager dans l'intersection. Le juge de première instance a conclu que M. Chung n'avait pas été inattentif et qu'il n'avait pas conduit de façon dangereuse avant de parcourir cette distance. Monsieur Chung conduisait un véhicule puissant qui pouvait accélérer rapidement; le juge a entendu une preuve d'expert selon laquelle le véhicule pouvait accélérer de 0 à 100 km/h en 4,5 secondes dans des conditions sèches, bien qu'il n'ait pas tiré de conclusion sur le temps exact qu'il a fallu à M. Chung pour atteindre sa vitesse maximale dans des conditions humides ou mouillées. Alors que M. Chung s'approchait de l'intersection en direction nord sur la rue Oak, il y avait une Toyota devant lui qui effectuait un virage à droite. Pendant que la Toyota tournait à droite, la victime a commencé à faire son virage à gauche pour passer de la rue Oak, direction sud, à la 41^e avenue Ouest, direction est. À ce moment, M. Chung a commencé à freiner, a évité de justesse la Toyota et est entré en collision avec la voiture de la victime à une vitesse de 119 km/h.

[5] Prenant en considération toutes les circonstances susmentionnées, le juge du procès a conclu que l'excès de vitesse de M. Chung sur une courte distance en direction de cette intersection importante était objectivement dangereux pour le public et que l'*actus reus* de la conduite dangereuse avait été établi.

[6] Toutefois, le juge du procès a acquitté M. Chung parce qu'il avait un doute raisonnable quant à savoir si son comportement satisfaisait à l'exigence de la *mens rea* requise pour conclure à la conduite dangereuse. Le juge a établi une distinction entre les faits de l'espèce et les circonstances dans lesquelles la vitesse excessive avait satisfait à l'exigence de la *mens rea*, et il a souligné que le caractère momentané de l'excès de vitesse de M. Chung était crucial dans la conclusion selon laquelle son comportement ne révélait aucune faute criminelle.

[7] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en [TRADUCTION] « considér[ant] qu'il existe un principe selon lequel un bref excès

the *mens rea* requirement” (para. 42). The Court of Appeal therefore overturned the acquittal and entered a conviction, ruling that Mr. Chung would have been found guilty but for the trial judge’s error.

[8] The sole issue in this appeal is whether the trial judge made an error of law, which would allow the Crown to appeal Mr. Chung’s acquittal under s. 676(1)(a) of the Code.

[9] In these reasons, I first describe the types of errors that are reviewable by appellate courts for Crown appeals of acquittals. Second, I interpret the trial judge’s reasons and explain how they demonstrate two inter-related errors of law concerning the interpretation and application of the test for *mens rea* for dangerous driving. Lastly, I address why I would dismiss the appeal and uphold the conviction entered by the Court of Appeal.

III. Reviewable Errors in Crown Appeals

[10] Under s. 676(1)(a), the Crown can only appeal an acquittal on a “question of law alone”. An appealable error must be traced to a question of law, rather than a question about how to weigh evidence and assess whether it meets the standard of proof (*R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at paras. 25-27; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021, at paras. 15-17). Therefore, the Crown cannot appeal merely because an acquittal is unreasonable (*R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 33).

[11] Errors of law arise, for example, where “the legal effect of findings of fact or of undisputed facts raises a question of law” and where there is “an assessment of the evidence based on a wrong legal principle” (*J.M.H.*, at paras. 28-30). These two types

de vitesse (sans égard à l’ampleur de l’excès de vitesse) ne peut satisfaire à l’exigence de la *mens rea* » (par. 42). La Cour d’appel a donc annulé l’acquittement et a inscrit une déclaration de culpabilité, statuant que M. Chung aurait été déclaré coupable n’eût été l’erreur du juge.

[8] La seule question en litige en l’espèce est de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit, laquelle permettrait à la Couronne d’interjeter appel de l’acquittement de M. Chung en application de l’al. 676(1)a) du Code.

[9] Dans les présents motifs, je décris premièrement les types d’erreurs que peuvent contrôler les juridictions d’appel saisies d’appels d’acquittements interjetés par la Couronne. Deuxièmement, j’interprète les motifs du juge du procès et j’explique comment ceux-ci révèlent l’existence de deux erreurs de droit étroitement liées en ce qui concerne l’interprétation et l’application du critère de la *mens rea* de la conduite dangereuse. Enfin, je traite des raisons pour lesquelles je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité inscrite par la Cour d’appel.

III. Erreurs susceptibles de contrôle dans les appels de la Couronne

[10] Selon l’al. 676(1)a), la Couronne ne peut interjeter appel d’un acquittement que pour une « question de droit seulement ». Un lien doit pouvoir être établi entre l’erreur susceptible d’appel et une question de droit, plutôt qu’une question sur la manière d’apprécier la preuve et de vérifier si celle-ci satisfait à la norme de preuve (*R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, par. 25-27; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 15-17). La Couronne ne peut donc pas interjeter appel simplement parce qu’un acquittement est déraisonnable (*R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 33).

[11] Les erreurs de droit sont commises, par exemple, lorsque « [l]’effet juridique des conclusions de fait ou des faits incontestés soulève une question de droit » et lorsqu’il y a « [u]ne appréciation de la preuve fondée sur un mauvais principe juridique »

of errors are somewhat similar; they both address errors where the trial judge's application of the legal principles to the evidence demonstrates an erroneous understanding of the law, either because the trial judge finds all the facts necessary to meet the test but errs in law in its application, or assesses the evidence in a way that otherwise indicates a misapprehension of the law.

IV. The Errors of Law in the Trial Judge's Reasons

[12] Mr. Chung argues that there is no such error of law in the trial judge's reasons. I disagree.

[13] When interpreting a trial judge's reasons, appellate courts should not parse the reasons of the trial judge in a line by line search for errors. Instead, the reasons are to be "read as a whole, in the context of the evidence, the issues and the arguments at trial, together with 'an appreciation of the purposes or functions for which they are delivered'" (*R. v. Laboucan*, 2010 SCC 12, [2010] 1 S.C.R. 397, at para. 16, quoting *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at para. 16). Appellate courts must attempt to understand the reasoning of the trial judge. However, even if the trial judge articulates the right test, appellate courts may find an error of law if the judge's reasoning and application demonstrate a failure to properly apprehend the law (*George*, at para. 16).

[14] In this case, the trial judge thoroughly reviewed the evidence before him and made clear factual findings. He cited, at para. 63, the correct test for the *mens rea* of dangerous driving causing death, articulated in *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60, at para. 36:

The focus of the *mens rea* analysis is on whether the dangerous manner of driving was the result of a marked departure from the standard of care which a reasonable

(*J.M.H.*, par. 28-30). Ces deux types d'erreurs sont quelque peu semblables; dans les deux cas, il s'agit de situations où l'application des principes juridiques à la preuve, par les juges de première instance, révèle une compréhension erronée du droit, soit parce que les juges concluent à l'existence de tous les faits nécessaires pour satisfaire au critère mais commettent une erreur de droit dans son application, soit parce que les juges apprécient la preuve d'une manière qui indique autrement une mauvaise compréhension du droit.

IV. Les erreurs de droit dans les motifs du juge de première instance

[12] Selon M. Chung, les motifs du juge du procès ne sont pas entachés d'une telle erreur de droit. Je ne suis pas d'accord.

[13] Lorsqu'elles interprètent les motifs des juges de première instance, les juridictions d'appel ne devraient pas décortiquer ces motifs ligne par ligne à la recherche d'erreurs. Les motifs doivent plutôt « être lus comme un tout, dans le contexte de la preuve, des questions en litige et des arguments présentés lors du procès, et "en tenant compte des buts ou des fonctions de l'expression des motifs" » (*R. c. Laboucan*, 2010 CSC 12, [2010] 1 R.C.S. 397, par. 16, citant *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 16). Les juridictions d'appel doivent tenter de comprendre le raisonnement des juges de première instance. Toutefois, même si ces juges ont énoncé le bon critère, les juridictions d'appel peuvent conclure à une erreur de droit si le raisonnement exposé et l'application faite de ce critère révèlent une mauvaise compréhension du droit (*George*, par. 16).

[14] En l'espèce, le juge de première instance s'est livré à un examen approfondi de la preuve lui ayant été présentée et il a formulé des conclusions de fait claires. Il a cité, au par. 63, le bon critère de la *mens rea* de la conduite dangereuse causant la mort, critère énoncé dans *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60, au par. 36 :

L'analyse relative à la *mens rea* doit être centrée sur la question de savoir si la façon dangereuse de conduire résultait d'un écart marqué par rapport à la norme de

person would have exercised in the same circumstances (*Beatty*, at para. 48). It is helpful to approach the issue by asking two questions. The first is whether, in light of all the relevant evidence, a reasonable person would have foreseen the risk and taken steps to avoid it if possible. If so, the second question is whether the accused's failure to foresee the risk and take steps to avoid it, if possible, was a *marked departure* from the standard of care expected of a reasonable person in the accused's circumstances. [Emphasis in original.]

[15] The trial judge found that Mr. Chung's dangerous conduct was only limited to the one block span where he accelerated to almost three times the speed limit, passing at least one car on the right, nearly hit the Toyota turning right in front of him, and then collided with the victim's vehicle. The trial judge concluded that Mr. Chung had not been inattentive while driving. The trial judge then canvassed a line of cases which he believed supported the principle that speeding alone is rarely sufficient to establish the *mens rea* for dangerous driving. He distinguished these cases, finding that in these cases speeding was more than momentary or there was some other additional dangerous conduct that was not present in the case at bar. The trial judge emphasized that Mr. Chung's speed was momentary, noting that although momentary conduct can be a marked departure, it will more usually be only a mere departure where driving is otherwise proper (para. 117, citing *R. v. Willock* (2006), 212 O.A.C. 82, per Doherty J.A.). Therefore, he had reasonable doubt that Mr. Chung's conduct represented a marked departure because the "momentariness of the accused's conduct in excessively speeding [was] insufficient to meet the criminal fault component" (paras. 119-120).

[16] It would not be an error of law if the trial judge simply applied the test in *Roy*, considered all the circumstances, and came to an unreasonable conclusion regarding whether the accused's conduct displayed a

diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation (*Beatty*, par. 48). Il est utile d'aborder le sujet en posant deux questions. La première est de savoir si, compte tenu de tous les éléments de preuve pertinents, une personne raisonnable aurait prévu le risque et pris les mesures pour l'éviter si possible. Le cas échéant, la deuxième question est de savoir si l'omission de l'accusé de prévoir le risque et de prendre les mesures pour l'éviter si possible constitue un *écart marqué* par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé. [En italique dans l'original.]

[15] Le juge du procès a conclu que le comportement dangereux de M. Chung s'était limité exclusivement à la distance équivalente à un segment de rue où il a accéléré pour atteindre presque trois fois la limite permise, doublant au moins une voiture par la droite, a presque frappé la Toyota qui effectuait un virage à droite devant lui, puis est entré en collision avec le véhicule de la victime. Le juge a estimé que M. Chung n'avait pas été inattentif pendant qu'il conduisait. Il a ensuite examiné à fond une série de décisions qui, à son avis, appuyaient le principe selon lequel un excès de vitesse à lui seul est rarement suffisant pour établir la *mens rea* de la conduite dangereuse. Il a établi une distinction entre le présent cas et ces affaires, concluant que, dans celles-ci, l'excès de vitesse était plus que momentané ou il y avait un comportement dangereux additionnel qui était absent en l'espèce. Il a souligné que l'excès de vitesse de M. Chung avait été momentané, faisant observer que, bien qu'un comportement momentané puisse représenter un écart marqué, il s'agira plus habituellement d'un simple écart lorsque la façon de conduire est bonne par ailleurs (par. 117, citant *R. c. Willock* (2006), 212 O.A.C. 82, le juge d'appel Doherty). Il avait donc un doute raisonnable pour ce qui est de savoir si le comportement de M. Chung représentait un écart marqué, parce que [TRADUCTION] « le caractère momentané du comportement de l'accusé en faisant de l'excès de vitesse ne suffi[sait] pas à satisfaire à l'élément de la faute criminelle » (par. 119-120).

[16] Il n'y a pas erreur de droit si le juge de première instance a simplement appliqué le critère énoncé dans *Roy*, pris en compte toutes les circonstances et tiré une conclusion déraisonnable quant à

marked departure from the norm. However, it would be an error of law if the trial judge failed to compare the accused's actions to what a reasonable person would have foreseen and done in all of the circumstances. This type of error is not a factual matter of weighing evidence, but rather it goes to the legal definition of the *mens rea* analysis for dangerous driving.

[17] Although the trial judge correctly cited passages from cases which express the applicable legal standards, I find two inter-related errors of law. First, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred by applying a wrong legal principle. Second, and most importantly, I find that the trial judge failed to apply the correct legal test in *Roy* by not assessing what a reasonable person would have foreseen and done in Mr. Chung's circumstances.

[18] Applying a wrong legal principle and failing to apply the correct legal test are two sides of the same coin. Both characterizations go to the same essential error of law in this case, which was a failure of the trial judge to properly consider the conduct of the reasonable person in all of the circumstances in determining whether there was a marked departure.

[19] First, I agree with the Court of Appeal that the trial judge's fixation on the momentariness of the speeding demonstrates an error of law. Clearly, momentary excessive speeding on its own can establish the *mens rea* for dangerous driving where, having regard to all the circumstances, it supports an inference that the driving was the result of a marked departure from the standard of care that a reasonable person in the same circumstances would have exhibited (*Roy*, at para. 41).

[20] Although the trial judge recognized that momentary conduct could be a marked departure, the trial judge stated that his analysis turned "[c]ritically"

la question de savoir si le comportement de l'accusé représentait un écart marqué par rapport à la norme. Toutefois, il y a erreur de droit s'il n'a pas comparé les gestes de l'accusé à ce qu'une personne raisonnable aurait prévu et fait eu égard à toutes les circonstances. Ce type d'erreur n'est pas une question factuelle d'appréciation de la preuve, mais touche plutôt à la définition juridique de l'analyse relative à la *mens rea* de la conduite dangereuse.

[17] Bien que le juge de première instance ait correctement cité les passages de décisions qui énoncent les normes juridiques applicables, je conclus qu'il a commis deux erreurs de droit étroitement liées. En premier lieu, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge a commis une erreur en appliquant un principe juridique erroné. En deuxième lieu, élément le plus important, j'estime que celui-ci n'a pas appliqué le bon critère juridique énoncé dans *Roy* en n'évaluant pas ce qu'une personne raisonnable aurait prévu et fait dans la même situation que M. Chung.

[18] Appliquer un principe juridique erroné et ne pas appliquer le bon critère juridique sont deux facettes d'un même problème. Les deux qualifications se rapportent à la même erreur de droit essentielle en l'espèce, à savoir l'omission du juge du procès d'avoir examiné convenablement le comportement de la personne raisonnable eu égard à toutes les circonstances pour trancher la question de savoir s'il y a eu un écart marqué.

[19] Premièrement, je conviens avec la Cour d'appel que l'importance indue qu'a accordée le juge de première instance au caractère momentané de l'excès de vitesse révèle qu'une erreur de droit a été commise. Un excès de vitesse momentané à lui seul peut clairement établir la *mens rea* de la conduite dangereuse lorsque, eu égard à toutes les circonstances, il permet de conclure que la façon de conduire résultait d'un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'aurait respectée une personne raisonnable dans la même situation (*Roy*, par. 41).

[20] Bien qu'il ait reconnu qu'un comportement momentané puisse constituer un écart marqué, le juge du procès a affirmé que son analyse reposait

on the fact that Mr. Chung's speed was categorically momentary (para. 117). That the trial judge was relying on a legal principle, rather than making a determination of fact, is supported by his citation to *Willock* and the fact that he distinguished other cases where excessive speeding and acceleration occurred over a longer period of time or in conjunction with additional dangerous conduct (paras. 103-7 and 118). Read as a whole, his reasons indicate that he believed that, when excessive speed was momentary, it was unable on its own to establish the *mens rea* for dangerous driving.

[21] The trial judge erred in focussing on the momentary nature of Mr. Chung's conduct, rather than analyzing whether the reasonable person would foresee the dangers to the public from the momentary conduct. A brief period of rapidly changing lanes and accelerating towards an intersection is not comparable to momentary mistakes that may be made by any reasonable driver, like the mistimed turn on to a highway in *Roy*, the momentary loss of awareness in *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, or the sudden loss of control in *Willock*.

[22] Although this Court in *Roy* and *Beatty* determined that momentary lapses in attention and judgment would usually not raise criminal liability, this was because momentary lapses often result from the "automatic and reflexive nature of driving" (*Beatty*, at para. 34) or "[s]imple carelessness, to which even the most prudent drivers may occasionally succumb" (*Roy*, at para. 37). These are examples of conduct that, when assessed in totality against the reasonable person standard, only represent a mere departure from the norm. Momentary conduct is not assessed differently from other dangerous conduct. Conduct that occurs over a brief period of time that creates foreseeable and immediate risks of serious consequences can still be a marked departure from the norm (*Beatty*, at para. 48). A reasonable person would have foreseen that rapidly accelerating towards a major intersection at a high speed creates a

de façon [TRADUCTION] « crucial[e] » sur le fait que la vitesse de M. Chung était indiscutablement momentanée (par. 117). Le fait que le juge se fondait sur un principe juridique, plutôt que de tirer une conclusion de fait, est étayé par son renvoi à l'arrêt *Willock* et par le fait qu'il a établi une distinction avec d'autres affaires où la vitesse et l'accélération excessives s'étaient produites sur de plus longues périodes ou en combinaison avec un comportement dangereux additionnel (par. 103-107 et 118). Lus dans leur ensemble, ses motifs indiquent que, selon lui, lorsqu'elle était momentanée, la vitesse excessive ne pouvait à elle seule établir la *mens rea* de la conduite dangereuse.

[21] Le juge de première instance a commis une erreur en se concentrant sur le caractère momentané du comportement de M. Chung, plutôt que de se demander si la personne raisonnable aurait prévu les dangers que le comportement momentané présentait pour le public. Une brève période de changements rapides de voie et d'accélération vers une intersection n'est pas comparable aux erreurs momentanées que peut commettre tout conducteur raisonnable, par exemple le virage au mauvais moment sur une autoroute dans *Roy*, la perte de conscience momentanée dans *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49, ou la perte de contrôle soudaine dans *Willock*.

[22] Bien que notre Cour dans les arrêts *Roy* et *Beatty* ait statué que les inattentions et erreurs de jugement momentanées n'engagent pas habituellement la responsabilité criminelle, c'est parce ces manquements momentanés résultent souvent de la « nature automatique et réactive de la conduite d'un véhicule automobile » (*Beatty*, par. 34) ou de « [l]a simple imprudence que même les conducteurs les plus prudents peuvent à l'occasion commettre » (*Roy*, par. 37). Il s'agit là d'exemples de comportements qui, lorsqu'ils sont appréciés en totalité au regard de la norme de la personne raisonnable, ne représentent qu'un simple écart par rapport à la norme. Un comportement momentané ne s'apprécie pas différemment d'autres comportements dangereux. Un comportement qui se produit sur une brève période et qui crée des risques prévisibles et immédiats de conséquences graves peut néanmoins

very real risk of a collision occurring within seconds. This is what actually occurred in Mr. Chung's case. Risky conduct at excessive speeds foreseeably can result in immediate consequences. Therefore, the fact that foreseeable consequences occur within a short period of time after someone engages in highly dangerous behaviour cannot preclude a finding of *mens rea* for dangerous driving.

[23] Second, I find that the trial judge did not apply the correct legal test in *Roy*. In his reasons, he failed to determine whether a reasonable person in Mr. Chung's circumstances would have foreseen the risk from accelerating rapidly and speeding into that major intersection and taken actions to avoid it. This is not merely a matter of the trial judge failing to write out his thought process, but rather a matter of the trial judge not turning to the core question at issue: "whether the dangerous manner of driving was the result of a marked departure from the standard of care which a reasonable person would have exercised in the same circumstances" (*Roy*, at para. 36 (emphasis added)). The trial judge's reasons, interpreted as a whole, reveal that he failed to undertake this analysis.

[24] Although trial judges are not required to set out their analysis in any particular way, the two questions in *Roy*, at para. 36, are helpful and emphasize the need to compare the accused's conduct to the conduct of a reasonable person in their circumstances, and by reference to all relevant evidence. This is essential for determining objective *mens rea*. At some point in the *mens rea* analysis, the trial judge must work with the facts as found and consider whether, in the totality of the circumstances, a reasonable person would have foreseen the risk and taken the same actions as the accused. Only when there has

constituer un écart marqué par rapport à la norme (*Beatty*, par. 48). Une personne raisonnable aurait prévu que l'accélération rapide en direction d'une intersection importante à une vitesse élevée crée un risque bien réel de collision dans les secondes qui suivent. C'est ce qui s'est effectivement produit dans le cas de M. Chung. Un comportement risqué à une vitesse excessive peut, de manière prévisible, entraîner des conséquences immédiates. En conséquence, le fait que les conséquences prévisibles se produisent peu de temps après qu'une personne se soit livrée à un comportement hautement dangereux ne saurait empêcher une conclusion de *mens rea* de conduite dangereuse.

[23] Deuxièmement, je conclus que le juge de première instance n'a pas appliqué le bon critère juridique énoncé dans *Roy*. Dans ses motifs, le juge n'a pas déterminé si une personne raisonnable dans la même situation que M. Chung aurait prévu le risque qu'il y avait à accélérer rapidement et à s'engager à toute vitesse dans cette intersection importante et aurait pris les mesures pour l'éviter. Il ne s'agit pas simplement d'une omission du juge de consigner son processus de réflexion par écrit, mais plutôt du fait qu'il ne s'est pas penché sur la question fondamentale en cause, à savoir « si la façon dangereuse de conduire résultait d'un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation » (*Roy*, par. 36 (je souligne)). Il ressort des motifs du juge, interprétés dans leur ensemble, qu'il n'a pas procédé à cette analyse.

[24] Bien que les juges de première instance n'aient pas l'obligation d'exposer leur analyse d'une façon en particulier, les deux questions posées dans *Roy*, au par. 36, sont utiles et mettent en évidence la nécessité de comparer le comportement de la personne accusée au comportement d'une personne raisonnable dans la même situation qu'elle, eu égard à tous les éléments de preuve pertinents. Cela est essentiel pour déterminer la *mens rea* objective. À un moment donné dans l'analyse relative à la *mens rea*, les juges doivent travailler avec les faits tels que constatés et se demander si, eu égard à toutes les circonstances,

been an active engagement with the full picture of what occurred can the trial judge determine whether the accused's conduct was a marked departure from the conduct of a reasonable and prudent driver.

[25] Instead of focussing on what a reasonable person would have foreseen and done in the circumstances, the trial judge engaged in reasoning focussed on the type (speeding) and duration (momentariness) of Mr. Chung's conduct, to the exclusion of the full picture. His analysis focussed on distinguishing cases where excessive speeding had been found to be a marked departure from the circumstances of this case, rather than examining the risks created by Mr. Chung's speeding. In other words, he focussed on what Mr. Chung did not do in comparison to these other cases, rather than asking the correct legal question and assessing what risks a reasonable person would foresee arising from Mr. Chung's momentary speeding in the circumstances.

[26] Had the trial judge turned to consider the circumstances of this case fully and specifically, he would have addressed the fact that Mr. Chung's conduct did not only include momentary excessive speeding, but also narrowly missing another vehicle turning right in front of him, passing in the curb lane, and accelerating towards a major intersection while aware of at least two vehicles in the intersection. The trial judge found that Mr. Chung was not inattentive while driving, but did not consider how Mr. Chung's awareness of his surroundings contributed to his conduct being a marked departure from the conduct of a reasonable person. A full analysis in this case would have considered the duration of the speeding, as well as the accused's control of the car (he switched lanes and then accelerated), the magnitude of speeding (almost three times the speed limit), the location of speeding (approaching a major intersection), and the accused's awareness of at least two vehicles at the intersection as he approached it. The trial judge then

une personne raisonnable aurait prévu le risque et agi de la même façon que la personne accusée. Ce n'est qu'une fois avoir activement pris en compte le tableau complet de ce qui s'est produit que les juges peuvent trancher la question de savoir si le comportement de la personne accusée représentait un écart marqué par rapport au comportement d'un conducteur raisonnable et prudent.

[25] Plutôt que de se concentrer sur ce qu'une personne raisonnable aurait prévu et fait dans les circonstances, le juge du procès s'est livré à un raisonnement axé sur le type (l'excès de vitesse) et la durée (le caractère momentané) du comportement de M. Chung, à l'exclusion du tableau global. Son analyse a porté principalement sur l'établissement de distinctions entre des affaires où il a été jugé que l'excès de vitesse représentait un écart marqué et les circonstances en l'espèce, plutôt que sur l'examen des risques créés par l'excès de vitesse de M. Chung. Autrement dit, le juge s'est concentré sur ce que M. Chung n'avait pas fait par rapport à ce qui avait été fait dans ces autres affaires, au lieu de se poser la bonne question juridique et d'apprécier les risques qu'une personne raisonnable aurait prévus en conséquence de l'excès de vitesse momentané de M. Chung dans les circonstances.

[26] Si le juge de première instance avait examiné pleinement et en particulier les circonstances de la présente affaire, il aurait pris en compte le fait que M. Chung avait non seulement commis un excès de vitesse momentané, mais avait en outre évité de justesse un autre véhicule qui tournait à droite devant lui, doublé dans la voie en bordure du trottoir et accéléré en direction d'une intersection importante alors qu'il avait conscience de la présence d'au moins deux véhicules dans l'intersection. Le juge a conclu que M. Chung n'était pas inattentif pendant qu'il conduisait, mais il n'a pas pris en considération comment la conscience qu'avait celui-ci de son environnement contribuait à faire en sorte que son comportement constituait un écart marqué par rapport au comportement d'une personne raisonnable. Une analyse complète en l'espèce aurait porté sur la durée de l'excès de vitesse, ainsi que sur la maîtrise qu'avait l'accusé de la voiture (il a changé de voie, puis accéléré), sur l'ampleur de l'excès de

had to consider whether, on these facts as found, a reasonable person would have foreseen the risk of endangering the public by engaging in this conduct and taken steps to avoid it, presumably by not driving so fast.

[27] The duration and nature of the accused's conduct are only some of the factors to be considered with all of the circumstances in the *mens rea* analysis. They are not factors that can be taken out of context. It is conceivable that in some contexts, even grossly excessive speed may not establish a marked departure from the standard of care, while in other circumstances speed may not need to be grossly excessive in order to still be a marked departure. Courts must be careful to avoid fettering the analysis in *Roy* by adopting hard-and-fast rules regarding when isolated factors will or will not be marked departures. Although case law may be helpful in providing examples of what has previously been determined to be a marked departure, courts must still analyze the accused's actions relative to the reasonable person in the specific circumstances at issue.

V. Conclusion

[28] A reasonable person understands that driving is an inherently risky activity. It is made all the more risky the faster we drive, the harder we accelerate, and the more aggressively we navigate traffic. Although even careful driving can result in tragic consequences, some conduct is so dangerous that it deserves criminal sanctions.

vitesse (presque trois fois la limite de vitesse), sur l'endroit de l'excès de vitesse (à l'approche d'une intersection importante) et sur le fait que l'accusé avait conscience de la présence d'au moins deux véhicules à l'intersection en s'approchant de celle-ci. Le juge devait ensuite se demander si, eu égard à ces faits tels que constatés, une personne raisonnable aurait prévu le risque de mettre en danger le public en se livrant à ce comportement et pris les mesures pour l'éviter, vraisemblablement en ne conduisant pas aussi vite.

[27] La durée et la nature du comportement de l'accusé ne sont que quelques-uns des facteurs à examiner avec l'ensemble des circonstances dans l'analyse relative à la *mens rea*. Ce ne sont pas des facteurs qui peuvent être pris hors contexte. Il est concevable que, dans certains contextes, même une vitesse nettement excessive ne puisse établir un écart marqué par rapport à la norme de diligence, alors que dans d'autres circonstances, la vitesse n'a peut-être pas besoin d'être nettement excessive pour représenter quand même un écart marqué. Les tribunaux doivent prendre soin de ne pas restreindre l'analyse énoncée dans *Roy* en adoptant des règles absolues sur la question de savoir quand des facteurs isolés représenteront ou non des écarts marqués. Bien que la jurisprudence puisse être utile en fournissant des exemples de ce qui a déjà été jugé être un écart marqué, les tribunaux doivent quand même analyser les gestes de la personne accusée par rapport à ceux de la personne raisonnable dans les circonstances particulières en cause.

V. Conclusion

[28] Une personne raisonnable comprend que le fait de conduire constitue une activité qui comporte des risques inhérents. Cette activité devient d'autant plus risquée plus nous conduisons vite, plus nous accélérons brusquement et plus nous manœuvrons dans la circulation de manière agressive. Bien que même une façon de conduire prudente puisse entraîner des conséquences tragiques, certains comportements sont si dangereux qu'ils méritent des sanctions pénales.

[29] On the facts as found by the trial judge, over a one block span, Mr. Chung moved into the curb lane, passed at least one car on the right, and accelerated to 140 km/h in a 50 km/h zone while approaching a major urban intersection and being aware of at least two other cars in the intersection. There is no evidence that the accused lost control of his vehicle. Concerning the required mental element, it is not necessary to find that Mr. Chung was subjectively aware of the risk of his conduct and intentionally created this risk. The test for *mens rea* is based on the reasonable person. A reasonable person would have foreseen the immediate risk of reaching a speed of almost three times the speed limit while accelerating towards a major city intersection. Mr. Chung's conduct in these circumstances is a marked departure from the norm.

[30] The trial judge made all the findings of fact necessary to determine that there was a marked departure from the standard of care of a reasonable and prudent driver, and therefore to support a verdict of guilty under s. 686(4)(b)(ii) of the Code (*R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345, at p. 355). In other words, but for the error of law, the accused would have been convicted (*R. v. Lutoslawski*, 2010 SCC 49, [2010] 3 S.C.R. 60). I would therefore dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[31] KARAKATSANIS J. (dissenting) — Crown rights of appeal from acquittals are limited to questions of law alone: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a). In particular, this Court has emphasized that there is no ground of “unreasonable acquittal” open to the Crown on appeal: see *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at paras. 32-33. Not only is no such Crown right of appeal provided for in the Code, but “as a matter of law, the concept of ‘unreasonable acquittal’ is incompatible with the presumption of innocence and the burden which

[29] Vu les faits constatés par le juge de première instance, sur une distance équivalente à un segment de rue, M. Chung s’est inséré dans la voie en bordure du trottoir, a doublé au moins une voiture par la droite et a accéléré pour atteindre une vitesse de 140 km/h dans une zone où la limite est de 50 km/h à l’approche d’une intersection urbaine importante, tout en ayant conscience de la présence d’au moins deux autres voitures dans l’intersection. Rien dans la preuve n’établit que l’accusé a perdu la maîtrise de son véhicule. Pour ce qui est de l’élément moral requis, il n’est pas nécessaire de conclure que M. Chung était subjectivement conscient du risque que posait son comportement et qu’il a intentionnellement créé ce risque. Le critère de la *mens rea* s’appuie sur la personne raisonnable. Une telle personne aurait prévu le risque immédiat qu’il y avait à atteindre une vitesse de presque trois fois supérieure à la limite autorisée tout en accélérant en direction d’une intersection urbaine importante. Le comportement de M. Chung dans ces circonstances constitue un écart marqué par rapport à la norme.

[30] Le juge de première instance a tiré toutes les conclusions de fait nécessaires pour conclure qu’il y a eu un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu’aurait respectée un conducteur raisonnable et prudent, et donc pour justifier un verdict de culpabilité en application du sous-al. 686(4)(b)(ii) du Code (*R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345, p. 355). Autrement dit, n’eût été l’erreur de droit, l’accusé aurait été déclaré coupable (*R. c. Lutoslawski*, 2010 CSC 49, [2010] 3 R.C.S. 60). Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[31] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — Le droit de la Couronne d’interjeter appel d’un acquittement se limite aux questions de droit seulement : *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, al. 676(1)a). Plus particulièrement, notre Cour a souligné que la Couronne ne peut pas se pourvoir en appel pour cause d’« acquittement déraisonnable » : voir *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, par. 32-33. Non seulement le Code n’accorde pas pareil droit d’appel à la Couronne, mais « la notion d’« acquittement déraisonnable » est incompatible, en droit, avec

rests on the prosecution to prove its case beyond a reasonable doubt”: *J.M.H.*, at para. 27, citing *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 33. The fact that an acquittal may be on its face unreasonable, or even “manifestly” unreasonable, does not lead inexorably to the conclusion that a legal error was committed in coming to the decision to acquit. Appellate intervention in an acquittal is only available when the Crown establishes that the trial judge’s reasonable doubt is tainted by an identifiable legal error: *J.M.H.*, at para. 39. Appellate jurisdiction does not extend to questions of fact and questions of mixed fact and law. Parliament’s clear policy choice to tightly circumscribe the scope of Crown appeals from acquittal must be respected.

[32] In this case, I conclude that the trial judge’s decision to acquit the appellant is not tainted by an identifiable legal error. The appellant’s acquittal should therefore be restored.

[33] Busy trial judges cannot be expected to write perfect reasons. Appellate courts approach a trial judge’s reasons by reading them as a whole rather than finely parsing them, presuming that the trial judge knows the basic principles of criminal law: see for example *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at paras. 16, 35, 45 and 54. On a Crown appeal from an acquittal, this Court has further emphasized that the adequacy of a trial judge’s reasons is informed by the limited nature of the Crown’s appeal rights: *J.M.H.*, at para. 32, citing *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245, at paras. 2 and 22. This context calls for restraint: *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021, at para. 17.

[34] The Court of Appeal found that the trial judge applied a wrong legal standard to the facts, in that he “conceived that a principle exists that a brief period of speeding (no matter how excessive the speed) cannot satisfy the *mens rea* requirement”: 2019 BCCA 206, 55 C.R. (7th) 459, at para. 42.

la présomption d’innocence et l’obligation qu’a la poursuite de présenter une preuve hors de tout doute raisonnable » : *J.M.H.*, par. 27, citant *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 33. Le fait qu’un acquittement puisse être déraisonnable ou même « manifestement » déraisonnable à première vue ne mène pas inexorablement à la conclusion qu’une erreur de droit a été commise dans l’analyse qui a mené à la décision d’acquitter. La juridiction d’appel ne peut intervenir dans un acquittement que si la Couronne établit que le doute raisonnable du juge du procès est entaché d’une erreur de droit discernable : *J.M.H.*, par. 39. La compétence en matière d’appel ne s’étend pas aux questions de fait et aux questions mixtes de fait et de droit. Il faut respecter la décision de politique claire du Parlement de bien circonscrire la portée des appels formés par la Couronne contre les acquittements.

[32] En l’espèce, je conclus que la décision du juge du procès d’acquitter l’appellant n’est pas entachée d’une erreur de droit discernable. Il y a donc lieu de rétablir l’acquittement de l’appellant.

[33] On ne peut s’attendre à ce que des juges de première instance occupés rédigent des motifs parfaits. Les juridictions d’appel abordent les motifs du juge du procès en les considérant globalement plutôt qu’en les décortiquant avec finesse, en présumant que le juge connaît les principes fondamentaux du droit criminel : voir par exemple *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 16, 35, 45 et 54. Dans le cas d’un appel formé par la Couronne contre un acquittement, notre Cour a souligné en outre que le caractère suffisant des motifs du juge du procès repose sur la nature limitée des droits d’appel de la Couronne : *J.M.H.*, par. 32, citant *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245, par. 2 et 22. La retenue est de mise dans ce contexte : *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 17.

[34] La Cour d’appel a conclu que le juge du procès avait appliqué une mauvaise norme juridique aux faits, en ce qu’il [TRADUCTION] « a considéré qu’il existe un principe selon lequel un bref excès de vitesse (sans égard à l’ampleur de l’excès de vitesse) ne peut satisfaire à l’exigence de la *mens rea* » : 2019 BCCA 206, 55 C.R. (7th) 459, par. 42.

[35] Reading the reasons as a whole, I am not satisfied that the trial judge relied on the erroneous principle that, as a matter of law, a brief period of excessive speed alone is insufficient to establish the *mens rea* for dangerous driving. Of course, there is no such legal principle. Momentary excessive speed can establish the *mens rea* for dangerous driving where, having regard to all the circumstances, the manner of driving supports an inference that the driving was the result of a marked departure from the standard of care that a reasonable person in the same circumstances would have exhibited: *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60, at para. 41.

[36] The trial judge correctly stated the relevant legal principles applicable to dangerous driving, at paras. 60-66, and restated the *mens rea* test in the course of his *mens rea* analysis and conclusion, at paras. 112 and 119. The trial judge's treatment of case law does not provide a basis to infer that he failed to apply the proper principles or constrained his assessment of all of the circumstances by relying on an erroneous legal principle. The trial judge undertook a context-based assessment of the case law that was presented to him involving excessive speed and made observations about tendencies in that case law. He noted facts that in his view distinguished those cases from the present case. In other words, the trial judge engaged in a completely ordinary method of reasoning.

[37] Read fairly and as a whole, the reasons disclose that the trial judge was aware that both excessive speed and momentary conduct could meet the marked departure standard, depending on the circumstances. For instance, he explicitly referred to the statement of Doherty J.A. in *R. v. Willock* (2006), 212 O.A.C. 82, at para. 31, that “[t]here can be no doubt that conduct occurring in a two to three second interval can amount to a marked departure from the standard of a reasonable person”: para. 117.

[38] That the trial judge considered it “critical” that the appellant’s excessive speed was momentary does not mean that he understood that the appellant’s

[35] Lisant les motifs dans leur ensemble, je ne suis pas convaincue que le juge du procès s’est appuyé sur le principe erroné selon lequel, en droit, un bref excès de vitesse à lui seul ne suffit pas pour établir la *mens rea* de la conduite dangereuse. Bien entendu, il n’existe aucun principe juridique de ce genre. Un excès de vitesse momentané peut établir la *mens rea* de la conduite dangereuse lorsque, eu égard à toutes les circonstances, la façon de conduire permet de conclure que celle-ci résultait d’un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu’aurait respectée une personne raisonnable dans la même situation : *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60, par. 41.

[36] Le juge de première instance a, aux par. 60-66, correctement énoncé les principes juridiques pertinents applicables à la conduite dangereuse et il a, aux par. 112 et 119, énoncé de nouveau le critère de la *mens rea* dans son analyse et sa conclusion sur la *mens rea*. La manière dont le juge a traité de la jurisprudence ne permet pas de conclure qu’il n’a pas appliqué les bons principes ou qu’il a restreint son appréciation de toutes les circonstances en se fondant sur un principe juridique erroné. Le juge s’est livré à un examen contextuel de la jurisprudence relative à l’excès de vitesse qui lui a été présentée et a fait des observations sur les tendances de cette jurisprudence. Il a relevé des faits qui, à son avis, permettaient d’établir une distinction entre ces affaires et la présente espèce. Autrement dit, le juge a tenu un raisonnement tout à fait ordinaire.

[37] Lus de manière juste et dans leur ensemble, les motifs révèlent que le juge du procès était conscient qu’un excès de vitesse et un comportement momentané pouvaient satisfaire à la norme de l’écart marqué, selon les circonstances. Par exemple, il a mentionné explicitement l’affirmation du juge d’appel Doherty dans *R. c. Willock* (2006), 212 O.A.C. 82, par. 31, selon laquelle [TRADUCTION] « [i]l ne fait aucun doute qu’un comportement durant deux ou trois secondes peut constituer un écart marqué par rapport à la norme que respecterait une personne raisonnable » : par. 117.

[38] Ce n’est pas parce que le juge de première instance a estimé « crucial » le caractère momentané de l’excès de vitesse de l’appelant qu’il a compris

conduct could not, as a matter of law, satisfy the *mens rea* requirement. It suggests that he considered the momentariness of the appellant's excessive speed to be an important factor in the circumstances. The trial judge was not required to touch on every circumstantial factor in the course of his analysis, but on those he considered important, so as to explain why he reached his conclusion: *R.E.M.*, at para. 17. Questions about whether the trial judge should have placed less weight on the short duration of speeding, and more weight on the degree to which speeding exceeded the limit, where the speeding occurred, or on other factors relating to the appellant's control of the car and awareness, are not questions of law alone: *J.M.H.*, at para. 28.

[39] There is also no basis for inferring that the trial judge did not compare the appellant's conduct to what a reasonable person would have done in the circumstances in coming to the conclusion that there was "at least a reasonable doubt that [the appellant's] conduct amounted to a marked departure from the standard of a reasonably prudent driver": para. 119 (emphasis added). He understood that what represents a marked departure in the circumstances is a matter of degree, and that the *mens rea* test is fundamentally comparative: paras. 60, 65 and 116. Inferring that the trial judge failed to compare the appellant's conduct to that of a reasonable person because he did not explicitly describe what a reasonable person would have done in the circumstances is tantamount to presuming that he misunderstood the applicable legal principles.

[40] The two questions this Court identified in *Roy*, at para. 36, were set out to assist trial judges in determining whether the *mens rea* test is met in the circumstances. They do not change the nature of the *mens rea* test.

[41] The core issue in this case was the second question in *Roy*, whether the accused's failure to foresee the risk and take steps to avoid it was a *marked* departure from the standard of care expected of a reasonable person in the accused's circumstances. The first question in *Roy*, whether a reasonable

que le comportement de celui-ci ne pouvait pas, en droit, satisfaire à l'exigence de la *mens rea*. Cela tend à indiquer qu'il a considéré que le caractère momentané de l'excès de vitesse de l'appelant constituait un facteur important dans les circonstances. Dans son analyse, le juge était tenu, non pas d'aborder chaque facteur circonstanciel, mais bien ceux qu'il a estimé importants, afin de motiver sa conclusion : *R.E.M.*, par. 17. Les questions de savoir s'il aurait dû accorder moins de poids à la courte durée de l'excès de vitesse, et plus de poids au degré de celui-ci, à l'endroit où il a eu lieu ou à d'autres facteurs ayant trait à la maîtrise par l'appelant de la voiture et à sa conscience, ne constituent pas des questions de droit seulement : *J.M.H.*, par. 28.

[39] Rien ne permet non plus de conclure que le juge du procès n'a pas comparé le comportement de l'appelant à ce qu'aurait fait une personne raisonnable dans les circonstances pour arriver à la conclusion qu'il existait [TRADUCTION] « à tout le moins un doute raisonnable quant au fait que le comportement de [l'appelant] représentait un écart marqué par rapport à la norme qu'aurait respectée un conducteur raisonnablement prudent » : par. 119 (je souligne). Il a compris que ce qui constitue un écart marqué dans les circonstances est une question de degré, et que le critère de la *mens rea* est fondamentalement de nature comparative : par. 60, 65 et 116. Conclure que le juge de première instance n'a pas comparé le comportement de l'appelant à celui d'une personne raisonnable parce qu'il n'a pas décrit explicitement ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances équivaut à présumer qu'il a mal compris les principes juridiques applicables.

[40] Les deux questions que notre Cour a dégagées au par. 36 de l'arrêt *Roy* visent à aider les juges de première instance à décider si le critère de la *mens rea* est respecté dans les circonstances. Elles ne modifient pas la nature de ce critère.

[41] Le point fondamental en l'espèce était la deuxième question dans *Roy*, à savoir si l'omission de l'accusé de prévoir le risque et de prendre les mesures pour l'éviter constituait un écart *marqué* par rapport à la norme de diligence qu'aurait respectée une personne raisonnable dans la même situation que

person in the accused's circumstances would have foreseen the risk and taken steps to avoid it, was not the "substance of what was in issue": *J.M.H.*, at para. 32, citing *Walker*, at para. 20. At trial, the appellant appeared to concede that it could be answered affirmatively: see para. 57. The trial judge was not required to spend his time resolving issues that were effectively uncontested. In any event, the trial judge implicitly answered the first question by finding that the appellant's failure to foresee the risk was aptly described as "a departure or a mere departure from the normal manner of driving": para. 116, citing *R. v. Adams*, 2012 PECA 15, 325 Nfld. & P.E.I.R. 93, at para. 65.

[42] The trial judge was ultimately left with a reasonable doubt as to whether the manner of driving met the *mens rea* standard, that is, whether it supported an inference that the driving was the result of a marked departure from the standard of care. As stated above, whether his decision to acquit on that basis was "reasonable" under the circumstances is not at issue in a Crown appeal such as this one: *J.M.H.*, at para. 25; *Biniaris*, at para. 33. Because I do not find that the trial judge's decision to acquit is tainted by legal error, I would allow the appeal and restore the acquittal.

Appeal dismissed, KARAKATSANIS J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fowler and Blok, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

l'accusé. La première question dans *Roy*, à savoir si une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé aurait prévu le risque et pris les mesures pour l'éviter, ne représentait pas les « éléments essentiels du litige » : *J.M.H.*, par. 32, citant *Walker*, par. 20. L'appelant semble avoir concédé au procès que cette question pouvait recevoir une réponse affirmative : voir par. 57. Le juge du procès n'était pas obligé de consacrer son temps au règlement de questions qui n'étaient en fait pas contestées. Quoi qu'il en soit, il a répondu implicitement à la première question en concluant que l'omission de l'appelant de prévoir le risque était décrite avec justesse comme [TRADUCTION] « un écart ou un simple écart par rapport à la façon normale de conduire » : par. 116, citant *R. c. Adams*, 2012 PECA 15, 325 Nfld. & P.E.I.R. 93, par. 65.

[42] Il subsistait en fin de compte dans l'esprit du juge du procès un doute raisonnable quant à savoir si la façon de conduire satisfaisait au critère de la *mens rea*, c'est-à-dire si elle permettait de conclure qu'elle résultait d'un écart marqué par rapport à la norme de diligence. Comme nous l'avons vu, la question de savoir si sa décision de prononcer un acquittement pour ce motif était « raisonnable » dans les circonstances ne se pose pas dans un appel de la Couronne tel que celui en l'espèce : *J.M.H.*, par. 25; *Biniaris*, par. 33. Comme cette décision n'est pas, à mon avis, entachée d'une erreur de droit, j'accueillerais le pourvoi et je rétablirais l'acquittement.

Pourvoi rejeté, la juge KARAKATSANIS est dissidente.

Procureurs de l'appelant : Fowler and Blok, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Justyn Kyle Napoleon Friesen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General of Alberta,
Criminal Trial Lawyers' Association and
Legal Aid Society of Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. FRIESEN

2020 SCC 9

File No.: 38300.

2019: October 16; 2020: April 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
FOR MANITOBA

Criminal law — Sentencing — Considerations — Sentencing ranges and starting points — Sexual offences against children — Sentencing judge imposing six-year global sentence following accused's guilty plea to offences of sexual interference with young child and attempted extortion of child's mother — Court of Appeal reducing sentence to four years and six months — Whether sentencing ranges for sexual offences against children are still consistent with Parliamentary and judicial recognition of severity of such crimes — Whether Court of Appeal erred by interfering with sentence imposed by sentencing judge.

F encountered the victim's mother on an online dating website. One night, the mother brought F to her residence, where she and F engaged in consensual sexual intercourse

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Justyn Kyle Napoleon Friesen *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général de la Colombie-
Britannique,
procureur général de l'Alberta,
Criminal Trial Lawyers' Association et
Legal Aid Society of Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. FRIESEN

2020 CSC 9

N° du greffe : 38300.

2019 : 16 octobre; 2020 : 2 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
MANITOBA

Droit criminel — Détermination de la peine — Considérations — Fourchettes de peines et points de départ — Infractions d'ordre sexuel contre des enfants — Infliction par le juge chargé de déterminer la peine d'une peine globale de six ans d'emprisonnement à la suite du plaidoyer de culpabilité de l'accusé à des infractions de contacts sexuels avec une jeune enfant et de tentative d'extorsion à l'encontre de la mère de l'enfant — Réduction de la peine à quatre ans et six mois par la Cour d'appel — Les fourchettes de peines pour les infractions d'ordre sexuel contre des enfants s'accordent-elles toujours avec la reconnaissance, par le législateur et les tribunaux, de la gravité de ces crimes? — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en modifiant la peine infligée par le juge chargé de déterminer la peine?

F a rencontré la mère de la victime sur un site Web de rencontre. Une nuit, la mère a conduit F chez elle, où elle et F ont eu des rapports sexuels consensuels dans la

in the mother's bedroom. F then told the mother to bring the victim, her four-year-old daughter, into the bedroom. F and the mother subjected the victim to sexual violence. Her screams and cries awoke the mother's friend who removed the victim from the room. F then threatened the mother that unless she brought the victim back, he would tell the mother's friend that the mother had previously sexually abused her one-year-old son.

F pled guilty to sexual interference with the victim and attempted extortion of the mother. The sentencing judge imposed a six-year sentence for sexual interference and a concurrent six-year sentence for attempted extortion. He determined that the four-to-five year sentencing starting point identified previously by the Manitoba Court of Appeal for major sexual assault committed on a young person within a trust relationship was appropriate even though F did not stand in a position of trust to the victim. The Court of Appeal found that the sentencing judge had erred in principle by applying the starting point, which presumed the existence of a trust relationship, when the sentencing judge had found that there was none. The Court of Appeal conducted a fresh analysis and reduced the sentence to four and one-half years' incarceration for sexual interference and to eighteen months' incarceration to be served concurrently for attempted extortion. The Crown appeals to the Court from the Court of Appeal's interference with the sentence for the sexual interference offence.

Held: The appeal should be allowed and the sentence imposed by the sentencing judge for sexual interference restored.

Appellate courts must generally defer to sentencing judges' decisions and can only intervene to vary a sentence if (1) the sentence is demonstrably unfit or (2) the sentencing judge made an error in principle that had an impact on the sentence. Errors in principle include an error of law, a failure to consider a relevant factor, or erroneous consideration of an aggravating or mitigating factor. If appellate intervention is justified, the court will apply the principles of sentencing afresh to the facts, without deference to the existing sentence, even if that sentence falls within the applicable range. Where an appellate court has found that an error in principle had an impact on the sentence, it is not a further precondition to appellate intervention that the

chambre de cette dernière. F a alors dit à la mère d'emmener la victime, sa fille de quatre ans, dans la chambre. F et la mère ont fait subir de la violence sexuelle à la victime. Ses cris et pleurs ont réveillé l'amie de la mère. Celle-ci a sorti la victime de la chambre. F a ensuite menacé la mère, lui disant que si elle ne ramenait pas la victime, il raconterait à son amie qu'elle avait déjà agressé sexuellement son fils d'un an.

F a plaidé coupable à des accusations de contacts sexuels sur la victime et de tentative d'extorsion à l'encontre de la mère. Le juge chargé de déterminer la peine a infligé une peine de six ans pour contacts sexuels et une peine concurrente de six ans pour tentative d'extorsion. Il a établi qu'il convenait de recourir au point de départ de quatre à cinq ans énoncé par la Cour d'appel du Manitoba pour une agression sexuelle grave commise sur une jeune personne se trouvant dans une relation de confiance, et ce, même si F ne se trouvait pas en situation de confiance vis-à-vis la victime. La Cour d'appel a statué que le juge de la peine avait commis une erreur de principe en appliquant le point de départ, qui présumait l'existence d'une relation de confiance, alors que le juge de la peine avait conclu à l'absence d'une telle relation. La Cour d'appel a procédé à une nouvelle analyse et a réduit la peine à quatre ans et demi d'emprisonnement pour l'infraction de contacts sexuels et à dix-huit mois d'emprisonnement à purger concurremment pour l'infraction de tentative d'extorsion. Le ministère public interjette appel à la Cour de la modification, par la Cour d'appel, de la peine infligée pour l'infraction de contacts sexuels.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la peine infligée par le juge de la peine pour les contacts sexuels est rétablie.

Les cours d'appel doivent généralement s'en remettre aux décisions des juges chargés de déterminer une peine et ne peuvent intervenir pour modifier une peine que si (1) elle n'est manifestement pas indiquée ou (2) le juge de la peine a commis une erreur de principe qui a eu une incidence sur la détermination de la peine. Constituent notamment des erreurs de principe l'erreur de droit, l'omission de tenir compte d'un facteur pertinent ou encore la considération erronée d'un facteur aggravant ou atténuant. Si l'intervention de la cour d'appel est justifiée, la cour appliquera de nouveau les principes de la détermination de la peine aux faits sans faire preuve de déférence envers la peine existante même si celle-ci se situe dans la fourchette

existing sentence is demonstrably unfit or falls outside the range of sentences imposed in the past.

All sentencing starts with the principle that sentences must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. Sentencing judges must also consider the principle of parity: similar offenders who commit similar offences in similar circumstances should receive similar sentences. Parity is an expression of proportionality and gives meaning to proportionality in practice. A proportionate sentence for a given offender and offence cannot be deduced from first principles; instead, judges calibrate the demands of proportionality by reference to the sentences imposed in other cases. Sentencing precedents reflect the range of factual situations in the world, embody the collective experience and wisdom of the judiciary, and are the practical expression of both parity and proportionality.

Appellate courts have a dual role in sentence appeals. They correct errors in sentencing to ensure both that the principles of sentencing are correctly applied and that sentences are not demonstrably unfit, and they have a role in developing the law and providing guidance. Appellate courts will distill many precedents into a single statement, a range of sentences or perhaps a starting point, that sentencing judges can more readily use. As a general rule, appellate courts should give sentencing judges the tools to depart from past precedents and craft fit sentences when a body of precedent no longer responds to society's current understanding and awareness of the gravity of a particular offence and blameworthiness of particular offenders or to the legislative initiatives of Parliament.

Canadian appellate courts often provide guidance in the form of ranges of sentences, which are summaries of the minimum and maximum sentences imposed in the past and serve as guides for the application of all relevant principles and objectives. Some courts use starting points as an alternative. However, sentencing ranges and starting points are guidelines, not hard and fast rules. Appellate

applicable. Lorsque la cour d'appel conclut qu'une erreur de principe a eu un effet sur la peine, le fait que la peine existante ne soit manifestement pas indiquée ou qu'elle se situe à l'extérieur de la fourchette des peines infligées auparavant ne constitue pas une condition préalable supplémentaire requise pour justifier l'intervention de la cour d'appel.

Toute détermination de la peine part du principe que la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Le juge de la peine doit également tenir compte du principe de parité : des délinquants semblables ayant commis des infractions semblables dans des circonstances semblables devraient recevoir des peines semblables. La parité est une manifestation de la proportionnalité et donne un sens à la proportionnalité en pratique. On ne peut déduire des principes de base une peine proportionnelle pour un délinquant et une infraction donnés; les juges calibrent plutôt les exigences de la proportionnalité en regard des peines infligées dans d'autres cas. Les précédents en matière de détermination de la peine reflètent toute la gamme des situations factuelles dans le monde, incarnent l'expérience collective et la sagesse des juges, et représentent l'expression concrète de la parité et de la proportionnalité.

Les cours d'appel jouent un double rôle dans les appels sur sentence. Elles corrigent des erreurs dans la détermination de la peine pour faire en sorte que les principes en la matière soient appliqués comme il se doit et éviter que les peines ne soient manifestement pas indiquées, et il leur revient de développer le droit et de fournir des balises. Les cours d'appel réduisent un grand nombre de précédents en un seul énoncé, un éventail de peines ou peut-être un point de départ que le juge de la peine peut utiliser plus aisément. En règle générale, les cours d'appel devraient donner aux juges qui prononcent les peines les outils voulus pour s'écarter des précédents et établir des peines appropriées lorsqu'un ensemble de précédents ne correspond plus à ce que la société comprend et connaît aujourd'hui de la gravité d'une infraction en particulier et de la culpabilité morale de certains délinquants ou aux initiatives législatives du Parlement.

Les cours d'appel canadiennes fournissent souvent des balises sous la forme de fourchettes de peines, lesquelles sont des condensés des peines minimales et maximales déjà infligées et servent de guides d'application de tous les principes et objectifs pertinents. Certains tribunaux recourent aux points de départ comme solution de rechange. Cependant, les fourchettes de peines et les points

courts cannot treat the departure from or failure to refer to either as an error in principle. Nor can they intervene simply because the sentence is different from the sentence that would have been reached had the range or starting point been applied. Appellate courts cannot interpret or apply the standard of review to enforce ranges or starting points; to do so would be to usurp the role of Parliament in creating categories of offences.

Protecting children from wrongful exploitation and harm is the overarching objective of the legislative scheme of sexual offences against children in the *Criminal Code*. At the sentencing stage, in order to effectively respond to sexual violence against children, sentencing judges need to properly understand the wrongfulness of sexual offences against children and the profound harm that they cause and give effect to both in imposing a sentence. This will help bring sentencing law into line with society's contemporary understanding of the nature and gravity of sexual violence against children and will ensure that past biases and myths do not filter into the sentencing process. Parliament's creation of the modern legislative scheme of sexual offences against children shifted the focus of the sexual offences scheme from sexual propriety to wrongful interference with sexual integrity. The prime interests that the legislative scheme of sexual offences against children protect are the personal autonomy, bodily integrity, sexual integrity, dignity, and equality of children. Emphasis on these interests require courts to focus their attention on emotional and psychological harm, not simply physical harm. In particular, courts need to take into account the wrongfulness and harmfulness of sexual offences against children when applying the proportionality principle, as these factors impact both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender and understanding them is key to imposing a proportionate sentence.

Courts must impose sentences that are commensurate with the gravity of sexual offences against children and that reflect the normative character of the offender's actions and the consequential harm to children and their families, caregivers, and communities. Specifically, courts

de départ sont des lignes directrices, et non des règles absolues. Les cours d'appel ne peuvent considérer l'écart par rapport à une fourchette de peines ou à un point de départ ou l'omission de mentionner l'une ou l'autre comme une erreur de principe. Elles ne peuvent non plus intervenir du simple fait que la peine diffère de celle qui aurait été fixée si l'on avait utilisé la fourchette de peines ou le point de départ. Les cours d'appel ne peuvent interpréter ou appliquer la norme de contrôle afin d'imposer l'application de fourchettes de peines ou de points de départ; cette façon d'agir reviendrait à usurper le rôle du législateur en créant des catégories d'infractions.

Protéger les enfants de l'exploitation illicite et du danger est l'objectif primordial du régime législatif créant les infractions d'ordre sexuel contre des enfants dans le *Code criminel*. Au stade de la détermination de la peine, pour bien s'attaquer à la violence sexuelle contre des enfants, les juges chargés de déterminer une peine doivent bien comprendre le caractère répréhensible des infractions d'ordre sexuel à l'égard d'enfants et les torts considérables qu'elles causent, et donner effet à ces deux facteurs dans l'infliction d'une peine. Cela favorisera l'adaptation des règles de détermination de la peine à la conception que la société se fait actuellement de la nature et de la gravité de la violence sexuelle contre des enfants et empêchera que les préjugés et mythes du passé s'infiltrer dans la détermination de la peine. La création par le législateur du régime moderne des infractions d'ordre sexuel contre des enfants a transformé le régime des infractions d'ordre sexuel contre les enfants mettant l'accent sur la bienséance sexuelle en régime axé sur l'atteinte à l'intégrité sexuelle. Les droits fondamentaux protégés par le régime législatif créant les infractions d'ordre sexuel contre des enfants sont l'autonomie personnelle de ceux-ci, leur intégrité physique et sexuelle, leur dignité et leur égalité. L'insistance sur ces droits oblige les tribunaux à se concentrer sur le préjudice émotionnel et psychologique, et non simplement sur le préjudice corporel. Les tribunaux doivent notamment tenir compte du caractère répréhensible et de la nocivité des infractions d'ordre sexuel contre des enfants lorsqu'ils appliquent le principe de proportionnalité, car ces facteurs ont une incidence sur la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du délinquant et il est primordial de bien les comprendre pour imposer une peine proportionnelle.

Les tribunaux doivent infliger des peines qui correspondent à la gravité des infractions d'ordre sexuel commises contre des enfants et qui reflètent le caractère normatif des actes du délinquant et les torts qu'ils causent aux enfants, à leurs familles, à leurs gardiens et à leurs

must recognize and give effect to (1) the inherent wrongfulness of these offences; (2) the potential harm to children that flows from these offences; and (3) the actual harm that children suffer as a result of these offences. Sexual offences against children are inherently wrongful and always put children at risk of serious harm, even as the degree of wrongfulness, the extent to which potential harm materializes, and actual harm vary from case to case.

Courts must also take the modern recognition of the wrongfulness and harmfulness of sexual violence against children into account when determining the offender's degree of responsibility. Intentionally applying force of a sexual nature to a child is highly morally blameworthy because the offender is or ought to be aware that this action can profoundly harm the child, because it involves the wrongful exploitation of the child by the offender, and because children are so vulnerable. Courts must give proper weight in sentencing to the offender's underlying attitudes because they are highly relevant to assessing the offender's moral blameworthiness and to the sentencing objective of denunciation. The fact that the victim is a child increases the offender's degree of responsibility.

Parliament has determined that sentences for sexual offences against children should increase to match its view of the gravity of such offences. It has increased maximum sentences for these offences and prioritized denunciation and deterrence in sentencing. Parliament's decision to repeatedly increase maximum sentences for sexual offences against children should be understood as shifting the distribution of proportionate sentences for these offences. To respect Parliament's decision, courts should generally impose higher sentences than the sentences imposed in cases that preceded the increases in maximum sentences. Parliament's decision to prioritize denunciation and deterrence for offences that involve the abuse of children by enacting s. 718.01 of the *Criminal Code* confirms the need for courts to impose more severe sanctions for sexual offences against children.

A national starting point or sentencing range for sexual offences against children should not be created by the

collectivités. Plus précisément, les tribunaux doivent reconnaître et traduire (1) le caractère répréhensible inhérent à ces infractions; (2) le préjudice que ces infractions peuvent faire subir aux enfants; (3) le préjudice que ces infractions causent bel et bien aux enfants. Les infractions d'ordre sexuel contre des enfants sont intrinsèquement répréhensibles et les exposent toujours au risque de subir un grave préjudice, et ce, même si le degré de faute, la mesure dans laquelle les torts potentiels se matérialisent et le préjudice réel varient d'un cas à l'autre.

Les tribunaux doivent aussi prendre en considération la reconnaissance moderne du caractère répréhensible et de la nocivité de la violence sexuelle faite aux enfants au moment d'établir le degré de responsabilité du délinquant. L'emploi intentionnel d'une force de nature sexuelle à l'endroit d'un enfant est hautement blâmable sur le plan moral parce que le délinquant sait ou devrait savoir que cet acte peut faire beaucoup de mal à l'enfant, car le recours à cette force implique l'exploitation illicite de l'enfant par le délinquant et que les enfants sont si vulnérables. Les tribunaux doivent accorder le poids qu'il convient aux attitudes sous-jacentes du délinquant, car celles-ci sont très pertinentes pour évaluer sa culpabilité morale et en ce qui a trait à l'objectif de dénonciation. Le fait que la victime est un enfant a pour effet d'accroître le degré de responsabilité du délinquant.

Le législateur a décidé que les peines infligées pour les infractions d'ordre sexuel commises contre des enfants doivent être alourdies afin de correspondre à l'opinion qu'il se fait de leur gravité. Il a augmenté les peines maximales pour ces infractions et privilégié la dénonciation et la dissuasion au chapitre de la détermination de la peine. La décision du législateur d'augmenter à plusieurs reprises les peines maximales prévues pour les infractions d'ordre sexuel contre des enfants devrait être considérée comme un changement de la répartition des peines proportionnelles pour ces infractions. Afin de respecter la décision du législateur d'augmenter les peines maximales, les tribunaux devraient généralement infliger des peines plus lourdes que celles qui étaient infligées avant les augmentations. La décision du législateur de privilégier la dénonciation et la dissuasion dans le cas des infractions qui constituent de mauvais traitements à l'endroit d'enfants en adoptant l'art. 718.01 du *Code criminel* confirme la nécessité pour les tribunaux d'imposer des sanctions plus sévères pour les infractions d'ordre sexuel commises contre des enfants.

La Cour ne doit pas créer un point de départ ou une fourchette de peines à l'échelle nationale pour les

Court. The appropriate length and the setting of sentencing ranges or starting points are best left to provincial appellate courts. Nonetheless, to ensure that sentences for sexual offences against children correspond to Parliament's legislative initiatives and the contemporary understanding of the profound harm that sexual violence against children causes, guidance on three specific points is required.

First, upward departure from prior precedents and sentencing ranges should occur for sexual offences against children because Parliament increased the maximum sentences for these offences and because society's understanding of the gravity and harmfulness of these offences has deepened. Courts are justified in departing from dated precedents that do not reflect society's current awareness of the impact of sexual violence on children in imposing a fit sentence. There is concern about sentencing ranges based on precedents that appear to restrict sentencing judges' discretion by imposing caps on sentences that can only be exceeded in exceptional circumstances. Sexual offences against children can cover a wide variety of circumstances and appellate guidance should make clear that sentencing judges can respond to this reality by imposing sentences that reflect increases in the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. Imposing proportionate sentences will frequently require substantial sentences. Parliament's statutory amendments have strengthened that message. Mid-single digit penitentiary terms for sexual offences against children are normal and upper-single digit and double digit penitentiary terms should be neither unusual nor reserved for rare or exceptional circumstances. A maximum sentence should be imposed whenever the circumstances warrant it.

Second, sexual offences against children should generally be punished more severely than sexual offences against adults, as Parliament has determined by clear indication in the *Criminal Code*. Accordingly, provincial appellate courts are directed to revise and rationalize sentencing ranges and starting points where they have treated sexual violence against children and sexual violence against adults similarly.

infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Il vaut mieux laisser aux cours d'appel provinciales le soin d'apprécier la durée de la peine et d'établir des fourchettes de peines ou des points de départ. Néanmoins, afin de veiller à ce que les peines infligées pour les infractions d'ordre sexuel contre les enfants correspondent aux initiatives législatives du Parlement et à la compréhension actuelle du tort immense que cause la violence sexuelle aux enfants, il faut donner des directives concernant trois points.

Premièrement, on doit s'écarter vers le haut des précédents et des fourchettes de peines antérieures pour les infractions d'ordre sexuel contre des enfants parce que le législateur a haussé les peines maximales pour ces infractions et que la société comprend mieux la gravité et la nocivité de celles-ci. Les tribunaux devraient s'écarter des précédents désuets qui ne reflètent pas la reconnaissance actuelle par la société des répercussions de la violence sexuelle sur les enfants pour imposer une peine juste. Il y a lieu de se préoccuper des fourchettes de peines fondées sur des précédents qui semblent restreindre le pouvoir discrétionnaire des juges en fixant des plafonds sur les peines qui peuvent être dépassés uniquement dans des circonstances exceptionnelles. Les infractions d'ordre sexuel contre des enfants peuvent être commises dans un vaste éventail de circonstances et les directives des cours d'appel doivent indiquer clairement que les juges appelés à déterminer une peine peuvent tenir compte de cette réalité par l'infliction de peines qui reflètent l'accroissement de la gravité de l'infraction et du degré de responsabilité du délinquant. L'infliction de peines proportionnelles nécessite fréquemment de lourdes peines. Les modifications du législateur ont renforcé ce message. Des peines d'emprisonnement se situant dans la portion centrale des peines inférieures à 10 ans infligées pour des infractions d'ordre sexuel à l'égard d'enfants sont normales, et des peines se situant dans la portion supérieure des peines de moins de 10 ans, ainsi que des peines de 10 ans et plus, ne devraient être ni inusitées ni réservées aux circonstances rares et exceptionnelles. Une peine maximale devrait être infligée chaque fois que les circonstances le justifient.

Deuxièmement, les infractions d'ordre sexuel contre des enfants devraient généralement être punies plus sévèrement que les infractions d'ordre sexuel contre des adultes, ce que le législateur a indiqué clairement dans le *Code criminel*. En conséquence, directive est donnée aux cours d'appel provinciales de revoir et de rationaliser les fourchettes de peines et les points de départ dans les cas où elles ont traité la violence sexuelle à l'égard des enfants et à l'égard des adultes de la même façon.

Third, treating the offence of sexual interference with a child as less serious than that of sexual assault of a person under the age of 16 is an error of law. Parliament has established the same maximum sentences for both offences. The elements of the offences are also similar, and a conviction for sexual assault of a child and for sexual interference with a child can frequently be supported on the same factual foundation.

In order to promote the uniform application of the law of sentencing, the following non-exhaustive significant factors to determine a fit sentence for sexual offences against children must be considered. First, the higher the offender's risk to reoffend, the more the court needs to emphasize the sentencing objective of separating the offender from society to protect vulnerable children from wrongful exploitation and harm. Second, an offender who abuses a position of trust to commit a sexual offence against a child should receive a lengthier sentence than an offender who is a stranger to the child. Any breach of trust is likely to increase the harm to the victim and thus the gravity of the offence, and it also increases the offender's degree of responsibility. Third, sexual violence against children that is committed on multiple occasions and for longer periods of time should attract significantly higher sentences that reflect the full cumulative gravity of the crime and the offender's increased degree of responsibility. Fourth, the age of the victim is also a significant aggravating factor because children who are particularly young are even more vulnerable to sexual violence. The moral blameworthiness of the offender is enhanced in such cases. Fifth, defining a sentencing range based on the specific type of sexual activity at issue poses several dangers. In particular, courts must be careful to avoid the following errors: attributing intrinsic significance to the occurrence or non-occurrence of sexual acts based on traditional notions of sexual propriety; assuming that there is correlation between the type of physical act and the harm to the child; failing to recognize the wrongfulness of sexual violence in cases where the degree of physical interference is less pronounced; and understanding the degree of physical interference factor in terms of a type of hierarchy of physical acts. Sixth, a child's participation is not a mitigating factor, nor should it be a legally relevant consideration at sentencing. In particular, a child's non-resistance should not be equated to "*de facto* consent"; a victim's participation should not distract the court from the harm that the victim suffers as a result of sexual violence; a breach of trust or grooming that led to the victim's participation is an aggravating factor;

Troisièmement, traiter l'infraction de contacts sexuels avec un enfant comme étant moins grave que celle d'agression sexuelle d'une personne âgée de moins de 16 ans constitue une erreur de droit. Le législateur a fixé les mêmes peines maximales pour les deux infractions. Les éléments des infractions sont également similaires et une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle à l'égard d'un enfant et pour contacts sexuels à l'égard d'un enfant repose souvent sur les mêmes faits.

Afin de promouvoir l'application uniforme du droit de la détermination de la peine, il faut prendre en considération les facteurs importants non exhaustifs qui suivent pour fixer une peine juste en cas d'infraction d'ordre sexuel contre des enfants. En premier lieu, plus le délinquant représente un risque élevé de récidive, plus le tribunal doit privilégier l'objectif d'isoler le délinquant de la société en vue de protéger les enfants vulnérables de l'exploitation fautive et du danger. En deuxième lieu, un délinquant qui abuse de la situation de confiance dont il jouit pour commettre une infraction d'ordre sexuel contre un enfant devrait recevoir une peine plus longue que le délinquant qui est un étranger pour l'enfant. Tout abus de confiance est susceptible d'accroître le préjudice causé à la victime et, partant, la gravité de l'infraction, en plus d'accroître le degré de responsabilité du délinquant. En troisième lieu, la violence sexuelle commise à plusieurs reprises et pendant de plus longues périodes à l'égard d'enfants devrait donner lieu à des peines beaucoup plus lourdes reflétant toute la gravité cumulative du crime et le degré de responsabilité accru du délinquant. En quatrième lieu, l'âge de la victime constitue lui aussi un facteur aggravant important parce que les enfants particulièrement jeunes sont encore plus vulnérables à la violence sexuelle. La culpabilité morale du délinquant est accentuée dans de tels cas. En cinquième lieu, le fait de définir une fourchette de peines en fonction du type précis d'activité sexuelle en cause présente plusieurs dangers. Plus particulièrement, les tribunaux doivent faire attention d'éviter les erreurs suivantes : accorder une importance intrinsèque à l'existence ou à l'inexistence d'actes sexuels sur la base de la notion traditionnelle de bienséance sexuelle; présumer qu'il existe une corrélation entre le type d'acte physique et le préjudice causé à l'enfant; ne pas reconnaître le caractère répréhensible de la violence sexuelle même dans les cas où l'atteinte à l'intégrité physique est moins prononcée; et concevoir le facteur du degré d'atteinte à l'intégrité physique en fonction d'une sorte de hiérarchie des actes physiques. En sixième lieu, la participation d'un enfant n'est pas un facteur atténuant, et ce facteur ne doit

and, adults always have a responsibility to refrain from engaging in sexual violence towards children.

In the present case, the Court of Appeal based its intervention on an error in principle that the sentencing judge did not make. It is not an accurate characterization of the sentencing judge's reasons that his choice of the four-to-five-year starting point demonstrated he relied on the aggravating factor of abuse of a position of trust that he had found did not exist. Rather, he determined that it was appropriate to employ a four-to-five-year starting point because the aggravating circumstances of the case warranted it. The sentencing judge sought to exercise his discretion in a way that gave effect to the principles of sentencing, in light of the circumstances of the case, and his decision should be accorded deference. He was entitled to conclude that the aggravating factors were so serious as to place the case on par with the starting point the Manitoba Court of Appeal had set for major sexual assault committed on a young person within a trust relationship. Since the Court of Appeal did not identify any other error and concluded the sentencing judge appropriately balanced the aggravating and mitigating factors, it should not have intervened. This case exemplifies the danger of treating starting points as binding laws. Rather than focusing on whether the sentencing judge chose the right starting point, the Court of Appeal should have focused on whether the sentence was fit and, most fundamentally, whether the sentencing judge properly applied the principles of sentencing.

The sentence was also not demonstrably unfit. Far from being so excessive, the sentence was on the lenient end of the spectrum of fit sentences. The sentencing judge took a careful approach to many of the significant factors previously discussed: he properly recognized the immediate and long-term harm to the victim that F's conduct caused; appreciated the incredibly aggravating nature of the victim's young age; and properly emphasized separation of the offender from society. The fact that the sentencing judge found that F did not stand in a position of trust does not make the sentence unfit. F's moral blameworthiness is heightened because he knowingly decided to exploit the

pas non plus être pertinent en droit lors de la détermination de la peine. Plus précisément, l'absence de résistance de l'enfant ne doit pas être assimilée à un « consentement *de facto* »; la participation d'une victime ne doit pas détourner l'attention de la cour du préjudice que subit la victime par suite de la violence sexuelle; l'abus de confiance ou la manipulation qui est à l'origine de la participation de la victime est un facteur aggravant et il incombe toujours aux adultes de s'abstenir de se livrer à de la violence sexuelle sur des enfants.

En l'espèce, la Cour d'appel a fondé son intervention sur une erreur de principe que le juge chargé de déterminer la peine n'avait pas commise. Affirmer que le choix du juge de la peine de recourir au point de départ de quatre à cinq ans démontrait qu'il s'était appuyé sur le facteur aggravant de l'abus de confiance dont il avait conclu à l'inexistence participe d'une description erronée de ses motifs. Il a plutôt conclu à l'opportunité de recourir à un point de départ de quatre à cinq ans parce que les circonstances aggravantes de l'affaire le justifiaient. Le juge de la peine a voulu exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à donner effet aux principes de détermination de la peine, compte tenu des circonstances de l'affaire, et sa décision commande la déférence. Il était en droit de conclure que les facteurs aggravants étaient importants au point d'élever l'affaire au niveau du point de départ qu'avait établi la Cour d'appel du Manitoba pour l'agression sexuelle grave commise sur une jeune personne en relation de confiance. Étant donné que la Cour d'appel n'a fait état d'aucune autre erreur et qu'elle a conclu que le juge de la peine avait bien soupesé les facteurs aggravants et les facteurs atténuants, elle n'aurait pas dû intervenir. La présente affaire illustre bien le danger de considérer les points de départ comme des règles de droit contraignantes. Au lieu de se demander si le juge de la peine avait choisi le bon point de départ, la Cour d'appel aurait dû se demander si la peine était juste, et plus fondamentalement, si le juge de la peine avait bien appliqué les principes de détermination de la peine.

La peine n'était pas non plus manifestement non indiquée. Loin d'être si excessive, la peine se situait à l'extrémité clémente du spectre des peines appropriées. Le juge de la peine a abordé de façon consciencieuse bon nombre des facteurs importants analysés précédemment : il a reconnu à juste titre le préjudice immédiat et à long terme qu'a causé à la victime la conduite de F; il a bien compris le caractère extrêmement aggravant du jeune âge de la victime; et il a à bon droit privilégié l'isolement du délinquant. Le fait que le juge de la peine a conclu que F n'était pas en situation de confiance ne rend pas non plus la peine non indiquée. La culpabilité morale de F est d'autant

mother's relationship of trust and thus was complicit in the mother's breach of trust. Even if the mother had not stood in a position of trust, the fact that F coordinated the sexual violence against the victim with the mother would be an aggravating factor. The sentencing judge properly weighed the mitigating factors against the aggravating factors and the need to prioritize denunciation and deterrence as well as separation of F from society because of the high risk he posed to children. This all supported a reasoned and principled basis to impose a substantial custodial term.

Cases Cited

Applied: *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; **approved:** *R. v. Woodward*, 2011 ONCA 610, 107 O.R. (3d) 81; *R. v. S. (J.)*, 2018 ONCA 675, 142 O.R. (3d) 81; *R. v. D. (D.)* (2002), 58 O.R. (3d) 788; **referred to:** *R. v. Sidwell*, 2015 MBCA 56, 319 Man.R. (2d) 144; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Ramage*, 2010 ONCA 488, 257 C.C.C. (3d) 261; *R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Wilmott*, [1966] 2 O.R. 654; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Wells*, 2000 SCC 10, [2000] 1 S.C.R. 207; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. Arcand*, 2010 ABCA 363, 40 Alta. L.R. (5th) 199; *R. v. Suter*, 2018 SCC 34, [2018] 2 S.C.R. 496; *R. v. Parranto*, 2019 ABCA 457, 98 Alta. L.R. (6th) 114; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *R. v. L. (J.-J.)* (1998), 126 C.C.C. (3d) 235; *R. v. Mills*, 2019 SCC 22, [2019] 2 S.C.R. 320; *R. v. M. (D.)*, 2012 ONCA 520, 111 O.R. (3d) 721; *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *R. v. Rafiq*, 2015 ONCA 768, 342 O.A.C. 193; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. F. (D.G.)*, 2010 ONCA 27, 98 O.R. (3d) 241; *R. v. Stuckless*, 2019 ONCA 504, 146 O.R. (3d) 752; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Hajar*, 2016 ABCA 222, 39 Alta. L.R. (6th) 209; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. J.R.G.*, [2013] B.C.J. No. 1401 (QL); *R. v. Stuckless*, 2016 ONCJ 338; *R. v. D.R.W.*, 2012 BCCA 454, 330 B.C.A.C. 18; *R. v. L.M.*, 2019 ONCA 945, 59 C.R. (7th) 410; *R. v. Rayo*, 2018 QCCA 824; *R. v. T. (K.)*, 2008 ONCA 91, 89 O.R. (3d) 99; *R. v. N.G.*, 2015 MBCA 81, 323 Man.R. (2d) 73; *R. v. C. (S.)*, 2019

plus grande qu'il a sciemment décidé de profiter du lien de confiance dont jouissait la mère et de se rendre ainsi complice de l'abus de confiance commis par celle-ci. Même si la mère n'avait pas été en situation de confiance, le fait que F ait coordonné la violence sexuelle contre la victime avec la mère constituerait un facteur aggravant. Le juge de la peine a bien soupesé les facteurs atténuants par rapport aux facteurs aggravants et à la nécessité de privilégier la dénonciation et la dissuasion ainsi que l'isolement de F en raison du risque élevé qu'il présentait pour les enfants. Tout cela étayait une justification motivée et fondée sur des principes permettant d'infliger une peine de détention d'une durée appréciable.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; **arrêts approuvés :** *R. c. Woodward*, 2011 ONCA 610, 107 O.R. (3d) 81; *R. c. S. (J.)*, 2018 ONCA 675, 142 O.R. (3d) 81; *R. c. D. (D.)* (2002), 58 O.R. (3d) 788; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sidwell*, 2015 MBCA 56, 319 Man.R. (2d) 144; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Ramage*, 2010 ONCA 488, 257 C.C.C. (3d) 261; *R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Wilmott*, [1966] 2 O.R. 654; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Wells*, 2000 CSC 10, [2000] 1 R.C.S. 207; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. Arcand*, 2010 ABCA 363, 40 Alta. L.R. (5th) 199; *R. c. Suter*, 2018 CSC 34, [2018] 2 R.C.S. 496; *R. c. Parranto*, 2019 ABCA 457, 98 Alta. L.R. (6th) 114; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. L. (J.-J.)*, [1998] R.J.Q. 971; *R. c. Mills*, 2019 CSC 22, [2019] 2 R.C.S. 230; *R. c. M. (D.)*, 2012 ONCA 520, 111 O.R. (3d) 721; *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *R. c. Rafiq*, 2015 ONCA 768, 342 O.A.C. 193; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. F. (D.G.)*, 2010 ONCA 27, 98 O.R. (3d) 241; *R. c. Stuckless*, 2019 ONCA 504, 146 O.R. (3d) 752; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Hajar*, 2016 ABCA 222, 39 Alta. L.R. (6th) 209; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. J.R.G.*, [2013] B.C.J. No. 1401 (QL); *R. c. Stuckless*, 2016 ONCJ 338; *R. c. D.R.W.*, 2012 BCCA 454, 330 B.C.A.C. 18; *R. c. L.M.*, 2019 ONCA 945, 59 C.R. (7th) 410; *R. c. Rayo*, 2018 QCCA 824; *R. c. T. (K.)*, 2008 ONCA 91, 89 O.R. (3d) 99; *R. c. N.G.*, 2015 MBCA 81, 323 Man.R. (2d) 73; *R. c. C. (S.)*, 2019

ONCA 199, 145 O.R. (3d) 711; *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Vizslai*, 2015 BCCA 495, 333 C.C.C. (3d) 234; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551; *R. v. L.V.*, 2016 SKCA 74, 480 Sask.R. 181; *R. v. Gabriel* (1999), 137 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3; *R. v. L.F.W.*, 2000 SCC 6, [2000] 1 S.C.R. 132; *R. v. L.F.W.* (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 115; *R. v. Scofield*, 2019 BCCA 3, 52 C.R. (7th) 379; *R. v. Hood*, 2018 NSCA 18, 45 C.R. (7th) 269; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3; *R. v. Legare*, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551; *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. v. Sanatkar* (1981), 64 C.C.C. (2d) 325; *R. v. Bergeron*, 2013 QCCA 7; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Régnier*, 2018 QCCA 306; *R. v. Vautour*, 2016 BCCA 497; *R. v. Williams*, 2019 BCCA 295; *R. v. Vokey*, 2000 NFCA 14, 186 Nfld. & P.E.I.R. 1; *R. v. G.M.*, 2015 BCCA 165, 371 B.C.A.C. 44; *R. v. M. (S.J.)*, 2009 ONCA 244, 247 O.A.C. 178; *R. v. A.B.*, 2015 NLCA 19, 365 Nfld. & P.E.I.R. 160; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. R.M.S.* (1997), 92 B.C.A.C. 148; *R. v. Gallant*, 2004 NSCA 7, 220 N.S.R. (2d) 318; *R. v. Aird*, 2013 ONCA 447, 307 O.A.C. 183; *R. v. R.B.*, 2017 ONCA 74; *R. v. Vigon*, 2016 ABCA 75, 612 A.R. 292; *R. v. J.R.* (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 246; *R. v. J.L.*, 2015 ONCJ 777, aff'd 2016 ONCA 593; *R. v. G. (P.G.)*, 2014 ONCJ 369; *R. v. S. (W.B.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530; *R. v. O.M.*, 2009 BCCA 287, 272 B.C.A.C. 236; *R. v. Stuckless* (1998), 41 O.R. (3d) 103; *R. v. Magoon*, 2018 SCC 14, [2018] 1 S.C.R. 309; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *R. v. G. (T.L.)*, 2006 ABCA 313, 214 C.C.C. (3d) 353; *R. v. R.W.T.*, 2006 MBCA 91, 208 Man.R. (2d) 60; *R. v. Deck*, 2006 ABCA 92, 384 A.R. 106; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488; *R. v. Caron Barrette*, 2018 QCCA 516, 46 C.R. (7th) 400; *R. v. Iron*, 2005 SKCA 84, 269 Sask.R. 51; *R. v. R.W.V.*, 2012 BCCA 290, 323 B.C.A.C. 285; *R. v. E.C.*, 2019 ONCA 688; *R. v. Norton*, 2016 MBCA 79, 330 Man.R. (2d) 261; *R. v. Revet*, 2010 SKCA 71, 256 C.C.C. (3d) 159; *R. v. P.M.* (2002), 155 O.A.C. 242; *R. v. F. (G.C.)* (2004), 71 O.R. (3d) 771; *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171; *R. v. J.D.*, 2015 ONSC 5857; *R. v. Arbuthnot*, 2009 MBCA 106, 245 Man.R. (2d) 244; *R. v. Hutchings*, 2012 NLCA 2, 316 Nfld. & P.E.I.R. 211; *R. v. Desjardins*, 2015 QCCA 1774; *R. v. Adams*, 2010 NSCA 42, 255 C.C.C. (3d) 150; *R. v. Punko*, 2010 BCCA 365, 258 C.C.C. (3d)

ONCA 199, 145 O.R. (3d) 711; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Vizslai*, 2015 BCCA 495, 333 C.C.C. (3d) 234; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551; *R. c. L.V.*, 2016 SKCA 74, 480 Sask.R. 181; *R. c. Gabriel* (1999), 137 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3; *R. c. L.F.W.*, 2000 CSC 6, [2000] 1 R.C.S. 132; *R. c. L.F.W.* (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 115; *R. c. Scofield*, 2019 BCCA 3, 52 C.R. (7th) 379; *R. c. Hood*, 2018 NSCA 18, 45 C.R. (7th) 269; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3; *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551; *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. c. Sanatkar* (1981), 64 C.C.C. (2d) 325; *R. c. Bergeron*, 2013 QCCA 7; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Régnier*, 2018 QCCA 306; *R. c. Vautour*, 2016 BCCA 497; *R. c. Williams*, 2019 BCCA 295; *R. c. Vokey*, 2000 NFCA 14, 186 Nfld. & P.E.I.R. 1; *R. c. G.M.*, 2015 BCCA 165, 371 B.C.A.C. 44; *R. c. M. (S.J.)*, 2009 ONCA 244, 247 O.A.C. 178; *R. c. A.B.*, 2015 NLCA 19, 365 Nfld. & P.E.I.R. 160; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. R.M.S.* (1997), 92 B.C.A.C. 148; *R. c. Gallant*, 2004 NSCA 7, 220 N.S.R. (2d) 318; *R. c. Aird*, 2013 ONCA 447, 307 O.A.C. 183; *R. c. R.B.*, 2017 ONCA 74; *R. c. Vigon*, 2016 ABCA 75, 612 A.R. 292; *R. c. J.R.* (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 246; *R. c. J.L.*, 2015 ONCJ 777, conf. par 2016 ONCA 593; *R. c. G. (P.G.)*, 2014 ONCJ 369; *R. c. S. (W.B.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530; *R. c. O.M.*, 2009 BCCA 287, 272 B.C.A.C. 236; *R. c. Stuckless* (1998), 41 O.R. (3d) 103; *R. c. Magoon*, 2018 CSC 14, [2018] 1 R.C.S. 309; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *R. c. G. (T.L.)*, 2006 ABCA 313, 214 C.C.C. (3d) 353; *R. c. R.W.T.*, 2006 MBCA 91, 208 Man.R. (2d) 60; *R. c. Deck*, 2006 ABCA 92, 384 A.R. 106; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] 1 R.C.S. 488; *R. c. Caron Barrette*, 2018 QCCA 516, 46 C.R. (7th) 400; *R. c. Iron*, 2005 SKCA 84, 269 Sask.R. 51; *R. c. R.W.V.*, 2012 BCCA 290, 323 B.C.A.C. 285; *R. c. E.C.*, 2019 ONCA 688; *R. c. Norton*, 2016 MBCA 79, 330 Man.R. (2d) 261; *R. c. Revet*, 2010 SKCA 71, 256 C.C.C. (3d) 159; *R. c. P.M.* (2002), 155 O.A.C. 242; *R. c. F. (G.C.)* (2004), 71 O.R. (3d) 771; *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171; *R. c. J.D.*, 2015 ONSC 5857; *R. c. Arbuthnot*, 2009 MBCA 106, 245 Man.R. (2d) 244; *R. c. Hutchings*, 2012 NLCA 2, 316 Nfld. & P.E.I.R. 211; *R. c. Desjardins*, 2015 QCCA 1774; *R. c. Adams*, 2010 NSCA 42, 255 C.C.C. (3d) 150; *R. c. Punko*, 2010 BCCA 365, 258 C.C.C. (3d) 144; *R. c.*

144; *R. v. Draper*, 2010 MBCA 35, 253 C.C.C. (3d) 351; *R. v. J.V.*, 2014 QCCA 1828; *R. v. Chicoine*, 2019 SKCA 104, 381 C.C.C. (3d) 43; *R. v. Ahmed*, 2017 ONCA 76, 136 O.R. (3d) 403; *R. v. Barrett*, 2013 QCCA 1351; *R. v. Sahota*, 2015 ONCA 336; *R. v. Carreira*, 2015 ONCA 639, 337 O.A.C. 396; *R. v. Anderson* (1992), 74 C.C.C. (3d) 523; *R. v. C.D.* (1991), 75 Man.R. (2d) 14; *R. v. T.L.B.*, 2007 ABCA 61, 409 A.R. 40; *R. v. Kennedy* (1999), 140 C.C.C. (3d) 378; *R. v. Cheddesingh*, 2004 SCC 16, [2004] 1 S.C.R. 433; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *R. v. M.J.*, 2016 ONSC 2769, [2016] O.J. No. 3177 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 1.
Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act, S.C. 2005, c. 32.
Canadian Victims Bill of Rights, S.C. 2015, c. 13, s. 2.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 “victim”, 150.1(2.1), (2.2), (2.3), 151, 152, 153, 155, 160(3), 161, 163.1(2), (3), (4), (4.1), 170, 171, 171.1, 172.1, 172.2, 173(2), 212(4) [rep. 2014, c. 25, s. 13], 271, 272, 279.011, 279.02(2), 279.03(2), 280(1), 281, 286.1(2), 286.2(2), 286.3(2), 346(1), 348.1, 718, 718.01, 718.1, 718.2(a)(ii.1), (a)(iii), (b), (c) and 722.
Protection of Communities and Exploited Persons Act, S.C. 2014, c. 25, s. 13.
Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6.
Tougher Penalties for Child Predators Act, S.C. 2015, c. 23, ss. 2 to 4.

Treaties and Other International Instruments

United Nations. General Assembly. *Report of the independent expert for the United Nations study on violence against children*, U.N. Doc. A/61/299, August 29, 2006.

Authors Cited

Bala, Nicholas. “Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System”, in Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman and Monique Ouellette, eds., *Discrimination in the law and the administration of justice*, Montréal: Thémis, 1993, 232.
 Bauman, Carol-Ann. “The Sentencing of Sexual Offences against Children” (1998), 17 *C.R.* (5th) 352.
 Benedet, Janine. “Sentencing for Sexual Offences Against Children and Youth: Mandatory Minimums, Proportionality and Unintended Consequences” (2019), 44 *Queen’s L.J.* 284.

Draper, 2010 MBCA 35, 253 C.C.C. (3d) 351; *R. c. J.V.*, 2014 QCCA 1828; *R. c. Chicoine*, 2019 SKCA 104, 381 C.C.C. (3d) 43; *R. c. Ahmed*, 2017 ONCA 76, 136 O.R. (3d) 403; *R. c. Barrett*, 2013 QCCA 1351; *R. c. Sahota*, 2015 ONCA 336; *R. c. Carreira*, 2015 ONCA 639, 337 O.A.C. 396; *R. c. Anderson* (1992), 74 C.C.C. (3d) 523; *R. c. C.D.* (1991), 75 Man.R. (2d) 14; *R. c. T.L.B.*, 2007 ABCA 61, 409 A.R. 40; *R. c. Kennedy* (1999), 140 C.C.C. (3d) 378; *R. c. Cheddesingh*, 2004 CSC 16, [2004] 1 R.C.S. 433; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *R. c. M.J.*, 2016 ONSC 2769, [2016] O.J. No. 3177 (QL).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits de la victime, L.C. 2015, c. 13, art. 2.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 2 « victime », 150.1(2.1), (2.2), (2.3), 151, 152, 153, 155, 160(3), 161, 163.1(2), (3), (4), (4.1), 170, 171, 171.1, 172.1, 172.2, 173(2), 212(4) [abr. 2014, c. 25, s. 13], 271, 272, 279.011, 279.02(2), 279.03(2), 280(1), 281, 286.1(2), 286.2(2), 286.3(2), 346(1), 348.1, 718, 718.01, 718.1, 718.2(a)(ii.1), (a)(iii), (b), (c) et 722.
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. 19 (3^e suppl.), art. 1.
Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d’autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada, L.C. 2005, c. 32.
Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6.
Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d’exploitation, L.C. 2014, c. 25, art. 13.
Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d’enfants, L.C. 2015, c. 23, arts. 2 à 4.

Traités et autres instruments internationaux

Nations Unies. Assemblée générale. *Rapport de l’expert indépendant chargé de l’étude des Nations Unies sur la violence à l’encontre des enfants*, Doc. N.U. A/61/299, 29 août 2006.

Doctrine et autres documents cités

Bala, Nicholas. « Double Victims : Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System », dans Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman et Monique Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l’administration de la justice*, Montréal, Thémis, 1993, 232.
 Bauman, Carol-Ann. « The Sentencing of Sexual Offences against Children » (1998), 17 *C.R.* (5th) 352.
 Benedet, Janine. « Sentencing for Sexual Offences Against Children and Youth : Mandatory Minimums, Proportionality and Unintended Consequences » (2019), 44 *Queen’s L.J.* 284.

- Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswell, 1984.
- British Columbia. Representative for Children and Youth. *Too Many Victims: Sexualized Violence in the Lives of Children and Youth in Care*. Victoria, 2016.
- Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children: Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
- Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division, *Just Facts: Sexual Violations against Children and Child Pornography*, March 2019 (online: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/jr/jf-pf/2019/docs/mar02.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC9_1_eng.pdf).
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 4, 1986, at p. 1037.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 140, No. 7, 1st Sess., 38th Parl., October 13, 2004, at p. 322.
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on Human Rights, *The Sexual Exploitation of Children in Canada: the Need for National Action*, November 2011 (online: <https://sencanada.ca/content/sen/Committee/411/ridr/rep/rep03nov11-e.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC9_2_eng.pdf).
- Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution, *Pornography and Prostitution in Canada: Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution*, vol. 1 and vol. 2. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985.
- Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Police-reported sexual offences against children and youth in Canada, 2012*, by Adam Cotter and Pascale Beaupré. Minister of Industry, 2014.
- Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Victimization of Aboriginal people in Canada, 2014*, by Jillian Boyce. Minister of Industry, 2016.
- Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Violent victimization of women with disabilities, 2014*, by Adam Cotter. Minister of Industry, 2018.
- Craig, Elaine. *Troubling Sex: Towards a Legal Theory of Sexual Integrity*. Vancouver: UBC Press, 2012.
- Desrosiers, Julie, et Geneviève Beausoleil-Allard. *L'agression sexuelle en droit canadien*, 2^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.
- Grant, Isabel, and Janine Benedet. “Confronting the Sexual Assault of Teenage Girls: The Mistake of Age Defence in Canadian Sexual Assault Law” (2019), 97 *Can. Bar Rev.* 1.
- Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*, Toronto, Carswell, 1984.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 1, 2^e sess., 33^e lég., 4 novembre 1986, p. 1037.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 140, n^o 7, 1^{re} sess., 38^e lég., 13 octobre 2004, p. 322.
- Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *La pornographie et la prostitution au Canada : Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution*, vol. 1 et vol. 2, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985.
- Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants : Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes*, vol. 1, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.
- Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Précis des faits : Infractions sexuelles contre les enfants et pornographie juvénile*, mars 2019 (en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr/pf-jf/2019/docs/mar02.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC9_1_fra.pdf).
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des droits de la personne. *Exploitation sexuelle des enfants au Canada : une action nationale s'impose*, novembre 2011 (en ligne : <https://sencanada.ca/content/sen/committee/411/ridr/rep/rep03nov11-f.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC9_2_fra.pdf).
- Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *La victimisation avec violence chez les femmes ayant une incapacité, 2014*, par Adam Cotter, Ministre de l'Industrie, 2018.
- Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *La victimisation chez les autochtones au Canada, 2014*, par Jillian Boyce, Ministre de l'Industrie, 2016.
- Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Les infractions sexuelles commises contre les enfants et les jeunes déclarés par la police au Canada, 2012*, par Adam Cotter et Pascale Beaupré, Ministre de l'Industrie, 2014.
- Colombie-Britannique. Representative for Children and Youth. *Too Many Victims : Sexualized Violence in the Lives of Children and Youth in Care*, Victoria, 2016.
- Craig, Elaine. *Troubling Sex : Towards a Legal Theory of Sexual Integrity*, Vancouver, UBC Press, 2012.

- Grant, Isabel, and Janine Benedet. "The 'Statutory Rape' Myth: A Case Law Study of Sexual Assaults against Adolescent Girls" (2019), 31 *C.J.W.L.* 266.
- Koppel, Maria. "It's Not Just a Heterosexual Issue: A Discussion of LGBT Sexual Assault Victimization", in Frances P. Reddington and Betsy Wright Kreisel, eds., *Sexual Assault: The Victims, the Perpetrators, and the Criminal Justice System*, 3rd ed. Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 2017, 257.
- Lessard, Michaël, et Suzanne Zaccour. "Quel genre de droit? Autopsie du sexisme dans la langue juridique" (2017), 47 *R.D.U.S.* 227.
- Levesque, Roger J. R. *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective*. Bloomington: Indiana University Press, 1999.
- L'Heureux-Dubé, Claire. "Foreword: Still Punished for Being Female", in Elizabeth A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada: Law, Legal Practice and Women's Activism*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2012, 1.
- Lindberg, Tracey, Campeau, Priscilla and Maria Campbell. "Indigenous Women and Sexual Assault in Canada", in Elizabeth A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada: Law, Legal Practice and Women's Activism*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2012, 87.
- Manson, Allan. "McDonnell and the Methodology of Sentencing" (1997), 6 *C.R.* (5th) 277.
- Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- Marshall, Patricia. "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 *C.R.* (3d) 216.
- McGillivray, Anne. "Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales after Bill C-15" (1990), 19 *Man. L.J.* 549.
- Moreau, Paul. "In Defence of Starting Point Sentencing" (2016), 63 *Crim. L.Q.* 345.
- Nadin-Davis, R. Paul. "Making a Silk Purse? Sentencing: The 'New' Sexual Offences" (1983), 32 *C.R.* (3d) 28.
- Ontario. The Cornwall Public Inquiry. *Report of the Cornwall Inquiry, Phase 1: Facts and Findings*, vol. 1. Cornwall, 2009.
- Parent, Hugues, et Julie Desrosiers. *Traité de droit criminel*, t. III, *La peine*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2016.
- Perrin, Benjamin. *Victim Law: The Law of Victims of Crime in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2017.
- Renaud, Gilles. *The Sentencing Code of Canada: Principles and Objectives*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Ruby, Clayton C., et al. *Sentencing*, 9th ed. Toronto: LexisNexis, 2017.
- Rudin, Jonathan. "Eyes Wide Shut: The Alberta Court of Appeal's Decision in *R. v. Arcand* and Aboriginal Offenders" (2011), 48 *Alta. L. Rev.* 987.
- Desrosiers, Julie, et Geneviève Beausoleil-Allard. *L'agression sexuelle en droit canadien*, 2^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.
- Grant, Isabel, and Janine Benedet. « Confronting the Sexual Assault of Teenage Girls : The Mistake of Age Defence in Canadian Sexual Assault Law » (2019), 97 *Rev. du B. can.* 1.
- Grant, Isabel, and Janine Benedet. « The "Statutory Rape" Myth : A Case Law Study of Sexual Assaults against Adolescent Girls » (2019), 31 *R.F.D.* 266.
- Koppel, Maria. « It's Not Just a Heterosexual Issue : A Discussion of LGBT Sexual Assault Victimization », in Frances P. Reddington and Betsy Wright Kreisel, eds., *Sexual Assault : The Victims, the Perpetrators, and the Criminal Justice System*, 3rd ed., Durham (N.C.), Carolina Academic Press, 2017, 257.
- Lessard, Michaël, et Suzanne Zaccour. « Quel genre de droit? Autopsie du sexisme dans la langue juridique » (2017), 47 *R.D.U.S.* 227.
- Levesque, Roger J. R. *Sexual Abuse of Children : A Human Rights Perspective*, Bloomington, Indiana University Press, 1999.
- L'Heureux-Dubé, Claire. « Foreword : Still Punished for Being Female », in Elizabeth A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada : Law, Legal Practice and Women's Activism*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2012, 1.
- Lindberg, Tracey, Campeau, Priscilla and Maria Campbell. « Indigenous Women and Sexual Assault in Canada », in Elizabeth A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada : Law, Legal Practice and Women's Activism*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2012, 87.
- Manson, Allan. « McDonnell and the Methodology of Sentencing » (1997), 6 *C.R.* (5th) 277.
- Manson, Allan. *The Law of Sentencing*, Toronto, Irwin Law, 2001.
- Marshall, Patricia. « Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform » (1988), 63 *C.R.* (3d) 216.
- McGillivray, Anne. « Abused Children in the Courts : Adjusting the Scales after Bill C-15 » (1990), 19 *Man. L.J.* 549.
- Moreau, Paul. « In Defence of Starting Point Sentencing » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 345.
- Nadin-Davis, R. Paul. « Making a Silk Purse? Sentencing : The "New" Sexual Offences » (1983), 32 *C.R.* (3d) 28.
- Ontario. Commission d'enquête publique sur Cornwall. *Rapport de la Commission d'enquête sur Cornwall, Phase 1 : Faits et conclusions*, vol. 1, Cornwall, 2009.
- Parent, Hugues, et Julie Desrosiers. *Traité de droit criminel*, t. III, *La peine*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2016.
- Perrin, Benjamin. *Victim Law : The Law of Victims of Crime in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2017.

Silver, Lisa. *Sentencing to the Starting Point: The Alberta Debate*, May 23, 2019 (online: <https://ablawg.ca/2019/05/23/sentencing-to-the-starting-point-the-alberta-debate/>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC9_3_eng.pdf).

Todd, Debra. “Sentencing of Adult Offenders in Cases Involving Sexual Abuse of Children: Too Little, Too Late? A View From the Pennsylvania Bench” (2004), 109 *Penn. St. L. Rev.* 487.

Wright, Margaret M. *Judicial Decision Making in Child Sexual Abuse Cases*. Vancouver: UBC Press, 2007.

Renaud, Gilles. *The Sentencing Code of Canada : Principles and Objectives*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2009.

Ruby, Clayton C., et al. *Sentencing*, 9th ed., Toronto, LexisNexis, 2017.

Rudin, Jonathan. « Eyes Wide Shut : The Alberta Court of Appeal’s Decision in *R. v. Arcand* and Aboriginal Offenders » (2011), 48 *Alta. L. Rev.* 987.

Silver, Lisa. *Sentencing to the Starting Point : The Alberta Debate*, 23 mai 2019 (en ligne : <https://ablawg.ca/2019/05/23/sentencing-to-the-starting-point-the-alberta-debate/>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC9_3_eng.pdf).

Todd, Debra. « Sentencing of Adult Offenders in Cases Involving Sexual Abuse of Children : Too Little, Too Late? A View From the Pennsylvania Bench » (2004), 109 *Penn. St. L. Rev.* 487.

Wright, Margaret M. *Judicial Decision Making in Child Sexual Abuse Cases*, Vancouver, UBC Press, 2007.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Monnin, Beard and leMaistre JJ.A.), 2018 MBCA 69, [2018] M.J. No. 164 (QL), 2018 CarswellMan 258 (WL Can.), varying a sentence imposed for sexual interference and attempted extortion. Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (les juges Monnin, Beard et leMaistre), 2018 MBCA 69, [2018] M.J. No. 164 (QL), 2018 CarswellMan 258 (WL Can.), qui a modifié la peine imposée pour contacts sexuels et tentative d’extorsion. Pourvoi accueilli.

Rekha Malaviya and Renée Lagimodière, for the appellant.

Rekha Malaviya et Renée Lagimodière, pour l’appelante.

Gerri Wiebe and Ryan McElhoes, for the respondent.

Gerri Wiebe et Ryan McElhoes, pour l’intimé.

Lisa Joyal, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Lisa Joyal, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

John R. W. Caldwell, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

John R. W. Caldwell, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Joanne B. Dartana, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Joanne B. Dartana, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Daniel J. Song, for the intervener the Criminal Trial Lawyers’ Association.

Daniel J. Song, pour l’intervenante Criminal Trial Lawyers’ Association.

Dane Bullerwell, for the intervener the Legal Aid Society of Alberta.

Dane Bullerwell, pour l’intervenante Legal Aid Society of Alberta.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Overview</u>	1
II. <u>Factual Background</u>	6
A. <i>The Offences</i>	6
B. <i>Information About Friesen</i>	13
III. <u>Proceedings Below</u>	16
A. <i>Provincial Court of Manitoba (Judge Stewart), Reasons for Sentence, March 9, 2017</i>	16
B. <i>Manitoba Court of Appeal (Monnin, Beard and leMaistre J.J.A.), 2018 MBCA 69</i>	20
IV. <u>Issues</u>	23
V. <u>Analysis</u>	25
A. <i>Standard of Review</i>	25
B. <i>Principles Governing Appellate Review and Parity</i>	30
(1) <u>Proportionality and Parity</u>	30
(2) <u>Role of Appellate Courts</u>	34
(3) <u>Ranges of Sentence and Starting Points</u> ...	36
(4) <u>Concerns About Starting Points</u>	40
C. <i>Sentencing Principles for Sexual Offences Against Children</i>	42
(1) <u>Contemporary Understanding of Sexual Violence Against Children</u>	46

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u>	1
II. <u>Contexte factuel</u>	6
A. <i>Les infractions</i>	6
B. <i>Renseignements au sujet de Friesen</i>	13
III. <u>Instances inférieures</u>	16
A. <i>Cour provinciale du Manitoba (le juge Stewart), motifs à l'appui de la peine, 9 mars 2017</i>	16
B. <i>Cour d'appel du Manitoba (les juges Monnin, Beard et leMaistre), 2018 MBCA 69</i>	20
IV. <u>Questions en litige</u>	23
V. <u>Analyse</u>	25
A. <i>Norme de contrôle</i>	25
B. <i>Principes régissant la révision en appel et la parité</i>	30
(1) <u>Proportionnalité et parité</u>	30
(2) <u>Rôle des cours d'appel</u>	34
(3) <u>Fourchettes de peines et points de départ</u>	36
(4) <u>Préoccupations au sujet des points de départ</u>	40
C. <i>Principes de détermination de la peine applicables aux infractions d'ordre sexuel contre des enfants</i>	42
(1) <u>Compréhension actuelle de la violence sexuelle contre des enfants</u>	46

(2) <u>Sentencing Must Reflect the Contemporary Understanding of Sexual Violence Against Children</u> 74	(2) <u>La détermination de la peine doit refléter la compréhension actuelle de la violence sexuelle contre des enfants</u> 74
(3) <u>Parliament Has Mandated That Sentences for Sexual Offences Against Children Must Increase</u> 95	(3) <u>Le législateur a prescrit l'alourdissement des peines infligées dans les cas des infractions d'ordre sexuel contre des enfants</u> 95
(4) <u>Specific Guidance on Sentence Increases</u> .. 106	(4) <u>Directives particulières sur l'augmentation des peines</u> 106
(5) <u>Significant Factors to Determine a Fit Sentence</u> 121	(5) <u>Facteurs importants à prendre en considération pour fixer une peine juste</u> 121
(6) <u>Consecutive Sentences and Totality</u> 155	(6) <u>Peines consécutives et totalité</u> 155
D. <i>Application</i> 159	D. <i>Application</i> 159
(1) <u>No Error in Principle That Affected the Sentence</u> 159	(1) <u>Aucune erreur de principe ayant eu une incidence sur la peine</u> 159
(2) <u>Sentence Not Demonstrably Unfit</u> 166	(2) <u>La peine n'était pas manifestement non indiquée</u> 166
(3) <u>Additional Aggravating Factors</u> 176	(3) <u>Autres facteurs aggravants</u> 176
(4) <u>Lack of Clarity Regarding Concurrent vs. Consecutive Sentences</u> 181	(4) <u>Manque de clarté quant aux peines concurrentes et consécutives</u> 181
VI. <u>Disposition</u> 183	VI. <u>Dispositif</u> 183
Appendix	Annexe

The reasons for judgment of the Court were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND ROWE J. —

I. Overview

[1] Children are the future of our country and our communities. They are also some of the most vulnerable members of our society. They deserve to enjoy a childhood free of sexual violence. Offenders who commit sexual violence against children deny thousands of Canadian children such a childhood every year. This case is about how to impose sentences that fully reflect and give effect to the profound

Version française des motifs de jugement de la Cour rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE ROWE —

I. Aperçu

[1] Les enfants représentent l'avenir de notre pays et de nos collectivités. Ils font également partie des membres les plus vulnérables de notre société. Ils méritent de vivre une enfance à l'abri de la violence sexuelle. Les délinquants qui se livrent à de la violence sexuelle contre des enfants privent des milliers d'enfants canadiens d'une telle enfance chaque année. Il s'agit en l'espèce de savoir comment infliger

wrongfulness and harmfulness of sexual offences against children.¹

[2] The accused pled guilty to sexual interference with a young child and attempted extortion of the child’s mother. The sentencing judge determined that a six-year global sentence was appropriate. The Court of Appeal reduced the sentence to four and one-half years. We would allow the Crown’s appeal and restore the six-year sentence.

[3] We wish to convey three overarching points in these reasons. First, we affirm the standard of review for sentencing set out in *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, and especially the guidance about how an appellate court should proceed when it identifies an error in principle.

[4] Second, we clarify the limits that appellate deference imposes on both sentencing ranges and starting points, and outline particular concerns associated with starting point sentencing.

[5] Third, we send a strong message that sexual offences against children are violent crimes that wrongfully exploit children’s vulnerability and cause profound harm to children, families, and communities. Sentences for these crimes must increase. Courts must impose sentences that are proportional to the gravity of sexual offences against children and the degree of responsibility of the offender, as informed by Parliament’s sentencing initiatives and by society’s deepened understanding of the wrongfulness and harmfulness of sexual violence against children. Sentences must accurately reflect the wrongfulness of sexual violence against children and the

des peines qui reflètent et illustrent pleinement le caractère hautement répréhensible et la grande nocivité des infractions d’ordre sexuel contre les enfants¹.

[2] L’accusé a plaidé coupable à des accusations de contacts sexuels sur une jeune enfant et de tentative d’extorsion à l’encontre de la mère de l’enfant. Le juge chargé de la détermination de la peine a décidé qu’il y avait lieu d’infliger une peine globale de six ans d’emprisonnement. La Cour d’appel a réduit la peine à quatre ans et demi d’emprisonnement. Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi du ministère public et de rétablir la peine de six ans.

[3] Nous tenons à nous prononcer sur trois points généraux dans les présents motifs. Premièrement, nous confirmons la norme de contrôle de la peine énoncée dans l’arrêt *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, et surtout les indications que doit suivre une cour d’appel quand elle relève une erreur de principe.

[4] Deuxièmement, nous clarifions les limites qu’impose la déférence en appel au chapitre des fourchettes de peines et des points de départ, et exposons certaines préoccupations associées au point de départ sentenciel.

[5] Troisièmement, nous envoyons le message clair que les infractions d’ordre sexuel contre des enfants sont des crimes violents qui exploitent injustement leur vulnérabilité et leur causent un tort immense ainsi qu’aux familles et aux collectivités. Il faut imposer des peines plus lourdes pour ces crimes. Les tribunaux doivent infliger des peines proportionnelles à la gravité des infractions d’ordre sexuel contre des enfants et au degré de responsabilité du délinquant, à la lumière des initiatives du législateur en matière de détermination de la peine et du fait que la société comprend mieux le caractère répréhensible et la nocivité de la violence sexuelle à l’endroit des

¹ For the purposes of these reasons, the terms “child” and “children” mean persons under the age of 18. References to “boys”, “girls”, “young women”, “young people”, “youth”, “teenagers”, and “adolescents” should all be understood to refer to persons who are children. Where specific statutory provisions distinguish between persons under the age of 16 and persons under the age of 18, we make this clear in the reasons.

¹ Pour les besoins des présents motifs, le mot « enfant » et sa forme plurielle s’entendent des personnes âgées de moins de 18 ans. Les mentions des « garçons », « filles », « jeunes femmes », « jeunes » et « adolescents » doivent toutes être considérées comme désignant des enfants. Lorsque certaines dispositions législatives distinguent les personnes âgées de moins de 16 ans de celles qui ont moins de 18 ans, nous l’indiquons clairement dans les motifs.

far-reaching and ongoing harm that it causes to children, families, and society at large.

II. Factual Background

A. *The Offences*

[6] Friesen encountered the mother on an online dating website on June 29, 2016. On July 17, 2016, at about 1:00 a.m., the mother picked Friesen up from the bar where he had spent the evening and brought him to her residence. The mother’s four-year-old daughter (“child”) and her one-year-old son were also at the residence. The mother’s friend was babysitting them for the evening.

[7] Friesen and the mother engaged in consensual sexual intercourse in the mother’s bedroom. The mother audio-recorded what happened next on her cellphone and the transcript of the recording was admitted at the sentencing hearing. Friesen told the mother to bring the child into the bedroom so that they could force their mouths onto her vagina and so that he could force his penis into her vagina. The mother brought the sleeping child up into the bedroom, removed her diaper, and laid her naked on the bed.

[8] The child began to cry and tried to flee the bedroom. Friesen and the mother prevented her from escaping. As the child was in distress and screaming, Friesen repeatedly directed the mother to force the child’s head down so that he could force his penis into her mouth.

[9] The child’s screams and cries awoke the mother’s friend. She entered the bedroom, observed the sexual violence, and told the child to “come here” (A.R., at p. 97). In response, Friesen said “bring her here” (p. 97). Instead, the mother’s friend removed the child from the room.

[10] With the child gone, Friesen told the mother to engage in sexual activities with him. The mother

enfants. Les peines doivent être le reflet fidèle du caractère répréhensible de la violence sexuelle faite aux enfants, de même que du tort profond et continu qu’elle cause aux enfants, aux familles et à la société en général.

II. Contexte factuel

A. *Les infractions*

[6] Monsieur Friesen a rencontré la mère sur un site Web de rencontre le 29 juin 2016. Le 17 juillet 2016 vers 1 h, la mère est allée chercher Friesen au bar où il avait passé la soirée et l’a conduit chez elle. Sa fille de quatre ans (« enfant ») et son fils d’un an se trouvaient eux aussi dans la résidence. L’amie de la mère les gardait durant la soirée.

[7] Friesen et la mère ont eu des rapports sexuels consensuels dans la chambre de cette dernière. Elle a enregistré ce qui s’est produit par la suite sur son cellulaire et la transcription de l’enregistrement a été admise à l’audience de détermination de la peine. Friesen a dit à la mère d’emmener l’enfant dans la chambre pour qu’ils puissent enfoncer leur bouche sur son vagin et que Friesen puisse introduire de force son pénis dans le vagin de l’enfant. La mère a emmené l’enfant endormie dans la chambre, lui a enlevé sa couche et l’a étendue nue sur le lit.

[8] L’enfant s’est mise à pleurer et elle a tenté de s’enfuir de la chambre. Friesen et la mère l’ont empêchée de fuir. Comme elle était en détresse et criait, Friesen ordonna maintes fois à la mère de tenir la tête de l’enfant baissée pour lui permettre d’introduire de force son pénis dans sa bouche.

[9] Les cris et pleurs de l’enfant ont réveillé l’amie de la mère. L’amie est entrée dans la chambre, a observé la violence sexuelle et dit à l’enfant de [TRADUCTION] « venir ici » (d.a., p. 97). Friesen a répliqué [TRADUCTION] « amène-là ici » (p. 97). L’amie de la mère a plutôt sorti l’enfant de la chambre.

[10] L’enfant partie, Friesen a dit à la mère de se livrer à des activités sexuelles avec lui. Elle a exprimé

expressed regret about the violent assault on the child. In response, Friesen threatened to tell the mother's friend that the mother had sexually abused her one-year-old son. When the mother said she did not want this to happen, he told her to "relax" and masturbate herself in front of him (p. 99).

[11] Friesen then threatened the mother, repeatedly telling her that unless she brought the child back, he would tell the mother's friend that the mother had sexually abused her one-year-old son. Friesen told the mother that he intended to "fuck" and "rape" the child while "she's crying" (pp. 100 and 102). In response, the mother repeatedly asked why Friesen needed to do "that stuff" (p. 100). When the mother raised concerns about getting one of her children back from Child and Family Services ("CFS"), Friesen indicated that he would get one of her children back for her if she returned the child to the bedroom.

[12] Friesen fled the residence when the mother's friend confronted him about the sexual violence.

B. *Information About Friesen*

[13] Friesen pled guilty to sexual interference with the child (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 151) and attempted extortion of the mother (*Criminal Code*, s. 346(1)). At the time of sentencing, he was 29 years old and had no prior record.

[14] Friesen's childhood was characterized by neglect and by physical and sexual violence. When he left CFS care, he became homeless and sold sex on the street to survive. He lacked a supportive social circle and experienced depression and anxiety. He told the author of the pre-sentence report that the trauma of sexual abuse that he experienced has affected him throughout his life. He said he wanted professional counselling to deal with his problems. At the sentencing hearing, he stated that he was sorry and had remorse (A.R., at p. 72).

des regrets à propos de l'agression violente dont a été victime l'enfant. Friesen a réagi en menaçant de dire à l'amie de la mère que cette dernière avait agressé sexuellement son fils d'un an. Quand la mère a affirmé ne pas vouloir que cela se produise, il lui a dit de [TRADUCTION] « relaxer » et de se masturber devant lui (p. 99).

[11] Friesen a ensuite menacé la mère plusieurs fois, lui disant que si elle ne ramenait pas l'enfant, il raconterait à son amie qu'elle avait agressé sexuellement son fils d'un an. Friesen a dit à la mère qu'il voulait [TRADUCTION] « baiser » et « violer » l'enfant alors qu'« elle pleur[ait] » (p. 100 et 102). En réponse, la mère lui a demandé à plusieurs reprises pourquoi il avait besoin de faire [TRADUCTION] « ces choses » (p. 100). Quand la mère a dit craindre que les Services à l'enfant et à la famille (« SEF ») ne lui rendent pas un de ses enfants, Friesen a répondu qu'il lui récupérerait un de ses enfants si elle ramenait l'enfant dans la chambre.

[12] Friesen a pris la fuite quand l'amie de la mère lui a reproché de s'être livré à des actes de violence sexuelle.

B. *Renseignements au sujet de Friesen*

[13] Friesen s'est reconnu coupable de contacts sexuels à l'endroit de l'enfant (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 151) et de tentative d'extorsion aux dépens de la mère (*Code criminel*, par. 346(1)). Au moment du prononcé de la peine, il était âgé de 29 ans et n'avait pas d'antécédents judiciaires.

[14] L'enfance de Friesen a été marquée par la négligence ainsi que la violence physique et sexuelle. Lorsqu'il s'est affranchi des SEF, il est devenu itinérant et a offert ses services sexuels dans la rue pour survivre. Il n'avait pas de réseau de soutien social et souffrait de dépression et d'anxiété. Il a confié à l'auteur du rapport présentiel que le traumatisme des sévices sexuels dont il a été victime l'a affecté toute sa vie. Il a affirmé vouloir obtenir des services de consultation professionnelle pour régler ses problèmes. À l'audience de détermination de la peine, il s'est excusé et a dit avoir des remords (d.a., p. 72).

[15] The author of the pre-sentence report assessed Friesen as a high risk to re-offend. He scored in the 94th percentile of an actuarial measure of relative risk for sexual offence recidivism. The author concluded that Friesen’s level of insight into his behaviour was “essentially nonexistent” (p. 94). He claimed to be blacked out during the offences and distanced himself from his conduct by saying it was not something he would do. He also stated that he enjoys being around children and wanted to be a role model for children. Despite reporting that he was under the influence of alcohol at the time of the offences, he also maintained that alcohol use was never a problem for him. As Friesen did not understand the risk factors that preceded the offences, there were no risk strategies in place to mitigate future risk.

III. Proceedings Below

A. *Provincial Court of Manitoba (Judge Stewart), Reasons for Sentence, March 9, 2017*

[16] In the Provincial Court of Manitoba, the Crown sought a sentence of seven years’ imprisonment. Friesen suggested a sentence of a total of three years’ imprisonment.

[17] Judge Stewart imposed a six-year sentence for sexual interference and a concurrent six-year sentence for attempted extortion. He identified the governing sentencing objectives as denunciation and the protection of children. Specifically, he found that the court’s duty to protect children from the threat of sexual violence was “paramount” (A.R., at p. 2). He identified the young age of the child and the involvement of the mother in the sexual violence as aggravating factors. He acknowledged that Friesen’s youth, lack of a prior record, and difficult and traumatic upbringing were “important” mitigating factors (p. 2). He also accepted that Friesen did not stand in a position of trust in relation to the child. However, he found that Friesen was “in . . . denial” about his conduct and had “no insight” into his behaviour (pp. 2 and 5). Judge Stewart concluded that

[15] L’auteur du rapport présentiel a estimé que Friesen risquait fort de récidiver. Il s’est classé dans le 94^e percentile lors d’une évaluation actuarielle du risque relatif de récidive sexuelle. D’après l’auteur, Friesen [TRADUCTION] « n’a essentiellement aucune » introspection quant à son comportement (p. 94). Friesen prétend avoir complètement perdu la tête durant les infractions et il s’est distancié de sa conduite en disant que ce n’est pas quelque chose qu’il ferait. Il a ajouté qu’il aime la compagnie des enfants et qu’il veut devenir un modèle pour eux. Bien qu’il ait affirmé avoir été en état d’ébriété au moment des infractions, il a soutenu que la consommation d’alcool ne lui a jamais posé problème. Comme Friesen ne saisissait pas les facteurs de risque qui ont précédé les infractions, aucune stratégie n’a été mise en place pour atténuer le risque futur.

III. Instances inférieures

A. *Cour provinciale du Manitoba (le juge Stewart), motifs à l’appui de la peine, 9 mars 2017*

[16] En Cour provinciale du Manitoba, le ministère public a réclamé une peine de sept ans d’emprisonnement. Friesen a suggéré une peine totale de trois ans d’emprisonnement.

[17] Le juge Stewart a infligé une peine de six ans pour contacts sexuels et une peine concurrente de six ans pour tentative d’extorsion. Il a mentionné que la dénonciation et la protection des enfants étaient les objectifs prépondérants en matière de détermination de la peine. Plus précisément, il a conclu que l’obligation du tribunal de protéger les enfants de la menace de violence sexuelle était « primordiale » (d.a., p. 2). Il a qualifié de facteurs aggravants le jeune âge de l’enfant et la participation de la mère à la violence sexuelle. Il a reconnu que la jeunesse de Friesen, son absence de casier judiciaire ainsi que son éducation difficile et traumatisante constituaient des facteurs atténuants « importants » (p. 2). Il a également reconnu que Friesen n’était pas en situation de confiance vis-à-vis l’enfant. Il a toutefois jugé que Friesen [TRADUCTION] « ni[ait] » sa conduite et qu’il

this lack of insight was “frightening for ongoing risk into the future” (p. 3).

[18] Judge Stewart determined that the four-to-five-year starting point for major sexual assault committed on a young person within a trust relationship by means of violence, threats of violence, or grooming, which the Manitoba Court of Appeal had identified in *R. v. Sidwell*, 2015 MBCA 56, 319 Man.R. (2d) 144, was appropriate even though Friesen did not stand in a position of trust. For Judge Stewart, the absence of a position of trust did not “chang[e] the message” of *Sidwell* because of both the harm to the child and Friesen’s moral blameworthiness. First, Judge Stewart found that Friesen’s violent conduct produced an “instant effect” of harm to the child as evidenced by her screams and cries (A.R., at p. 4). In addition to this immediate harm, Judge Stewart found that Friesen’s conduct caused “long lasting” psychological harm to the child (p. 3). He identified the child’s extreme youth as “incredibly aggravating” because it increased her vulnerability to harm (p. 3). Second, Judge Stewart determined that Friesen’s moral blameworthiness was high. He found that the nature of Friesen’s conduct was “horrific” and that it was “unbelievable” that Friesen could commit sexual violence against the child in such a manner. Judge Stewart also treated Friesen’s decision to accompany sexual violence with “a form of extortion” as “an aggravating factor” (p. 4).

[19] Judge Stewart concluded that six years’ incarceration was required to protect children from risk. He reasoned that Friesen’s case was “one of the worst” that he had seen (p. 5). A three-year sentence would be insufficient to communicate the wrongfulness of Friesen’s conduct to both Friesen himself and the larger community. Judge Stewart determined that Friesen needed “significant help” and professional counselling that would only be accessible in a federal penitentiary to return to society without posing a risk to children (p. 5). Immediately prior to imposing sentence, Judge Stewart reiterated that

n’avait « pas conscience » de son comportement (p. 2 et 5). Le juge Stewart a conclu que cette absence de conscience était [TRADUCTION] « terrifiante quant à l’existence d’un risque constant dans le futur » (p. 3).

[18] Le juge Stewart a établi qu’il convenait de recourir au point de départ de quatre à cinq ans énoncé par la Cour d’appel du Manitoba dans *R. c. Sidwell*, 2015 MBCA 56, 319 Man.R. (2d) 144, pour une agression sexuelle grave commise par violence, menace de violence ou manipulation sur une jeune personne se trouvant dans une relation de confiance, et ce, même si Friesen ne se trouvait pas en situation de confiance. Pour le juge Stewart, l’absence d’une situation de confiance n’a pas [TRADUCTION] « chang[é] le message » de l’arrêt *Sidwell* en raison du tort causé à l’enfant et de la culpabilité morale de Friesen. En premier lieu, le juge Stewart a conclu que la conduite violente de Friesen avait causé « instantanément » un préjudice à l’enfant, comme en font foi ses cris et ses pleurs (d.a., p. 4). Outre ce préjudice immédiat, le juge Stewart a statué que la conduite de Friesen avait fait subir à l’enfant un préjudice psychologique « de longue durée » (p. 3). Il a qualifié le très jeune âge de l’enfant de facteur « extrêmement aggravant » car il la rendait plus vulnérable aux sévices (p. 3). En deuxième lieu, le juge Stewart a décidé que Friesen avait une grande culpabilité morale. Toujours selon lui, la conduite de Friesen était « horrible » et il était « inimaginable » que Friesen puisse commettre de tels actes de violence sexuelle contre l’enfant. Il a ajouté que la décision de Friesen d’accompagner la violence sexuelle d’« une forme d’extorsion » constituait « un facteur aggravant » (p. 4).

[19] Le juge Stewart a conclu qu’un emprisonnement de six ans s’imposait pour mettre les enfants à l’abri du risque. Il s’est dit d’avis que le cas de Friesen était [TRADUCTION] « l’un des pires » qu’il ait vu (p. 5). Une peine de trois ans ne suffirait pas à communiquer le caractère répréhensible de la conduite de Friesen à ce dernier et à l’ensemble de la collectivité. Le juge Stewart a établi que Friesen avait besoin d’« énormément d’aide » et de services de consultation professionnels offerts uniquement dans un pénitencier fédéral avant de réintégrer la société sans représenter un risque pour les enfants

the protection of children from the risk of sexual violence was the “major principle” that guided him in imposing sentence (p. 5).

B. *Manitoba Court of Appeal (Monnin, Beard and leMaistre J.A.), 2018 MBCA 69*

[20] Writing for the Court of Appeal, leMaistre J.A. found that appellate intervention was justified because Judge Stewart had erred in principle. She reduced Friesen’s sentence to four and one-half years’ incarceration for the sexual interference conviction and to eighteen months’ incarceration to be served concurrently for the attempted extortion conviction. Only the Court of Appeal’s interference with the sexual interference sentence was challenged on appeal to this Court.

[21] Regarding the sexual interference sentence, leMaistre J.A. accepted that Judge Stewart had appropriately weighed the aggravating and mitigating factors. However, she noted that the *Sidwell* four-to-five-year starting point presumed the existence of a trust relationship but that Judge Stewart had found that there was no trust relationship between Friesen and the child. Accordingly, she concluded that Judge Stewart “relied upon an aggravating factor that he had found did not exist” by employing the *Sidwell* starting point and that this error had a meaningful impact on his analysis (para. 16 (CanLII)). Thus, no deference was owed and the Court of Appeal was “free to consider the matter afresh” (para. 17).

[22] LeMaistre J.A. then conducted a fresh analysis to determine a fit sentence. She accepted that the starting point for sentencing should be higher than three years because of Friesen’s use of violence and the child’s young age. LeMaistre J.A. assessed the aggravating and mitigating factors without reference to Judge Stewart’s findings. In the course of this assessment, she characterized Friesen’s use of violence as “more than what is inherent in a sexual offence”

(p. 5). Juste avant d’infliger la peine, le juge Stewart a répété que protéger les enfants du risque de violence sexuelle était le « grand principe » qui l’a guidé dans l’infligation de la peine (p. 5).

B. *Cour d’appel du Manitoba (les juges Monnin, Beard et leMaistre), 2018 MBCA 69*

[20] S’exprimant au nom de la Cour d’appel, la juge leMaistre a statué qu’il était justifié d’intervenir en appel parce que le juge Stewart avait commis une erreur de principe. Elle a réduit la peine de Friesen à quatre ans et demi d’emprisonnement pour la déclaration de culpabilité relative aux contacts sexuels et à 18 mois d’emprisonnement à purger concurremment pour la déclaration de culpabilité relative à la tentative d’extorsion. Seule la modification, par la Cour d’appel, de la peine pour contacts sexuels a été contestée en appel devant notre Cour.

[21] Quant à la peine pour contacts sexuels, la juge leMaistre a reconnu que le juge Stewart avait bien soupesé les facteurs aggravants et les facteurs atténuants. Elle a cependant fait remarquer que le point de départ de quatre à cinq ans fixé dans l’arrêt *Sidwell* présumait l’existence d’une relation de confiance, mais que le juge Stewart avait conclu à l’absence de relation de confiance entre Friesen et l’enfant. En conséquence, elle est parvenue à la conclusion que le juge Stewart [TRADUCTION] « s’est appuyé sur un facteur aggravant dont il a conclu à l’inexistence » en recourant au point de départ établi dans *Sidwell* et que cette erreur avait eu un effet concret sur son analyse (par. 16 (CanLII)). Ainsi, la déférence n’était pas de mise et la Cour d’appel était « libre de reprendre l’examen du début » (par. 17).

[22] La juge leMaistre a alors procédé à une nouvelle analyse pour déterminer une peine appropriée. Elle a accepté que le point de départ sentenciel devrait être supérieur à trois ans en raison du recours de Friesen à la violence et du jeune âge de l’enfant. La juge leMaistre a évalué les facteurs aggravants et facteurs atténuants sans parler des conclusions du juge Stewart. Lors de cette évaluation, elle a mentionné que le recours de Friesen à la violence

and stated that Friesen’s lack of insight “impacts on his risk when in the community” (para. 28). She also accepted that it was reasonably foreseeable that Friesen’s decision to involve the mother in the sexual violence would likely cause added “serious psychological or emotional harm” to the child (para. 32). She characterized the circumstances of the offences as “serious” and Friesen’s responsibility as “high” (para. 31). The sexual interference alone warranted a four-year sentence, and leMaistre J.A. increased this figure by six months to account for the offence of attempted extortion, for which she sentenced the accused to 18 months’ incarceration to be served concurrently. In the concluding paragraph of her reasons, leMaistre J.A. stated that Judge Stewart’s error in applying the wrong starting point for the sexual interference offence made the sentence he imposed demonstrably unfit (para. 42).

IV. Issues

[23] The Crown raised two issues:

- (1) Are sentencing ranges for sexual offences against children still consistent with Parliamentary and judicial recognition of the severity of these crimes?
- (2) Did the Manitoba Court of Appeal err by interfering with the six-year sentence the sentencing judge imposed for the sexual interference conviction?

[24] The first issue requires a broad overview of how the principles of sentencing apply to sexual offences against children. The second requires an analysis of the standard of review, the starting point method, the principles governing consecutive sentences, and the principle of totality.

[TRADUCTION] « dépasse ce qui est inhérent à une infraction d’ordre sexuel » et que le manque d’introspection de Friesen « influe sur le risque qu’il pose quand il se trouve dans la collectivité » (par. 28). Elle a également accepté qu’il était raisonnablement prévisible que la décision de Friesen de faire participer la mère à la violence sexuelle causerait vraisemblablement un « grave préjudice psychologique ou émotionnel » supplémentaire à l’enfant (par. 32). Elle a jugé « graves » les circonstances des infractions et estimé « grande » la responsabilité de Friesen (par. 31). Les contacts sexuels justifiaient à eux seuls une peine de quatre ans, et la juge leMaistre a ajouté six mois à cette peine afin de tenir compte de l’infraction de tentative d’extorsion pour laquelle elle a condamné l’accusé à 18 mois d’emprisonnement à purger concurremment. Dans le dernier paragraphe de ses motifs, la juge leMaistre a affirmé que l’erreur du juge Stewart d’avoir retenu le mauvais point de départ pour l’infraction de contacts sexuels rendait la peine qu’il a infligée manifestement non indiquée (par. 42).

IV. Questions en litige

[23] Le ministère public a soulevé deux questions :

- (1) Les fourchettes de peines pour les infractions d’ordre sexuel contre des enfants s’accordent-elles toujours avec la reconnaissance, par le législateur et les tribunaux, de la gravité de ces crimes?
- (2) La Cour d’appel du Manitoba a-t-elle fait erreur en modifiant la peine de six ans que le juge de la peine a infligée pour la déclaration de culpabilité relative aux contacts sexuels?

[24] Pour répondre à la première question, il faut donner un survol général de la manière dont les principes de détermination de la peine s’appliquent aux infractions d’ordre sexuel contre des enfants. Pour répondre à la seconde, il faut analyser la norme de contrôle, la méthode du point de départ, les principes régissant les peines consécutives et le principe de totalité.

V. Analysis

A. *Standard of Review*

[25] Appellate courts must generally defer to sentencing judges' decisions. The sentencing judge sees and hears all the evidence and the submissions in person (*Lacasse*, at para. 48; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 46). The sentencing judge has regular front-line experience and usually has experience with the particular circumstances and needs of the community where the crime was committed (*Lacasse*, at para. 48; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 91). Finally, to avoid delay and the misuse of judicial resources, an appellate court should only substitute its own decision for a sentencing judge's for good reason (*Lacasse*, at para. 48; *R. v. Ramage*, 2010 ONCA 488, 257 C.C.C. (3d) 261, at para. 70).

[26] As this Court confirmed in *Lacasse*, an appellate court can only intervene to vary a sentence if (1) the sentence is demonstrably unfit (para. 41), or (2) the sentencing judge made an error in principle that had an impact on the sentence (para. 44). Errors in principle include an error of law, a failure to consider a relevant factor, or erroneous consideration of an aggravating or mitigating factor. The weighing or balancing of factors can form an error in principle “[o]nly if by emphasizing one factor or by not giving enough weight to another, the trial judge exercises his or her discretion unreasonably” (*R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (Ont. C.A.), at para. 35, cited in *Lacasse*, at para. 49). Not every error in principle is material: an appellate court can only intervene if it is apparent from the trial judge's reasons that the error had an impact on the sentence (*Lacasse*, at para. 44). If an error in principle had no impact on the sentence, that is the end of the error in principle analysis and appellate intervention is justified only if the sentence is demonstrably unfit.

V. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[25] Les cours d'appel doivent généralement s'en remettre aux décisions des juges chargés de déterminer la peine. Le juge de la peine voit et entend toute la preuve et les observations en personne (*Lacasse*, par. 48; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 46). Le juge de la peine est habitué au travail de première ligne et, en général, il connaît la situation et les besoins particuliers de la collectivité où le crime a été commis (*Lacasse*, par. 48; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 91). Enfin, pour éviter les retards et l'utilisation abusive des ressources judiciaires, la cour d'appel ne peut substituer sa propre décision à celle du juge de la peine que pour un motif valable (*Lacasse*, par. 48; *R. c. Ramage*, 2010 ONCA 488, 257 C.C.C. (3d) 261, par. 70).

[26] Comme l'a confirmé notre Cour dans *Lacasse*, la cour d'appel ne peut intervenir pour modifier une peine que si (1) elle n'est manifestement pas indiquée (par. 41) ou (2) le juge de la peine a commis une erreur de principe qui a eu une incidence sur la détermination de la peine (par. 44). Parmi les erreurs de principe, mentionnons l'erreur de droit, l'omission de tenir compte d'un facteur pertinent ou encore la considération erronée d'un facteur aggravant ou atténuant. La manière dont le juge de première instance a soupesé ou mis en balance des facteurs peut constituer une erreur de principe seulement s'il a [TRADUCTION] « exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable, en insistant trop sur un facteur ou en omettant d'accorder suffisamment d'importance à un autre » (*R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (C.A. Ont.), par. 35, cité dans *Lacasse*, par. 49). Ce ne sont pas toutes les erreurs de principe qui sont importantes : la cour d'appel ne peut intervenir que lorsqu'il ressort des motifs du juge de première instance que l'erreur a eu une incidence sur la détermination de la peine (*Lacasse*, par. 44). Si une erreur de principe n'a eu aucun effet sur la peine, cela met un terme à l'analyse de cette erreur et l'intervention de la cour d'appel ne se justifie que si la peine n'est manifestement pas indiquée.

[27] If a sentence is demonstrably unfit or if a sentencing judge made an error in principle that had an impact on the sentence, an appellate court must perform its own sentencing analysis to determine a fit sentence (*Lacasse*, at para. 43). It will apply the principles of sentencing afresh to the facts, without deference to the existing sentence, even if that sentence falls within the applicable range. Thus, where an appellate court has found that an error in principle had an impact on the sentence, that is a sufficient basis for it to intervene and determine a fit sentence. It is not a further precondition to appellate intervention that the existing sentence is demonstrably unfit or falls outside the range of sentences imposed in the past.

[28] However, in sentencing afresh, the appellate court will defer to the sentencing judge's findings of fact or identification of aggravating and mitigating factors, to the extent that they are not affected by an error in principle. This deference limits the number, length, and cost of appeals; promotes the autonomy and integrity of sentencing proceedings; and recognizes the sentencing judge's expertise and advantageous position (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 15-18).

[29] Often the sentence that the appellate court determines to be fit will be different from that imposed by the sentencing judge, and the appellate court will vary the sentence. If the sentence chosen by the appellate court is the same as that imposed by the sentencing judge, the appellate court may also affirm the sentence despite the error.

B. *Principles Governing Appellate Review and Parity*

(1) Proportionality and Parity

[30] All sentencing starts with the principle that sentences must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. The principle of proportionality has long

[27] Si la peine n'est manifestement pas indiquée ou si le juge de la peine a commis une erreur de principe qui a eu une incidence sur la détermination de la peine, la cour d'appel doit effectuer sa propre analyse pour fixer une peine juste (*Lacasse*, par. 43). Elle appliquera de nouveau les principes de la détermination de la peine aux faits sans faire preuve de déférence envers la peine existante même si celle-ci se situe dans la fourchette applicable. En conséquence, lorsque la cour d'appel conclut qu'une erreur de principe a eu un effet sur la peine, cela suffit pour qu'elle intervienne et fixe une peine juste. Dans un tel cas, le fait que la peine existante ne soit manifestement pas indiquée ou qu'elle se situe à l'extérieur de la fourchette des peines infligées auparavant ne constitue pas une condition préalable supplémentaire requise pour justifier l'intervention de la cour d'appel.

[28] Cependant, lors de la détermination d'une nouvelle peine, la cour d'appel s'en remettra aux conclusions de fait du juge de la peine ou aux facteurs aggravants et facteurs atténuants qu'il a relevés, pourvu qu'ils ne soient pas entachés d'une erreur de principe. Cette déférence réduit le nombre, la durée et le coût des appels; favorise l'autonomie de la procédure de détermination de la peine et son intégrité; et reconnaît l'expertise du juge de la peine et sa position avantageuse (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 15-18).

[29] Souvent la peine que la cour d'appel estime juste diffère de celle infligée par le juge de première instance, et la cour d'appel modifie la peine. Si la peine retenue par la cour d'appel est la même que celle qu'a imposée le juge de première instance, la cour d'appel peut aussi confirmer la peine en dépit de l'erreur.

B. *Principes régissant la révision en appel et la parité*

(1) Proportionnalité et parité

[30] Toute détermination de la peine part du principe que la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Le principe de la proportionnalité est depuis

been central to Canadian sentencing (see, e.g., *R. v. Wilmott*, [1966] 2 O.R. 654 (C.A.)) and is now codified as the “fundamental principle” of sentencing in s. 718.1 of the *Criminal Code*.

[31] Sentencing judges must also consider the principle of parity: similar offenders who commit similar offences in similar circumstances should receive similar sentences. This principle also has a long history in Canadian law (see, e.g., *Wilmott*) and is now codified in s. 718.2(b) of the *Criminal Code*.

[32] Parity and proportionality do not exist in tension; rather, parity is an expression of proportionality. A consistent application of proportionality will lead to parity. Conversely, an approach that assigns the same sentence to unlike cases can achieve neither parity nor proportionality (*R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, at paras. 36-37; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at paras. 78-79).

[33] In practice, parity gives meaning to proportionality. A proportionate sentence for a given offender and offence cannot be deduced from first principles; instead, judges calibrate the demands of proportionality by reference to the sentences imposed in other cases. Sentencing precedents reflect the range of factual situations in the world and the plurality of judicial perspectives. Precedents embody the collective experience and wisdom of the judiciary. They are the practical expression of both parity and proportionality.

(2) Role of Appellate Courts

[34] Appellate courts have a dual role in sentence appeals (*Lacasse*, at paras. 36-37). Correcting errors in sentencing ensures both that the principles of sentencing are correctly applied and that sentences are not demonstrably unfit. Appellate courts also have a role in developing the law and providing guidance. Usually, in keeping with the common law emphasis on precedent, appellate guidance reflects

longtemps au cœur de la détermination de la peine au Canada (voir, p. ex., *R. c. Wilmott*, [1966] 2 O.R. 654 (C.A.)) et il est maintenant codifié comme étant le « principe fondamental » de la détermination de la peine à l’art. 718.1 du *Code criminel*.

[31] Le juge de la peine doit également tenir compte du principe de parité : des délinquants semblables ayant commis des infractions semblables dans des circonstances semblables devraient recevoir des peines semblables. Ce principe existe en outre depuis longtemps en droit canadien (voir, p. ex., *Wilmott*) et il est désormais consacré à l’al. 718.2b) du *Code criminel*.

[32] La parité et la proportionnalité ne s’opposent pas l’une à l’autre; la parité est plutôt une manifestation de la proportionnalité. L’application cohérente de la proportionnalité entraîne la parité. À l’inverse, le fait d’imposer la même peine dans des cas différents ne permet d’atteindre ni la parité ni la proportionnalité (*R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, par. 36-37; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 78-79).

[33] En pratique, la parité donne un sens à la proportionnalité. On ne peut déduire des principes de base une peine proportionnelle pour un délinquant et une infraction donnés; les juges calibrent plutôt les exigences de la proportionnalité en regard des peines infligées dans d’autres cas. Les précédents en matière de détermination de la peine reflètent toute la gamme des situations factuelles dans le monde et la multitude des points de vue judiciaires. Ces précédents incarnent l’expérience collective et la sagesse des juges. Ils représentent l’expression concrète de la parité et de la proportionnalité.

(2) Rôle des cours d’appel

[34] Les cours d’appel jouent un double rôle dans les appels sur sentence (*Lacasse*, par. 36-37). La correction des erreurs dans la détermination de la peine fait en sorte que les principes en la matière soient appliqués comme il se doit et évite que les peines ne soient manifestement pas indiquées. Il revient également aux cours d’appel de développer le droit et de fournir des balises. Habituellement, les

and summarizes the existing law. The appellate court will distill many precedents into a single statement, a range of sentences or perhaps a starting point, that the sentencing judge can more readily use.

[35] Sometimes, an appellate court must also set a new direction, bringing the law into harmony with a new societal understanding of the gravity of certain offences or the degree of responsibility of certain offenders (*R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290, at para. 239). When a body of precedent no longer responds to society's current understanding and awareness of the gravity of a particular offence and blameworthiness of particular offenders or to the legislative initiatives of Parliament, sentencing judges may deviate from sentences imposed in the past to impose a fit sentence (*Lacasse*, at para. 57). That said, as a general rule, appellate courts should take the lead in such circumstances and give sentencing judges the tools to depart from past precedents and craft fit sentences.

(3) Ranges of Sentence and Starting Points

[36] Canadian appellate courts often provide guidance in the form of ranges of sentences, which are “summaries of the minimum and maximum sentences imposed in the past, which serve in any given case as guides for the application of all the relevant principles and objectives” (*Lacasse*, at para. 57). Some courts, particularly Alberta's, use starting points as an alternative. Similar principles apply to either form of guidance.

[37] This Court has repeatedly held that sentencing ranges and starting points are guidelines, not hard and fast rules (*R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, at para. 33; *R. v. Wells*, 2000 SCC 10, [2000] 1 S.C.R. 207, at para. 45; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 44; *Lacasse*, at para. 60). Appellate courts cannot treat the departure from or failure to refer to a range of sentence or starting point as an error in principle. Nor can they intervene simply because the sentence is different

balises posées en appel reflètent l'état du droit et le résumé, ce qui cadre avec l'accent que met la common law sur les précédents. La cour d'appel réduit un grand nombre de précédents en un seul énoncé, un éventail de peines ou peut-être un point de départ que le juge de la peine peut utiliser plus aisément.

[35] Parfois, la cour d'appel doit aussi établir une nouvelle orientation afin d'harmoniser le droit avec la nouvelle conception que se fait la société de la gravité de certaines infractions ou du degré de responsabilité de certains délinquants (*R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 239). Lorsqu'un ensemble de précédents ne correspond plus à ce que la société comprend et connaît aujourd'hui de la gravité d'une infraction en particulier et de la culpabilité morale de certains délinquants ou aux initiatives législatives du Parlement, le juge de la peine peut s'écarter des peines infligées dans le passé pour imposer une peine juste (*Lacasse*, par. 57). Cela dit, en règle générale, les cours d'appel doivent faire preuve d'initiative en pareilles circonstances et donner aux juges qui prononcent les peines les outils voulus pour s'écarter des précédents et établir des peines appropriées.

(3) Fourchettes de peines et points de départ

[36] Les cours d'appel canadiennes fournissent souvent des balises sous la forme de fourchettes de peines, lesquelles sont « des condensés des peines minimales et maximales déjà infligées, et qui, selon le cas de figure, servent de guides d'application de tous les principes et objectifs pertinents » (*Lacasse*, par. 57). Certains tribunaux, surtout ceux de l'Alberta, recourent aux points de départ comme solution de rechange. Des principes similaires s'appliquent à l'une ou l'autre balise.

[37] Notre Cour a maintes fois déclaré que les fourchettes de peines et les points de départ sont des lignes directrices, et non des règles absolues (*R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, par. 33; *R. c. Wells*, 2000 CSC 10, [2000] 1 R.C.S. 207, par. 45; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 44; *Lacasse*, par. 60). Les cours d'appel ne peuvent considérer l'écart par rapport à une fourchette de peines ou à un point de départ ou l'omission de mentionner une fourchette de peines ou un point

from the sentence that would have been reached had the range of sentence or starting point been applied (*McDonnell*, at para. 42). Ranges of sentence and starting points cannot be binding in either theory or practice, and appellate courts cannot interpret or apply the standard of review to enforce them, contrary to *R. v. Arcand*, 2010 ABCA 363, 40 Alta. L.R. (5th) 199, at paras. 116-18 and 273. As this Court held in *Lacasse*, to do so would be to usurp the role of Parliament in creating categories of offences (paras. 60-61; see also *McDonnell*, at paras. 33-34).

[38] The deferential appellate standard of review is designed to ensure that sentencing judges can individualize sentencing both in method and outcome. Sentencing judges have considerable scope to apply the principles of sentencing in any manner that suits the features of a particular case. Different methods may even be required to account properly for relevant systemic and background factors (*Ipeelee*, at para. 59). Similarly, a particular combination of aggravating and mitigating factors may call for a sentence that lies far from any starting point and outside any range (see *Lacasse*, at para. 58; *Nasogaluak*, at para. 44; *R. v. Suter*, 2018 SCC 34, [2018] 2 S.C.R. 496, at para. 4).

[39] A range or starting point should only be created for a category of offences that share enough common features that it is useful to judge them by the same rubric. When an appellate court outlines a range or starting point, it must also provide a clear description both of the category created and the logic behind it (*Stone*, at para. 245). Without this description, it can be difficult to tell when the range or starting point is appropriate and how to use it.

de départ comme une erreur de principe. Elles ne peuvent non plus intervenir du simple fait que la peine diffère de celle qui aurait été fixée si l'on avait utilisé la fourchette de peines ou le point de départ (*McDonnell*, par. 42). Les fourchettes de peines et points de départ ne sauraient être contraignants en théorie ou en pratique, et les cours d'appel ne peuvent interpréter ou appliquer la norme de contrôle afin de les utiliser, contrairement à ce qui a été dit dans l'arrêt *R. c. Arcand*, 2010 ABCA 363, 40 Alta. L.R. (5th) 199, par. 116-118 et 273. Comme l'a mentionné notre Cour dans *Lacasse*, cette façon d'agir reviendrait à usurper le rôle du législateur en créant des catégories d'infractions (par. 60-61; voir aussi *McDonnell*, par. 33-34).

[38] La norme de contrôle empreinte de déférence en appel est conçue pour veiller à ce que le juge chargé de déterminer la peine puisse adapter cette démarche tant au chapitre de la méthode que de celui du résultat. Le juge de la peine jouit d'une latitude considérable pour appliquer les principes de détermination de la peine d'une manière qui se prête aux caractéristiques d'un cas donné. Il peut même s'avérer nécessaire d'employer différentes méthodes pour tenir dûment compte des facteurs systémiques et historiques pertinents (*Ipeelee*, par. 59). De même, une combinaison de facteurs aggravants et de facteurs atténuants peuvent requérir l'infliction d'une peine qui se trouve loin de tout point de départ et qui déroge à toute fourchette (voir *Lacasse*, par. 58; *Nasogaluak*, par. 44; *R. c. Suter*, 2018 CSC 34, [2018] 2 R.C.S. 496, par. 4).

[39] Il n'y a lieu de créer une fourchette ou un point de départ qu'à l'égard d'une catégorie d'infractions partageant assez de caractéristiques communes pour qu'il soit utile de les juger sous la même rubrique. La cour d'appel qui énonce une fourchette ou un point de départ doit aussi décrire clairement à la fois la catégorie créée et la logique sous-jacente (*Stone*, par. 245). Sans cette description, il peut être difficile de dire quand la fourchette ou le point de départ convient et de quelle manière il faut s'en servir.

(4) Concerns About Starting Points

[40] Before this Court, the interveners the Legal Aid Society of Alberta (“LASA”) and the Criminal Trial Lawyers’ Association (“CTLA”) raised broader concerns about the operation of the starting point method. Their concerns went beyond the issues that were settled in *McDonnell*. Indeed, LASA questioned whether the starting point methodology is an effective means of appellate guidance and argued that it suffers from deficiencies. The interveners suggest that starting points can fetter discretion, limit the effect of case-specific factors, and result in sentences that cluster around the starting point. They submit that the effect of starting points is an unjustified higher rate of imprisonment and the reproduction of systemic bias against Indigenous offenders. In addition, the interveners suggest starting point sentencing, with its reliance on the “typical” offender and offence, is unnecessarily complicated and hypothetical. When many mitigating factors are “built into” a starting point, the starting point can become in effect a minimum sentence.

[41] Many practitioners, judges, and academics have consistently expressed these concerns (see, e.g., A. Manson, “*McDonnell* and the Methodology of Sentencing” (1997), 6 *C.R.* (5th) 277; J. Rudin, “Eyes Wide Shut: The Alberta Court of Appeal’s Decision in *R. v. Arcand* and Aboriginal Offenders” (2011), 48 *Alta. L. Rev.* 987; L. Silver, *Sentencing to the Starting Point: The Alberta Debate*, May 23, 2019 (online)). We realize that the Alberta Court of Appeal has repeatedly defended the utility of the starting point methodology in the face of these concerns (see *Arcand*, at paras. 130-46; *R. v. Parranto*, 2019 ABCA 457, 98 *Alta. L.R.* (6th) 114, at paras. 28-38; see also P. Moreau, “In Defence of Starting Point Sentencing” (2016), 63 *Crim. L.Q.* 345). However, this Court has not yet addressed these concerns. We make no comment on the merits of these concerns. Nor should anything in these reasons be taken to suggest that

(4) Préoccupations au sujet des points de départ

[40] Les intervenantes la Legal Aid Society of Alberta (« LASA ») et la Criminal Trial Lawyers’ Association (« CTLA ») ont exprimé devant notre Cour des préoccupations plus larges à propos du recours à la méthode des points de départ. Leurs préoccupations allaient au-delà des questions réglées dans *McDonnell*. En effet, la LASA s’est demandé si la méthode des points de départ est un moyen efficace pour les cours d’appel de poser des balises et elle soutient que cette méthode souffre de lacunes. Les intervenantes prétendent que les points de départ peuvent entraver l’exercice du pouvoir discrétionnaire, limiter l’effet des facteurs propres à l’affaire en question et déboucher sur des peines qui s’agglutinent autour du point de départ. Selon elles, les points de départ donnent lieu à un taux supérieur injustifié d’emprisonnement et reproduisent les préjugés systémiques contre les délinquants autochtones. En outre, les intervenantes suggèrent que la détermination de la peine en fonction de points de départ est inutilement complexe et hypothétique du fait qu’elle s’appuie sur le délinquant et l’infraction « ordinaires ». Si un point de départ « incorpore » de nombreux facteurs atténuants, il peut devenir en fait une peine minimale.

[41] Nombre d’avocats, de juges et d’universitaires ont exprimé sans relâche ces préoccupations (voir, p. ex., A. Manson, « *McDonnell* and the Methodology of Sentencing » (1997), 6 *C.R.* (5th) 277; J. Rudin, « Eyes Wide Shut : The Alberta Court of Appeal’s Decision in *R. v. Arcand* and Aboriginal Offenders » (2011), 48 *Alta. L. Rev.* 987; L. Silver, *Sentencing to the Starting Point : The Alberta Debate*, 23 mai 2019 (en ligne)). Nous constatons que la Cour d’appel de l’Alberta a défendu maintes fois l’utilité de la méthode des points de départ malgré ces préoccupations (voir *Arcand*, par. 130-146; *R. c. Parranto*, 2019 ABCA 457, 98 *Alta. L.R.* (6th) 114, par. 28-38; voir également P. Moreau, « In Defence of Starting Point Sentencing » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 345). Notre Cour ne s’est toutefois pas encore penchée sur ces préoccupations. Nous ne faisons aucun commentaire sur leur bien-fondé. Il ne faut pas non plus déduire de

starting points are no longer a permissible form of appellate guidance. While we have determined that this case does not provide an appropriate opportunity to assess the merits of these concerns, they raise an issue of importance that should be resolved in an appropriate case.

C. *Sentencing Principles for Sexual Offences Against Children*

[42] Protecting children from wrongful exploitation and harm is the overarching objective of the legislative scheme of sexual offences against children in the *Criminal Code*. Our society is committed to protecting children and ensuring their rights and interests are respected (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 67). As Otis J.A. stated in *R. v. L. (J.-J.)* (1998), 126 C.C.C. (3d) 235 (Que. C.A.), [TRANSLATION] “the protection of children constitute[s] one of the essential and perennial values” of Canadian society (p. 250). Protecting children from becoming victims of sexual offences is thus vital in a free and democratic society (*R. v. Mills*, 2019 SCC 22, [2019] 2 S.C.R. 320, at para. 23).

[43] This case presents an opportunity for this Court to consider the sentencing principles for sexual offences against children. Sentencing is one of the most important and “most delicate stages of the criminal justice process” (*Lacasse*, at para. 1). It is at this stage that the judge must weigh the wrongfulness of sexual violence and the harm that it causes and give effect to both in imposing a sentence (C. L. M. Boyle, *Sexual Assault* (1984), at p. 171). It is important for this Court to provide guidance so that sentencing judges impose sentences that accurately reflect the nature of sexual offences against children and their impact on the victim (see P. Marshall, “Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform” (1988), 63 *C.R.* (3d) 216, at p. 219). To do otherwise would improperly permit myths that Parliament and this Court

quelque passage que ce soit des présents motifs que les points de départ cessent de constituer une forme acceptable de balise établie par les cours d’appel. Bien que nous ayons décidé que la présente affaire ne nous donne pas l’occasion idéale de juger du bien-fondé de ces préoccupations, celles-ci soulèvent une question d’importance qui doit être réglée dans un dossier qui s’y prête.

C. *Principes de détermination de la peine applicables aux infractions d’ordre sexuel contre des enfants*

[42] Protéger les enfants de l’exploitation illicite et du danger est l’objectif primordial du régime législatif créant les infractions d’ordre sexuel contre des enfants dans le *Code criminel*. Notre société est résolue à protéger les enfants et à assurer le respect de leurs droits et intérêts (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 67). Tel que l’a mentionné la juge d’appel Otis dans *R. c. L. (J.-J.)*, [1998] R.J.Q. 971 (C.A.), « la protection des enfants constitu[e] l’une des valeurs essentielles et pérennisées » de la société canadienne (p. 979). Il est donc essentiel dans une société libre et démocratique d’empêcher que les enfants soient victimes d’infractions d’ordre sexuel (*R. c. Mills*, 2019 CSC 22, [2019] 2 R.C.S. 320, par. 23).

[43] La présente affaire donne l’occasion à notre Cour de se pencher sur les principes de détermination de la peine applicables aux infractions d’ordre sexuel contre des enfants. La détermination de la peine est l’une des étapes les plus importantes et « délicates du processus de justice pénale et criminelle » (*Lacasse*, par. 1). C’est à cette étape que les juges doivent évaluer le caractère répréhensible de la violence sexuelle et le préjudice qu’elle cause ainsi que donner effet à ces deux facteurs dans l’infliction d’une peine (C. L. M. Boyle, *Sexual Assault* (1984), p. 171). Il importe pour notre Cour de fournir des balises afin que les juges imposent des peines qui reflètent fidèlement la nature des infractions d’ordre sexuel contre des enfants et l’incidence qu’elles ont sur les victimes (voir P. Marshall, « Sexual Assault,

have striven to drive out of the law of evidence and substantive criminal law to simply re-emerge at the sentencing stage (R. P. Nadin-Davis, “Making a Silk Purse? Sentencing: The ‘New’ Sexual Offences” (1983), 32 *C.R.* (3d) 28, at p. 46). This result could undermine the credibility of the criminal justice system in the eyes of victims, their families, caregivers, and communities, and the public at large (see *Lacasse*, at para. 3).

[44] Given the facts of this case, the guidance we provide is focused on sentencing principles for the offence of sexual interference and closely related offences such as invitation to sexual touching (*Criminal Code*, s. 152), sexual exploitation (*Criminal Code*, s. 153(1)), incest (*Criminal Code*, s. 155), and sexual assault (*Criminal Code*, s. 271). However, the principles that we outline also have relevance to sentencing for other sexual offences against children, such as child luring (*Criminal Code*, s. 172.1).² Courts should thus draw upon the principles that we set out in this case when imposing sentences for such other sexual offences against children. Courts may also draw upon these principles when imposing sentences for child abduction and human trafficking offences where the victim is a child and the factual

The Charter and Sentencing Reform » (1988), 63 *C.R.* (3d) 216, p. 219). Agir autrement permettrait à tort aux mythes que le législateur et notre Cour se sont évertués à exclure du droit de la preuve et du droit pénal substantiel de réapparaître tout simplement à l’étape de la détermination de la peine (R. P. Nadin-Davis, « Making a Silk Purse? Sentencing : The “New” Sexual Offences » (1983), 32 *C.R.* (3d) 28, p. 46). Ce résultat risque d’ébranler la crédibilité du système de justice pénale aux yeux des victimes, de leurs familles, des gens qui en prennent soin et de leurs collectivités, ainsi que de la population en général (voir *Lacasse*, par. 3).

[44] Vu les faits de l’espèce, les directives que nous donnons s’attachent aux principes de détermination de la peine à la fois pour l’infraction de contacts sexuels et les infractions qui y sont intimement liées telles que l’incitation à des contacts sexuels (*Code criminel*, art. 152), l’exploitation sexuelle (*Code criminel*, par. 153(1)), l’inceste (*Code criminel*, art. 155) et l’agression sexuelle (*Code criminel*, art. 271). Les principes que nous formulons valent toutefois aussi pour d’autres infractions d’ordre sexuel contre des enfants, comme le leurre d’enfants (*Code criminel*, art. 172.1)². Les tribunaux doivent donc s’inspirer des principes que nous énonçons en l’espèce au moment d’infliger des peines pour d’autres infractions d’ordre sexuel contre des enfants. Les tribunaux peuvent aussi s’en inspirer au moment d’imposer

² In addition to child luring, other sexual offences against children described in the *Criminal Code* include the following: bestiality in presence of or by child (s. 160(3)); making child pornography (s. 163.1(2)); distribution of child pornography (s. 163.1(3)); possession of child pornography (s. 163.1(4)); accessing child pornography (s. 163.1(4.1)); parent or guardian procuring sexual activity (s. 170); householder permitting prohibited sexual activity (s. 171); making sexually explicit material available to child (s. 171.1); agreement or arrangement to commit a sexual offence against child (s. 172.2(1)); exposure of genitals to a person under 16 (s. 173(2)); obtaining sexual services for consideration from person under 18 years (s. 286.1(2)); material benefit from sexual services provided by person under 18 years (s. 286.2(2)); procuring — person under 18 years (s. 286.3(2)).

² Outre le leurre d’enfants, les infractions d’ordre sexuel contre des enfants que décrit le *Code criminel* comprennent les suivantes : bestialité en présence d’un enfant ou incitation de celui-ci (par. 160(3)); production de pornographie juvénile (par. 163.1(2)); distribution de pornographie juvénile (par. 163.1(3)); possession de pornographie juvénile (par. 163.1(4)); accès à de la pornographie juvénile (par. 163.1(4.1)); père, mère ou tuteur qui sert d’entremetteur (art. 170); maître de maison qui permet des actes sexuels interdits (art. 171); rendre accessible à un enfant du matériel sexuellement explicite (art. 171.1); entente ou arrangement — infraction d’ordre sexuel à l’égard d’un enfant (par. 172.2(1)); exhiber ses organes génitaux devant une personne âgée de moins de 16 ans (par. 173(2)); obtention de services sexuels moyennant rétribution — personne âgée de moins de 18 ans (par. 286.1(2)); avantage matériel provenant de la prestation de services sexuels d’une personne âgée de moins de dix-huit ans (par. 286.2(2)); proxénétisme — personne âgée de moins de dix-huit ans (par. 286.3(2)).

foundation for the conviction involves sexual violence or exploitation.³

[45] We wish to make clear at the outset of our discussion of these sentencing principles that we recognize that criminal justice responses alone cannot solve the problem of sexual violence against children. Rather, guaranteeing children in Canada a childhood free of sexual violence requires coordinated action by all levels of government and by civil society across policy domains as diverse as healthcare, education, and child welfare. Nonetheless, the criminal law in general and sentencing law specifically are important mechanisms that Parliament has chosen to employ to protect children from sexual violence, to hold perpetrators accountable, and to communicate the wrongfulness of sexual violence against children. It is our duty to give Parliament’s sentencing initiatives their full effect.

(1) Contemporary Understanding of Sexual Violence Against Children

(a) *Prevalence and Role of Technology*

[46] Because protecting children is so important, we are very concerned by the prevalence of sexual violence against children. This “pervasive tragedy that has damaged the lives of tens of thousands of Canadian children and youths” continues to harm thousands more children and youth each year (Canada, Committee on Sexual Offences Against Children and Youths, *Sexual Offences Against Children: Report of*

³ Specifically, the following offences involve human trafficking or child abduction: trafficking of a person under the age of eighteen years (s. 279.011(1)); material benefit — trafficking of person under 18 years (s. 279.02(2)); withholding or destroying documents — trafficking of person under 18 years (s. 279.03(2)); abduction of person under age of 16 (s. 280(1)); abduction of person under age of 14 (s. 281).

des peines pour enlèvement d’enfant et des infractions de traite de personnes lorsque la victime est un enfant et que le fondement factuel de la déclaration de culpabilité met en cause de la violence ou de l’exploitation sexuelle³.

[45] Nous tenons à préciser au début de notre analyse des principes de détermination de la peine susmentionnés que nous reconnaissons que les réponses de la justice pénale ne permettent pas à elles seules de résoudre le problème de la violence sexuelle contre les enfants. Pour assurer aux enfants canadiens une enfance à l’abri de la violence sexuelle, il faut plutôt une action concertée de tous les ordres de gouvernement ainsi que de la société civile dans des domaines d’intérêt public aussi diversifiés que les soins de santé, l’éducation et les services de protection de l’enfance. Néanmoins, le droit criminel en général et le droit de la détermination de la peine en particulier constituent des mécanismes importants que le législateur a choisi d’employer pour protéger les enfants de la violence sexuelle, tenir les auteurs de cette violence responsables de leurs actes et exprimer le caractère répréhensible de la violence sexuelle contre les enfants. Il nous incombe de donner plein effet aux initiatives de détermination de la peine prises par le législateur.

(1) Compréhension actuelle de la violence sexuelle contre des enfants

a) *Ampleur et rôle de la technologie*

[46] Comme la protection des enfants est si importante, l’ampleur de la violence sexuelle contre des enfants nous inquiète énormément. Cette tragédie « extrêmement répandu[e] [. . .] [qui a marqué] des dizaines de milliers d’enfants et de jeunes [au Canada] [. . .] pour la vie » continue à faire du mal à des milliers d’autres enfants et jeunes chaque année (Canada, Comité sur les infractions sexuelles à

³ Plus précisément, les infractions suivantes mettent en cause la traite de personnes ou l’enlèvement d’enfant : traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans (par. 279.011(1)); avantage matériel – traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans (par. 279.02(2)); rétention ou destruction de documents – traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans (par. 279.03(2)); enlèvement d’une personne âgée de moins de 16 ans (par. 280(1)); enlèvement d’une personne âgée de moins de 14 ans (art. 281).

the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths (1984), vol. 1, at p. 29 (“Badgley Committee”). In Canada, both the overall number of police-reported sexual violations against children and police-reported child luring incidents more than doubled between 2010 and 2017, and police-reported child pornography incidents more than tripled (Canada, Department of Justice Research and Statistics Division, *Just Facts: Sexual Violations against Children and Child Pornography*, March 2019 (online), at pp. 1-2). Courts are seeing more of these cases (*R. v. M. (D.)*, 2012 ONCA 520, 111 O.R. (3d) 721, at para. 25). Whatever the reason for the increase in police-reported incidents, it is clear that such reports understate the occurrence of these offences (*R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091, at pp. 1100-1101).

[47] New technologies have enabled new forms of sexual violence against children and provided sexual offenders with new ways to access children. Social media provides sexual offenders “unprecedented access” to potential child victims (*R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 102). The Internet both directly connects sexual offenders with child victims and allows for indirect connections through the child’s caregiver. Online child luring can be both a prelude to sexual assault and a way to induce or threaten children to perform sexual acts on camera (see *R. v. Woodward*, 2011 ONCA 610, 107 O.R. (3d) 81; *R. v. Rafiq*, 2015 ONCA 768, 342 O.A.C. 193). The Internet has also “accelerated the proliferation of child pornography” (*R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, at para. 114, per Deschamps J.).

[48] Technology can make sexual offences against children qualitatively different too. For instance, online distribution of films or images depicting sexual violence against a child repeats the original sexual violence since the child has to live with the

l’égard des enfants et des jeunes, *Infractions sexuelles à l’égard des enfants : Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l’égard des enfants et des jeunes* (1984), vol. 1, p. 29 (« Comité Badgley »)). Au Canada, tant le nombre total d’infractions d’ordre sexuel contre des enfants déclarées par la police que le nombre d’incidents de leurre d’enfants ont plus que doublé entre 2010 et 2017, et les incidents de pornographie juvénile déclarés par la police ont plus que triplé (Canada, Ministère de la Justice, Division de la recherche et de la statistique, *Précis des faits : Infractions sexuelles contre les enfants et pornographie juvénile*, mars 2019 (en ligne), p. 1-2). Un nombre accru de ces cas se retrouvent devant les tribunaux (*R. c. M. (D.)*, 2012 ONCA 520, 111 O.R. (3d) 721, par. 25). Quelle que soit la raison pour laquelle la police a déclaré plus d’incidents, ces déclarations ne rendent clairement pas compte de la fréquence de ces infractions (*R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091, p. 1100-1101).

[47] Les nouvelles technologies ont ouvert la voie à de nouvelles formes de violence sexuelle à l’égard des enfants et donné aux délinquants sexuels de nouveaux moyens d’entrer en contact avec eux. Les médias sociaux donnent aux délinquants sexuels « un accès sans précédent » aux enfants victimes potentielles (*R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 102). Internet met les délinquants sexuels directement en contact avec les enfants victimes et leur permet d’avoir avec eux des rapports indirects par l’entremise des gens qui en prennent soin. Le leurre d’enfants en ligne peut constituer à la fois le préluce d’une agression sexuelle et un moyen d’amener les enfants à se livrer à des actes sexuels devant une caméra ou de les menacer pour qu’elles et ils le fassent (voir *R. c. Woodward*, 2011 ONCA 610, 107 O.R. (3d) 81; *R. c. Rafiq*, 2015 ONCA 768, 342 O.A.C. 193). Internet a également « accéléré la prolifération de la pornographie juvénile » (*R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, par. 114, la juge Deschamps).

[48] La technologie peut aussi transformer sur le plan qualitatif les infractions d’ordre sexuel contre des enfants. Par exemple, la diffusion en ligne de films ou d’images de violence sexuelle contre un enfant reproduit la violence sexuelle initiale à l’endroit

knowledge that others may be accessing the films or images, which may resurface in the child's life at any time (*R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 92; *R. v. S. (J.)*, 2018 ONCA 675, 142 O.R. (3d) 81, at para. 120).

[49] Both Parliament and the courts have begun to respond to the prevalence of, new forms of, and qualitative changes in sexual violence against children. Parliament has attempted to keep pace with these developments by amending sentencing provisions for sexual offences against children (*K.R.J.*, at para. 103). Courts too have been on a “learning curve” to understand both the extent and the effects of sexual violence against children and sentencing has evolved to respond to the prevalence of these crimes (*R. v. F. (D.G.)*, 2010 ONCA 27, 98 O.R. (3d) 241, at para. 21).

(b) *Understanding the Wrongfulness and Harmfulness of Sexual Violence*

[50] To effectively respond to sexual violence against children, sentencing judges need to properly understand the wrongfulness of sexual offences against children and the profound harm that they cause. Getting the wrongfulness and harmfulness right is important. As Pepall J.A. recognized in *R. v. Stuckless*, 2019 ONCA 504, 146 O.R. (3d) 752 (“*Stuckless (2019)*”), failure to recognize or appreciate the interests that the legislative scheme of offences protects can result in unreasonable underestimations of the gravity of the offence (paras. 120, 122, 130 and 137; see also Marshall, at pp. 219-20). Similarly, it can result in stereotypical reasoning filtering into the sentencing process and the consequent misidentification and misapplication of aggravating and mitigating factors (J. Benedet, “Sentencing for Sexual Offences Against Children and Youth: Mandatory Minimums, Proportionality and Unintended Consequences” (2019), 44 *Queen’s L.J.* 284, at pp. 288 and 309; M. M. Wright, *Judicial Decision Making in Child Sexual Abuse Cases* (2007), at pp. xii-xiii and 39). Properly understanding the harmfulness will help bring sentencing law into line with society’s contemporary

de l’enfant car ce dernier vit en sachant que d’autres personnes peuvent accéder aux films ou aux images, qui peuvent à tout moment refaire surface dans sa vie (*R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 92; *R. c. S. (J.)*, 2018 ONCA 675, 142 O.R. (3d) 81, par. 120).

[49] Tant le législateur que les tribunaux ont commencé à réagir à l’ampleur, aux nouvelles formes et à l’évolution qualitative de la violence sexuelle contre des enfants. Le législateur entendait se mettre au diapason de cette évolution en modifiant les dispositions en matière de détermination de la peine applicables aux infractions d’ordre sexuel contre des enfants (*K.R.J.*, par. 103). Les tribunaux sont eux aussi passés par une [TRADUCTION] « période d’apprentissage » pour comprendre à la fois l’ampleur et les effets de la violence sexuelle contre des enfants, et la détermination de la peine a évolué pour s’adapter à la fréquence de ces crimes (*R. c. F. (D.G.)*, 2010 ONCA 27, 98 O.R. (3d) 241, par. 21).

(b) *Comprendre le caractère répréhensible et la nocivité de la violence sexuelle*

[50] Pour bien s’attaquer à la violence sexuelle contre des enfants, les juges chargés de déterminer une peine doivent bien comprendre le caractère répréhensible des infractions d’ordre sexuel à l’égard d’enfants et les torts considérables qu’elles causent. Il importe de bien saisir leur caractère répréhensible et leur nocivité. Comme l’a reconnu la juge Pepall dans *R. c. Stuckless*, 2019 ONCA 504, 146 O.R. (3d) 752 (« *Stuckless (2019)* »), le fait de ne pas reconnaître ou apprécier les intérêts que le régime législatif créant ces infractions vise à protéger peut amener à sous-estimer indûment la gravité de l’infraction (par. 120, 122, 130 et 137; voir aussi Marshall, p. 219-220). De même, cela peut donner lieu à l’infiltration d’un raisonnement stéréotypé dans la détermination de la peine et entraîner du coup le choix de mauvais facteurs aggravants et atténuants et leur application erronée (J. Benedet, « Sentencing for Sexual Offences Against Children and Youth : Mandatory Minimums, Proportionality and Unintended Consequences » (2019), 44 *Queen’s L.J.* 284, p. 288 et 309; M. M. Wright, *Judicial Decision Making in Child Sexual Abuse Cases* (2007), p. xii-xiii et 39). Bien saisir la

understanding of the nature and gravity of sexual violence against children and will ensure that past biases and myths do not filter into the sentencing process (*Stone*, at para. 239; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at para. 200).

(i) Personal Autonomy, Bodily Integrity, Sexual Integrity, Dignity and Equality

[51] The prime interests that the legislative scheme of sexual offences against children protect are the personal autonomy, bodily integrity, sexual integrity, dignity, and equality of children. This Court recognized the importance of these interests in *Sharpe* in the context of the production of child pornography. As this Court reasoned, the production of child pornography traumatizes children and violates their autonomy and dignity by treating them as sexual objects, causing harm that may stay with them for their entire lifetime (para. 92, per McLachlin C.J., and para. 185, per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.). Sexual violence against children is thus wrongful because it invades their personal autonomy, violates their bodily and sexual integrity, and gravely wounds their dignity (see *Sharpe*, at paras. 172, 174 and 185, per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.).

[52] We would note that the personal autonomy interest carries a somewhat different meaning for children than it does for adults. Children under the age of 16 of course lack the capacity to consent to sexual contact with an adult. As we will explain in detail later in these reasons, a child's participation in such contact is not a mitigating factor and should never be equated to consent. Instead, personal autonomy refers to a child's right to develop to adulthood free from sexual interference and exploitation by adults (see *Sharpe*, at para. 185).

[53] In 1987, Parliament created the modern legislative scheme of sexual offences against children

nocivité favorisera l'adaptation des règles de détermination de la peine à la conception que la société se fait actuellement de la nature et de la gravité de la violence sexuelle contre des enfants et empêchera que les préjugés et mythes du passé s'infiltrent dans la détermination de la peine (*Stone*, par. 239; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 200).

(i) Autonomie personnelle, intégrité physique et sexuelle, dignité et égalité

[51] Les droits fondamentaux protégés par le régime législatif créant les infractions d'ordre sexuel contre des enfants sont l'autonomie personnelle de ceux-ci, leur intégrité physique et sexuelle, leur dignité et leur égalité. Notre Cour a reconnu l'importance de ces droits dans *Sharpe*, une affaire de production de pornographie juvénile. Comme l'a dit notre Cour, la production de pornographie juvénile traumatise les enfants et porte atteinte à leur autonomie et à leur dignité en les traitant comme des objets sexuels, leur causant des torts qui peuvent les marquer pour la vie (par. 92, la juge en chef McLachlin, et par. 185, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache). La violence sexuelle faite aux enfants est donc répréhensible car elle envahit leur autonomie personnelle, porte atteinte à leur intégrité physique et sexuelle et met gravement à mal leur dignité (voir *Sharpe*, par. 172, 174, 185, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache).

[52] Nous tenons à souligner que le droit à l'autonomie personnelle revêt un sens quelque peu différent en ce qui concerne les enfants par opposition aux adultes. Bien entendu, les enfants âgés de moins de 16 ans n'ont pas la capacité de donner leur consentement à des contacts sexuels avec un adulte. Comme nous l'expliquerons en détail plus loin dans les présents motifs, la participation d'un enfant à pareils contacts n'est pas un facteur atténuant et elle ne doit jamais être assimilée au consentement. L'autonomie personnelle s'entend plutôt du droit de l'enfant de se développer jusqu'à l'âge adulte à l'abri de contacts sexuels et de l'exploitation de la part des adultes (voir *Sharpe*, par. 185).

[53] En 1987, le législateur a créé le régime législatif moderne des infractions d'ordre sexuel contre

by enacting Bill C-15, *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.). In so doing, Parliament replaced the previous offences based on the gender of the victim or the presence of penile penetration with “child-specific gender-neutral offences not dependent upon proof of penile penetration” (A. McGillivray, “Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales after Bill C-15” (1990), 19 *Man. L.J.* 549, at p. 556). As Professor Anne McGillivray wrote, Parliament thus shifted the focus of sexual offences against children from chastity or propriety to a “child-centred” approach that emphasizes the trauma to the child victim from all acts of sexual violence (pp. 558-60). The modern prohibition on sexual interference thereby gives effect to “Parliament’s recognition that adult/youth sexual relationships are inherently exploitative” by reason of the lack of maturity, judgment, and experience of children (*R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021, at para. 26; *R. v. Hajar*, 2016 ABCA 222, 39 Alta. L.R. (6th) 209, at para. 229).

[54] The enactment of Bill C-15 also illustrates how Parliament sought to protect children’s equality interest. Parliament enacted Bill C-15 following the reports of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths and the Special Committee on Pornography and Prostitution. Both reports emphasized the need for any reform of the scheme of sexual offences against children to guarantee children the equal protection of their interests in autonomy, dignity and physical and sexual integrity (Badgley Committee, vol. 1, at pp. 39 and 292; Canada, Special Committee on Pornography and Prostitution, *Pornography and Prostitution in Canada: Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (1985), vol. 1, at p. 24 (“Fraser Committee”); Fraser Committee, vol. 2, at p. 563). Both reports also concluded that the failures of the existing scheme of sexual offences against children disproportionately affected girls and young women because they were disproportionately victimized (Badgley Committee, vol. 1, at p. 180; Fraser Committee, vol. 2, at p. 573). In his speech introducing Bill C-15, then Minister of

des enfants par l’adoption du projet de loi C-15, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. 19 (3^e suppl.). Ce faisant, il a remplacé les anciennes infractions fondées sur le sexe de la victime ou l’existence de pénétration du pénis par des [TRADUCTION] « infractions neutres propres aux enfants qui ne requièrent pas une preuve de pénétration du pénis » (A. McGillivray, « Abused Children in the Courts : Adjusting the Scales after Bill C-15 » (1990), 19 *Man. L.J.* 549, p. 556). Comme l’a écrit la professeure Anne McGillivray, le législateur a ainsi délaissé les infractions d’ordre sexuel contre les enfants mettant l’accent sur la chasteté ou la bienséance pour adopter une approche « axée sur l’enfant » qui met en relief le traumatisme causé à l’enfant victime de tout acte de violence sexuelle (p. 558-560). L’interdiction moderne des contacts sexuels donne donc effet à la « reconnaissance par le Parlement que les relations sexuelles entre un adulte et un adolescent constituent intrinsèquement un acte d’exploitation » en raison du manque de maturité, de jugement et d’expérience des enfants (*R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 26; *R. c. Hajar*, 2016 ABCA 222, 39 Alta. L.R. (6th) 209, par. 229).

[54] L’adoption du projet de loi C-15 montre aussi de quelle manière le législateur a tenté de protéger le droit des enfants à l’égalité. Le législateur a adopté ce projet de loi à la suite des rapports du Comité sur les infractions sexuelles à l’égard des enfants et des jeunes ainsi que du Comité spécial d’étude de la pornographie et de la prostitution. Les deux rapports faisaient ressortir le besoin d’une réforme du régime des infractions d’ordre sexuel contre les enfants pour garantir à ces derniers la protection égale de leurs droits à l’autonomie, à la dignité de même qu’à l’intégrité physique et sexuelle (Comité Badgley, vol. 1, p. 41 et 316; Canada, Comité spécial d’étude de la pornographie et de la prostitution, *La pornographie et la prostitution au Canada : Rapport du Comité spécial d’étude de la pornographie et de la prostitution* (1985), vol. 1, p. 25-26 (« Comité Fraser »); Comité Fraser, vol. 2, p. 605). Les deux rapports concluaient aussi que les défauts du régime actuel des infractions d’ordre sexuel à l’égard des enfants nuisaient de façon disproportionnée aux filles et aux jeunes femmes car elles en étaient victimes

Justice Ray Hnatyshyn highlighted the conclusions of both reports. He referred to statistics from the report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths showing that children are disproportionately vulnerable to sexual offences and that girls and young women are disproportionately victimized relative to boys. The Minister emphasized that the reform of the scheme of sexual offences against children would guarantee children “the equal degree of protection of the law” and provide them “more complete protection . . . from all manner of sexual abuse” (*House of Commons Debates*, vol. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 4, 1986, at p. 1037).

[55] These developments are connected to a larger shift, as society has come to understand that the focus of the sexual offences scheme is not on sexual propriety but rather on wrongful interference with sexual integrity. As Professor Elaine Craig notes, “This shift from focusing on sexual propriety to sexual integrity enables greater emphasis on violations of trust, humiliation, objectification, exploitation, shame, and loss of self-esteem rather than simply, or only, on deprivations of honour, chastity, or bodily integrity (as was more the case when the law’s concern had a greater focus on sexual propriety)” (*Troubling Sex: Towards a Legal Theory of Sexual Integrity* (2012), at p. 68).

[56] This emphasis on personal autonomy, bodily integrity, sexual integrity, dignity, and equality requires courts to focus their attention on emotional and psychological harm, not simply physical harm. Sexual violence against children can cause serious emotional and psychological harm that, as this Court held in *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, “may often be more pervasive and permanent in its effect than any physical harm” (p. 81).

dans une proportion démesurée (Comité Badgley, vol. 1, p. 194-195; Comité Fraser, vol. 2, p. 615). Dans son discours présentant le projet de loi C-15, le ministre de la Justice à l’époque, Ray Hnatyshyn, a souligné les conclusions des deux rapports. Il a cité les données du rapport du Comité sur les infractions d’ordre sexuel à l’égard des enfants et des jeunes démontrant que les enfants sont disproportionnellement vulnérables à ces infractions et que les filles et les jeunes femmes en sont victimes dans une proportion démesurée par rapport aux garçons. Le ministre a souligné que la réforme du régime des infractions d’ordre sexuel à l’endroit des enfants garantirait à ces derniers « une protection égale devant la loi » et leur fournirait « une protection plus complète [. . .] contre toute sorte de délits sexuels » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 1, 2^e sess., 33^e lég., 4 novembre 1986, p. 1037).

[55] Ces changements s’expliquent par un virage plus large, car la société en est venue à comprendre que le point de mire du régime des infractions d’ordre sexuel est non pas la bienséance sexuelle, mais l’atteinte fautive à l’intégrité sexuelle. Comme le fait remarquer la professeure Elaine Craig, [TRADUCTION] « [c]e changement d’éclairage, qui passe de la bienséance sexuelle à l’intégrité sexuelle, permet de mettre un accent accru sur les abus de confiance, l’humiliation, l’objectification, l’exploitation, la honte et la perte d’estime de soi plutôt que sur simplement, ou seulement, l’atteinte à l’honneur, à la chasteté ou à l’intégrité physique (comme c’était davantage le cas quand le droit se souciait davantage de la bienséance sexuelle) » (*Troubling Sex: Towards a Legal Theory of Sexual Integrity* (2012), p. 68).

[56] Cette insistance sur l’autonomie personnelle, l’intégrité physique et sexuelle, la dignité et l’égalité oblige les tribunaux à se concentrer sur le préjudice émotionnel et psychologique, et non simplement sur le préjudice corporel. La violence sexuelle peut causer aux enfants un grave préjudice émotionnel et psychologique qui, tel que l’a mentionné notre Cour dans *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, « peut souvent avoir des effets plus pénétrants et permanents qu’une blessure physique » (p. 81).

[57] A number of this Court’s decisions provide insight into these forms of harm. In *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, L’Heureux-Dubé J. emphasized the emotional trauma that the nine-year old complainant experienced from sexual violence (pp. 439-42). Similarly, in *McDonnell*, McLachlin J. (as she then was) stressed the emotional harm of “the violation of the child victim’s integrity and sense of self-worth and control over her body” that the child victim experienced as a result of being sexually assaulted while sleeping (para. 111). The likely result of the sexual assault would be “shame, embarrassment, unresolved anger, a reduced ability to trust others and fear that . . . people could and would abuse her and her body” (para. 113).

[58] These forms of harm are particularly pronounced for children. Sexual violence can interfere with children’s self-fulfillment and healthy and autonomous development to adulthood precisely because children are still developing and learning the skills and qualities to overcome adversity (*Sharpe*, at paras. 158, 184-85 and 188, per L’Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.; G. Renaud, *The Sentencing Code of Canada: Principles and Objectives* (2009), at § 12.64). For this reason, even a single instance of sexual violence can “permanently alter the course of a child’s life” (*Stuckless* (2019), at para. 136, per Pepall J.A.). As Otis J.A. explained in *L. (J.-J.)*, at p. 250:

[TRANSLATION] The shattering of the personality of a child at a stage where [the child’s] budding organization as a person has only a very fragile defensive structure, will result — in the long term — in suffering, distress and the loss of self-esteem.

[59] In emphasizing the harmfulness of sexual offences against children, we do not intend to stereotype child victims of sexual violence as forever broken. To the contrary, it takes great “strength and courage” to survive sexual violence as a child (*R. v. J.R.G.*, [2013] B.C.J. No. 1401 (QL) (Prov. Ct.), at para. 26). Frequently, child victims make “valiant and repeated efforts to have someone believe their allegations” (I. Grant and J. Benedet, “The ‘Statutory

[57] Plusieurs arrêts de notre Cour donnent un aperçu de ces formes de préjudice. Dans l’arrêt *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, la juge L’Heureux-Dubé a souligné le traumatisme émotionnel qu’a fait subir la violence sexuelle à la plaignante âgée de neuf ans (p. 439-442). De même, dans *McDonnell*, la juge McLachlin (plus tard juge en chef) a insisté sur le préjudice émotionnel causé par « l’atteinte à l’intégrité de la victime, à sa confiance en soi et au contrôle sur son corps » qu’a subi une enfant agressée sexuellement alors qu’elle dormait (par. 111). L’agression sexuelle aurait vraisemblablement causé « de la honte, de la gêne, une colère inapaisée, une aptitude réduite à faire confiance à autrui et la crainte que [. . .] des gens puissent abuser d’elle et qu’ils le fassent effectivement » (par. 113).

[58] Ces formes de préjudice sont particulièrement considérables dans le cas des enfants. La violence sexuelle peut compromettre leur épanouissement personnel ainsi que leur développement sain et autonome jusqu’à l’âge adulte précisément parce qu’ils sont encore en train de développer et d’acquérir les compétences et qualités voulues pour surmonter l’adversité (*Sharpe*, par. 158, 184-185 et 188, les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache; G. Renaud, *The Sentencing Code of Canada : Principles and Objectives* (2009), § 12.64). Pour cette raison, même un incident isolé de violence sexuelle risque [TRADUCTION] « [d’]altérer à jamais le cours de la vie d’un enfant » (*Stuckless* (2019), par. 136, la juge d’appel Pepall). Comme l’a expliqué la juge d’appel Otis dans *L. (J.-J.)*, à la p. 979 :

La fragmentation de la personnalité d’un enfant à l’époque où son organisation naissante ne laisse voir qu’une structure défensive très fragile engendrera — à long terme — la souffrance, la détresse et la perte d’estime de soi.

[59] En insistant sur la nocivité des infractions d’ordre sexuel à l’égard d’enfants, nous ne voulons pas stéréotyper les enfants victimes de violence sexuelle comme étant brisés à jamais. Au contraire, il faut une [TRADUCTION] « force et un courage » remarquables pour survivre à la violence sexuelle durant l’enfance (*R. c. J.R.G.*, [2013] B.C.J. No. 1401 (QL) (C. prov.), par. 26). Souvent, les enfants victimes déploient [TRADUCTION] « à répétition de vaillants

Rape’ Myth: A Case Law Study of Sexual Assaults against Adolescent Girls” (2019), 31 *C.J.W.L.* 266, at p. 292 (“The ‘Statutory Rape’ Myth”). Many victims go on to live healthy and meaningful lives with fulfilling and loving relationships. Offenders cannot rob children of their “strength, compassion, love for others and intelligence” and “resolve to take back their lives” (*R. v. Stuckless*, 2016 ONCJ 338, at paras. 50 and 53 (CanLII), rev’d 2019 ONCA 504, 146 O.R. (3d) 752).

(ii) Relational Harm: Damage to Children’s Relationships With Their Families and Communities

[60] Sexual violence causes additional harm to children by damaging their relationships with their families and caregivers. Because much sexual violence against children is committed by a family member, the violence is often accompanied by breach of a trust relationship (*R. v. D.R.W.*, 2012 BCCA 454, 330 B.C.A.C. 18, at para. 41). If a parent or family member is the perpetrator of the sexual violence, the other parent or family members may cause further trauma by taking the side of the perpetrator and disbelieving the victim (see “The ‘Statutory Rape’ Myth”, at p. 292). Children who are or have been in foster care may be particularly vulnerable since making an allegation can result in the end of a placement or a return to foster care (see *R. v. L.M.*, 2019 ONCA 945, 59 C.R. (7th) 410). Even when a parent or caregiver is not the perpetrator, the sexual violence can still tear apart families or render them dysfunctional (*R. v. D. (D.)* (2002), 58 O.R. (3d) 788 (C.A.), at para. 45). For instance, siblings and parents can reject victims of sexual violence because they blame them for their own victimization (see *Rafiq*, at para. 38). Victims may also lose trust in the ability of family members to protect them and may withdraw from their family as a result (*Rafiq*, at paras. 39-41).

efforts pour que quelqu’un prête foi à leurs allégations » (I. Grant et J. Benedet, « The “Statutory Rape” Myth : A Case Law Study of Sexual Assaults against Adolescent Girls » (2019), 31 *R.F.D.* 266, p. 292 (« The “Statutory Rape” Myth »)). Bon nombre de victimes mènent par la suite des vies saines et gratifiantes en plus de vivre des relations enrichissantes et aimantes. Les délinquants n’arrivent pas à priver les enfants de leur [TRADUCTION] « force, compassion, amour d’autrui et intelligence » et « détermination à reprendre le contrôle de leur vie » (*R. c. Stuckless*, 2016 ONCJ 338, par. 50 et 53 (CanLII), inf. par 2019 ONCA 504, 146 O.R. (3d) 752).

(ii) Préjudice relationnel : Tort causé aux relations des enfants avec leurs familles et leurs collectivités

[60] La violence sexuelle cause un préjudice supplémentaire aux enfants en nuisant à leurs relations avec leurs familles et les personnes qui s’occupent d’eux. Comme une bonne partie de la violence sexuelle à l’égard des enfants est l’œuvre d’un membre de la famille, la violence s’accompagne souvent de l’abus d’une relation de confiance (*R. c. D.R.W.*, 2012 BCCA 454, 330 B.C.A.C. 18, par. 41). Si un parent ou un membre de la famille est l’auteur de la violence sexuelle, l’autre parent ou les autres membres de la famille causent dans certains cas un nouveau traumatisme en prenant parti pour l’agresseur et en ne croyant pas la victime (voir « The “Statutory Rape” Myth », p. 292). Les enfants qui sont ou ont été placés en famille d’accueil peuvent être particulièrement vulnérables car rapporter une agression sexuelle peut entraîner la fin d’un placement ou le retour en famille d’accueil (voir *R. c. L.M.*, 2019 ONCA 945, 59 C.R. (7th) 410). Même dans les cas où l’agresseur n’est pas un parent ou un gardien, la violence sexuelle peut déchirer des familles ou les rendre dysfonctionnelles (*R. c. D. (D.)* (2002), 58 O.R. (3d) 788 (C.A.), par. 45). Par exemple, la fratrie et les parents peuvent rejeter la victime de violence sexuelle parce qu’elle leur reproche sa propre victimisation (voir *Rafiq*, par. 38). Les victimes peuvent également perdre confiance en la capacité des membres de leur famille de les protéger et ils peuvent s’isoler de leur famille en conséquence (*Rafiq*, par. 39-41).

[61] The ripple effects can cause children to experience damage to their other social relationships. Children may lose trust in the communities and people they know. They may be reluctant to join new communities, meet new people, make friends in school, or participate in school activities (C.-A. Bauman, “The Sentencing of Sexual Offences against Children” (1998), 17 *C.R.* (5th) 352, at p. 355). This loss of trust is compounded when members of the community take the side of the offender or humiliate and ostracize the child (*R. v. Rayo*, 2018 QCCA 824, at para. 87 (CanLII); *R. v. T. (K.)*, 2008 ONCA 91, 89 O.R. (3d) 99, at paras. 12 and 42). Technology and social media can also compound these problems by spreading images and details of the sexual violence throughout a community (see *R. v. N.G.*, 2015 MBCA 81, 323 Man.R. (2d) 73).

(iii) Harm to Families, Communities, and Society

[62] The *Criminal Code* recognizes that the harm flowing from an offence is not limited to the direct victim against whom the offence was committed. Instead, the *Criminal Code* provides that parents, caregivers, and family members of a sexually victimized child may be victims “in their own right” who are entitled to present a victim impact statement (B. Perrin, *Victim Law: The Law of Victims of Crime in Canada* (2017), at p. 55; see also *Criminal Code*, ss. 2 (“victim”) and 722).

[63] The ripple effects of sexual violence against children can make the child’s parents, caregivers, and family members secondary victims who also suffer profound harm as a result of the offence. Sexual violence can destroy parents and caregivers’ trust in friends, family, and social institutions and leave them feeling powerless and guilty (*R. v. C. (S.)*, 2019 ONCA 199, 145 O.R. (3d) 711, at para. 6; *Rayo*, at para. 39; *D. (D.)*, at para. 13). The harm to parents’ relationship with their children can also be profound. For instance, children can react to the sexual violence by shutting their parents out of their lives (*Rafiq*, at para. 40). Parents and caregivers may also bear the

[61] L’effet d’entraînement peut nuire aux autres relations sociales des enfants. Ces derniers peuvent perdre confiance envers les collectivités et les gens qu’ils connaissent. Ils peuvent être réticents à se joindre à de nouvelles collectivités, à rencontrer de nouvelles personnes, à se lier d’amitié avec des camarades de classe ou à participer à des activités scolaires (C.-A. Bauman, « The Sentencing of Sexual Offences against Children » (1998), 17 *C.R.* (5th) 352, p. 355). Cette perte de confiance est exacerbée lorsque des membres de la collectivité prennent parti pour le délinquant ou humilient et ostracisent l’enfant (*R. c. Rayo*, 2018 QCCA 824, par. 87 (CanLII); *R. c. T. (K.)*, 2008 ONCA 91, 89 O.R. (3d) 99, par. 12 et 42). La technologie et les médias sociaux peuvent eux aussi exacerber ces problèmes par la diffusion d’images et de détails de la violence sexuelle dans l’ensemble d’une collectivité (voir *R. c. N.G.*, 2015 MBCA 81, 323 Man.R. (2d) 73).

(iii) Tort causé aux familles, aux collectivités et à la société

[62] Le *Code criminel* reconnaît que le préjudice découlant d’une infraction n’est pas subi uniquement par la victime directe de l’infraction. En effet, il dispose que les parents, gardiens et membres de la famille d’un enfant victime de violence sexuelle peuvent être [TRADUCTION] « eux-mêmes » des victimes qui ont le droit de faire une déclaration à ce titre (B. Perrin, *Victim Law : The Law of Victims of Crime in Canada* (2017), p. 55; voir aussi *Code criminel*, art. 2 (« victime ») et 722).

[63] L’effet d’entraînement de la violence sexuelle à l’égard d’un enfant peut faire de ses parents, gardiens et membres de sa famille des victimes secondaires qui subissent elles aussi de profondes souffrances par suite de l’infraction. La violence sexuelle peut détruire la confiance des parents et gardiens envers des amis, la famille et des institutions sociales et leur donner des sentiments d’impuissance et de culpabilité (*R. c. C. (S.)*, 2019 ONCA 199, 145 O.R. (3d) 711, par. 6; *Rayo*, par. 39; *D. (D.)*, par. 13). Les torts causés à la relation des parents avec leurs enfants peuvent aussi être immenses. Par exemple, les enfants peuvent réagir à la violence en

financial, personal, and emotional costs of helping their children recover and cope with emotional and behavioural challenges (see *D. (D.)*, at paras. 11-13). In the words of one mother of a child victim, the sexual violence “has taken many years from my son’s life and I know this will hurt me for the rest of my life” (*D. (D.)*, at para. 11).

[64] Beyond the harm to families and caregivers, there is broader harm to the communities in which children live and to society as a whole. Some of these costs can be quantified, such as the social problems that sexual violence against children causes, the costs of state intervention, and the economic impact of medical costs, lost productivity, and treatment for pain and suffering (see *Hajar*, at para. 68; *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3, at para. 37; United Nations, *Report of the independent expert for the United Nations study on violence against children*, U.N. Doc. A/61/299, August 29, 2006, at p. 12). In particular, children who are victims of sexual violence may be more likely to engage in sexual violence against children themselves when they reach adulthood (*D. (D.)*, at paras. 37-38). Sexual violence against children can thus fuel a cycle of sexual violence that results in the proliferation and normalization of the violence in a given community (Standing Senate Committee on Human Rights, *The Sexual Exploitation of Children in Canada: the Need for National Action*, November 2011 (online), at pp. 10, 30 and 41). In short, the costs that cannot be quantified are also profound. Children are the future of our country and our communities. They deserve to have a childhood free of sexual violence (*Hajar*, at para. 44). When children become victims of sexual violence, “[s]ociety as a whole is diminished and degraded” (*Hajar*, at para. 67).

excluant leurs parents de leur vie (*Rafiq*, par. 40). Les parents et gardiens peuvent aussi supporter les coûts financiers, personnels et affectifs liés au fait d’aider leurs enfants à se remettre des problèmes émotionnels et comportementaux qu’ils vivent et à composer avec ces problèmes (voir *D. (D.)*, par. 11-13). Pour reprendre les propos de la mère d’un enfant victime, la violence sexuelle [TRADUCTION] « a volé de nombreuses années de la vie de mon fils et je sais que cela va me hanter pour le restant de mes jours » (*D. (D.)*, par. 11).

[64] Au-delà du tort causé aux familles et aux gardiens, un préjudice plus large est subi par les collectivités dans lesquelles vivent les enfants et par l’ensemble de la société. On peut calculer certains de ces coûts, tels les problèmes sociaux imputables à la violence sexuelle contre des enfants, les frais de l’intervention de l’État ainsi que les répercussions économiques des frais médicaux, de la perte de productivité et du traitement de la douleur et des souffrances (voir *Hajar*, par. 68; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3, par. 37; Nations Unies, *Rapport de l’expert indépendant des Nations Unies sur la violence contre les enfants*, Doc. N.U. A/61/299, 29 août 2006, p. 13). En particulier, les enfants victimes de violence sexuelle sont sans doute plus susceptibles de se livrer à la violence sexuelle contre des enfants une fois devenus adultes (*D. (D.)*, par. 37-38). La violence sexuelle faite aux enfants peut également alimenter un cycle de violence sexuelle qui se traduit par la prolifération et la normalisation de la violence dans une collectivité donnée (Comité sénatorial permanent des droits de la personne, *Exploitation sexuelle des enfants au Canada : une action nationale s’impose*, novembre 2011 (en ligne), p. 10, 32 et 44). Bref, les coûts qu’on ne peut quantifier sont également considérables. Les enfants représentent l’avenir de notre pays et de nos collectivités. Ils méritent de vivre une enfance sans violence sexuelle (*Hajar*, par. 44). Quand des enfants sont victimes de violence sexuelle, « [l]a société dans son ensemble s’en trouve diminuée et dégradée » (*Hajar*, par. 67).

(iv) Wrongfulness of Exploiting Children's Weaker Position in Society

[65] The protection of children is one of the most fundamental values of Canadian society. Sexual violence against children is especially wrongful because it turns this value on its head. In reforming the legislative scheme governing sexual offences against children, Parliament recognized that children, like adults, deserve to be treated with equal respect and dignity (Badgley Committee, vol. 1, at p. 292; Fraser Committee, vol. 1, at p. 24, and vol. 2, at p. 563). Yet instead of relating to children as equal persons whose rights and interests must be respected, offenders treat children as sexual objects whose vulnerability can be exploited by more powerful adults. There is an innate power imbalance between children and adults that enables adults to violently victimize them (*Sharpe*, at para. 170, per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.; *L. (D.O.)*, at p. 440, per L'Heureux-Dubé J.). Because children are a vulnerable population, they are disproportionately the victims of sexual crimes (*George*, at para. 2). In 2012, 55 percent of victims of police-reported sexual offences were children or youth under the age of 18 (Statistics Canada, *Police-reported sexual offences against children and youth in Canada, 2012* (2014), at p. 6).

[66] Children are most vulnerable and at risk at home and among those they trust (*Sharpe*, at para. 215, per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.; *K.R.J.*, at para. 153, per Brown J.). More than 74 percent of police-reported sexual offences against children and youth took place in a private residence in 2012 and 88 percent of such offences were committed by an individual known to the victim (*Police-reported sexual offences against children and youth in Canada, 2012*, at pp. 11 and 14).

[67] It is for this reason that sexual violence against children can all too often be invisible to society.

(iv) Caractère répréhensible du fait d'exploiter la position de faiblesse des enfants dans la société

[65] La protection des enfants est l'une des valeurs les plus fondamentales de la société canadienne. La violence sexuelle contre des enfants est particulièrement répréhensible parce qu'elle représente tout le contraire de cette valeur. Quand il a réformé le régime législatif des infractions d'ordre sexuel contre les enfants, le législateur a reconnu qu'à l'instar des adultes, les enfants méritent d'être traités avec le respect égal et la dignité égale (Comité Badgley, vol. 1, p. 316; Comité Fraser, vol. 1, p. 25-26, et vol. 2, p. 605). Pourtant, au lieu d'interagir avec les enfants comme des personnes égales dont les droits et intérêts doivent être respectés, les délinquants les traitent comme des objets sexuels dont la vulnérabilité peut être exploitée par des adultes plus forts. Il existe naturellement entre les enfants et les adultes un rapport de force inégal qui permet à ceux-ci de leur faire subir de la violence (*Sharpe*, par. 170, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache; *L. (D.O.)*, p. 440, la juge L'Heureux-Dubé). Puisque les enfants forment un groupe vulnérable, ils sont, de façon disproportionnée, victimes de crimes sexuels (*George*, par. 2). En 2012, 55 p. 100 des victimes d'infractions d'ordre sexuel déclarées par la police étaient des enfants ou des jeunes de moins de 18 ans (Statistique Canada, *Les infractions sexuelles commises contre les enfants et les jeunes déclarées par la police au Canada, 2012* (2014), p. 6).

[66] Les enfants sont les plus vulnérables et en danger chez eux et auprès des personnes en qui ils ont confiance (*Sharpe*, par. 215, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache; *K.R.J.*, par. 153, le juge Brown). Plus de 74 p. 100 des infractions d'ordre sexuel à l'endroit d'enfants et de jeunes déclarées par la police ont été commises dans une résidence privée en 2012 et 88 p. 100 de ces infractions ont été commises par une personne connue de la victime (*Les infractions sexuelles commises contre les enfants et les jeunes déclarées par la police au Canada, 2012*, p. 13 et 16).

[67] Voilà pourquoi la violence sexuelle contre des enfants peut être trop souvent invisible à la société.

To resist detection, offenders perpetrate sexual violence against children in private, coerce children into not reporting, and rely on society's false belief that sexual violence against children is an aberration confined to a handful of abnormal individuals (see R. J. R. Levesque, *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective* (1999), at p. 11). Violence against children thus remains hidden, unreported, and under-recorded (*Report of the independent expert for the United Nations study on violence against children*, at pp. 8-9). The under-reporting of sexual violence against children is compounded by the ways in which the criminal justice system and the court process have historically failed children, including through rules of evidence premised on the assumption that children are inherently unreliable witnesses (see *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 483; N. Bala, "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System", in W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the law and the administration of justice* (1993), 232, at p. 233).

(v) Disproportionate Impact on Girls and Link to Violence Against Women

[68] Sexual violence also has a disproportionate impact on girls and young women. Like the sexual assault of adults, sexual violence against children is highly gendered (*Goldfinch*, at para. 37). The "intersecting inequalities of being young and female" thus make girls and young women especially vulnerable to sexual violence ("The 'Statutory Rape' Myth", at p. 292). In 2012, 81 percent of child and youth victims of police-reported sexual offences were female and 97 percent of persons accused of such offences were male (*Police-reported sexual offences against children and youth in Canada, 2012*, at pp. 10 and 14). Sexual violence against children thus perpetuates disadvantage and undermines gender equality because girls and young women must disproportionately face the profound physical, emotional, psychological, and economic costs of the sexual violence (see *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 669; *Goldfinch*, at para. 37). Girls and young women are

Pour éviter de se faire prendre, les délinquants se livrent à la violence sexuelle contre des enfants en privé, les contraignent à garder le silence et comptent sur la fausse croyance de la société voulant que la violence sexuelle faite aux enfants soit une aberration imputable à une poignée d'individus anormaux (voir R. J. R. Levesque, *Sexual Abuse of Children : A Human Rights Perspective* (1999), p. 11). La violence à l'égard des enfants demeure donc cachée, non signalée et insuffisamment recensée (*Rapport de l'expert indépendant chargé de l'étude des Nations Unies sur la violence à l'encontre des enfants*, p. 9). La sous-dénonciation de la violence sexuelle à l'endroit des enfants s'ajoute aux manières dont le système de justice criminelle et le processus judiciaire ont par le passé laissé pour compte les enfants, y compris par le truchement de règles de preuve fondées sur le postulat que les enfants sont des témoins intrinsèquement non fiables (voir *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, p. 483; N. Bala, « Double Victims : Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System », dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *Discrimination in the law and the administration of justice* (1993), 232, p. 233).

(v) Effet disproportionné sur les filles et lien avec la violence faite aux femmes

[68] La violence sexuelle a également un effet disproportionné sur les filles et les jeunes femmes. À l'instar de l'agression sexuelle commise sur un adulte, la violence sexuelle contre un enfant est un crime fortement lié au genre (*Goldfinch*, par. 37). Les [TRADUCTION] « inégalités croisées attribuables au fait d'être une jeune personne de sexe féminin » font donc en sorte que les filles et les jeunes femmes sont particulièrement vulnérables à la violence sexuelle (« The "Statutory Rape" Myth », p. 292). En 2012, 81 p. 100 des enfants et jeunes victimes d'infractions d'ordre sexuel déclarées par la police étaient de sexe féminin et 97 p. 100 des personnes inculpées de ces infractions étaient de sexe masculin (*Les infractions sexuelles commises contre les enfants et les jeunes déclarées par la police au Canada, 2012*, p. 12 et 16). En conséquence, la violence sexuelle faite aux enfants perpétue le désavantage et sape l'égalité entre les sexes parce que les filles et les jeunes femmes ont

thus “still punished for being female” as a result of being disproportionately subjected to sexual violence (see The Hon. C. L’Heureux-Dubé, “Foreword: Still Punished for Being Female”, in E. A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada: Law, Legal Practice and Women’s Activism* (2012), 1, at p. 2).

[69] None of this should detract from the particular challenges that boys and young men who are the victims of sexual violence face. Victimization can be particularly shameful for boys because of social expectations that males are supposed to appear tough (Ontario, The Cornwall Public Inquiry, *Report of the Cornwall Inquiry, Phase 1: Facts and Findings*, vol. 1 (2009), at p. 28). Embarrassment, humiliation, and homophobia form a particularly toxic and stigmatizing combination for male child victims (see *L. (D.O.)*, at p. 442, per L’Heureux-Dubé J.; *R. v. Vizslai*, 2015 BCCA 495, 333 C.C.C. (3d) 234, at para. 23).

(vi) Disproportionate Impact on Indigenous People and Other Vulnerable Groups

[70] Children who belong to groups that are marginalized are at a heightened risk of sexual violence that can perpetuate the disadvantage they already face. This is particularly true of Indigenous people, who experience childhood sexual violence at a disproportionate level (Statistics Canada, *Victimization of Aboriginal people in Canada, 2014* (2016), at p. 10). Canadian government policies, particularly the physical, sexual, emotional, and spiritual violence against Indigenous children in Indian Residential Schools, have contributed to conditions in which Indigenous children and youth are at a heightened risk of becoming victims of sexual violence (see British Columbia, Representative for Children and Youth, *Too Many Victims: Sexualized Violence in the Lives of Children and Youth in Care* (2016), at p. 8 (“Too Many Victims”); *The Sexual Exploitation of*

à supporter de manière disproportionnée les coûts élevés de la violence sexuelle sur les plans physique, émotionnel, psychologique et économique (voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 669; *Goldfinch*, par. 37). Les filles et jeunes femmes sont donc [TRANSDUCTION] « encore punies en raison de leur sexe » car elles sont de façon disproportionnée victimes de violence sexuelle (voir l’honorable C. L’Heureux-Dubé, « Foreword : Still Punished for Being Female », dans E. A. Sheehy, dir., *Sexual Assault in Canada : Law, Legal Practice and Women’s Activism* (2012), 1, p. 2).

[69] Rien de ce qui précède ne doit faire oublier les défis particuliers que doivent surmonter les garçons et les jeunes hommes victimes de violence sexuelle. La victimisation peut se révéler particulièrement honteuse pour les garçons à cause des attentes sociales selon lesquelles les hommes sont censés paraître durs (Ontario, L’enquête publique sur Cornwall, *Rapport de la Commission d’enquête sur Cornwall, Phase 1 : Faits et conclusions*, vol. 1 (2009), p. 32). La gêne, l’humiliation et l’homophobie forment une combinaison particulièrement néfaste et stigmatisante pour les garçons victimes (voir *L. (D.O.)*, p. 442, la juge L’Heureux-Dubé; *R. c. Vizslai*, 2015 BCCA 495, 333 C.C.C. (3d) 234, par. 23).

(vi) Effet disproportionné sur les Autochtones et d’autres groupes vulnérables

[70] Les enfants qui appartiennent à des groupes marginalisés risquent davantage d’être victimes d’une violence sexuelle qui peut perpétuer le désavantage auquel ils sont déjà confrontés. Cela est particulièrement vrai dans le cas des Autochtones, qui sont victimes de violence sexuelle au cours de leur enfance dans une proportion démesurément élevée (Statistique Canada, *La victimisation chez les Autochtones au Canada, 2014* (2016), p. 11). Les politiques du gouvernement canadien, notamment la violence physique, sexuelle, émotionnelle et spirituelle à l’endroit des enfants autochtones dans les pensionnats indiens, ont favorisé l’établissement de conditions dans lesquelles les enfants et jeunes autochtones risquent davantage d’être victimes de violence sexuelle (voir Colombie-Britannique, Representative for Children and Youth,

Children in Canada: the Need for National Action, at pp. 29-33). In particular, the over-representation of Indigenous children and youth in the child welfare system makes them especially vulnerable to sexual violence (*Too Many Victims*, at pp. 11-12). We would emphasize that, when a child victim is Indigenous, the court may consider the racialized nature of a particular crime and the sexual victimization of Indigenous children at large in imposing sentence (T. Lindberg, P. Campeau and M. Campbell, “Indigenous Women and Sexual Assault in Canada”, in E. A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada: Law, Legal Practice and Women’s Activism* (2012), 87, at pp. 87 and 98-99).

[71] Children who belong to other groups that face discrimination or marginalization in society are also especially vulnerable to sexual violence. For instance, children and youth in government care are particularly vulnerable to victimization. Children who experience poverty may also face additional vulnerability, especially children who are leaving government care (*Too Many Victims*, at pp. 8-9).

[72] Canadians with disabilities experience sexual violence during childhood at a disproportionate level (Statistics Canada, *Violent victimization of women with disabilities, 2014* (2018), at p. 9). Children and youth with disabilities are especially vulnerable because they may be perceived as easier to victimize, may not be able to fully understand or communicate what has happened to them, and face barriers to reporting (“The ‘Statutory Rape’ Myth”, at p. 270).

[73] Similarly, LGBT2Q+ youth may be especially vulnerable because of the marginalization they continue to experience in society (*Too Many Victims*, at p. 9). Sentencing judges should be attentive to the ways in which LGBT2Q+ youth may “experience sexual assault differently than heterosexual victims” (M. Koppel, “It’s Not Just a Heterosexual Issue: A Discussion of LGBT Sexual Assault Victimization”,

Too Many Victims : Sexualized Violence in the Lives of Children and Youth in Care (2016), p. 8 (« *Too Many Victims* »); *Exploitation sexuelle des enfants au Canada : une action nationale s’impose*, p. 31-35). La surreprésentation des enfants et adolescents autochtones dans le système de protection de l’enfance les rend particulièrement vulnérables à la violence sexuelle (*Too Many Victims*, p. 11-12). Nous tenons à souligner que, dans le cas d’une enfant victime autochtone, le tribunal peut tenir compte du caractère racialisé d’un crime donné et de la victimisation sexuelle des enfants autochtones en général au moment d’infliger la peine (T. Lindberg, P. Campeau et M. Campbell, « Indigenous Women and Sexual Assault in Canada », dans E. A. Sheehy, dir., *Sexual Assault in Canada : Law, Legal Practice and Women’s Activism* (2012), 87, p. 87 et 98-99).

[71] Les enfants qui appartiennent à d’autres groupes victimes de discrimination ou de marginalisation dans la société sont eux aussi particulièrement vulnérables à la violence sexuelle. Par exemple, les enfants et les adolescents dont l’État a la garde sont fortement à risque d’en devenir victimes. Les enfants qui connaissent la pauvreté sont également davantage vulnérables, surtout ceux qui ne sont plus sous la garde de l’État (*Too Many Victims*, p. 8-9).

[72] Les Canadiens et Canadiennes handicapés sont victimes de violence sexuelle au cours de leur enfance dans une proportion démesurée (Statistique Canada, *La victimisation avec violence chez les femmes ayant une incapacité, 2014* (2018), p. 9-10). Les enfants et jeunes handicapés sont particulièrement vulnérable parce qu’ils peuvent être perçus comme des cibles plus faciles, ne sont parfois pas en mesure de bien comprendre ou communiquer ce qui leur est arrivé et ont du mal à dénoncer leur agresseur (« The “Statutory Rape” Myth », p. 270).

[73] De même, les jeunes LGBT2Q+ peuvent être particulièrement vulnérables à cause de la marginalisation qu’ils vivent toujours en société (*Too Many Victims*, p. 9). Le juge appelé à déterminer la peine doit être attentif aux manières dont les jeunes LGBT2Q+ peuvent [TRADUCTION] « vivre l’agression sexuelle différemment des victimes hétérosexuelles » (M. Koppel, « It’s Not Just a

in F. P. Reddington and B. Wright Kreisel, eds., *Sexual Assault: The Victims, the Perpetrators, and the Criminal Justice System* (3rd ed. 2017), 257, at p. 269). Sexual violence may cause young LGBT2Q+ victims to experience unique forms of isolation and may negatively affect how they feel about the process of coming out. A lack of specialized services may compound these problems (see Koppel, at pp. 266-68).

(2) Sentencing Must Reflect the Contemporary Understanding of Sexual Violence Against Children

[74] It follows from this discussion that sentences must recognize and reflect both the harm that sexual offences against children cause and the wrongfulness of sexual violence. In particular, taking the harmfulness of these offences into account ensures that the sentence fully reflects the “life-altering consequences” that can and often do flow from the sexual violence (*Woodward*, at para. 76; see also, *Stuckless* (2019), at para. 56, per Huscroft J.A., and paras. 90 and 135, per Pepall J.A.). Courts should also weigh these harms in a manner that reflects society’s deepening and evolving understanding of their severity (*Stuckless* (2019), at para. 112, per Pepall J.A.; *Goldfinch*, at para. 37).

(a) *Harmfulness and Wrongfulness and Proportionality Assessment*

[75] In particular, courts need to take into account the wrongfulness and harmfulness of sexual offences against children when applying the proportionality principle. Accurately understanding both factors is key to imposing a proportionate sentence (*R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at paras. 43-44). The wrongfulness and the harmfulness impact both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. Taking the wrongfulness and harmfulness into account will ensure that the proportionality principle serves its function of “ensur[ing] that offenders are held responsible for their actions and that the sentence properly reflects and condemns

Heterosexual Issue : A Discussion of LGBT Sexual Assault Victimization », dans F. P. Reddington et B. Wright Kreisel, dir., *Sexual Assault : The Victims, the Perpetrators, and the Criminal Justice System* (3^e éd. 2017), 257, p. 269). La violence sexuelle peut également faire vivre aux jeunes victimes LGBT2Q+ des formes uniques d’isolement et nuire à l’image qu’ils se font du dévoilement de leur orientation sexuelle. La pénurie de services spécialisés risque d’aggraver ces problèmes (voir Koppel, p. 266-268).

(2) La détermination de la peine doit refléter la compréhension actuelle de la violence sexuelle contre des enfants

[74] Il ressort de cette analyse que les peines doivent reconnaître et refléter autant les torts causés par les infractions d’ordre sexuel contre des enfants que le caractère répréhensible de la violence sexuelle. Plus précisément, le fait de prendre en considération la nocivité de ces infractions permet de veiller à ce que la peine reflète pleinement les [TRADUCTION] « conséquences dévastatrices » qui peuvent découler et qui découlent souvent de la violence sexuelle (*Woodward*, par. 76; voir aussi *Stuckless* (2019), par. 56, le juge Huscroft, et par. 90 et 135, la juge Pepall). Les tribunaux doivent également soupeser ces préjudices d’une manière qui traduit la compréhension de plus en plus approfondie et évolutive de la société à l’égard de leur gravité (*Stuckless* (2019), par. 112, la juge Pepall; *Goldfinch*, par. 37).

a) *Nocivité, caractère répréhensible et évaluation de la proportionnalité*

[75] Les tribunaux doivent notamment tenir compte du caractère répréhensible et de la nocivité des infractions d’ordre sexuel contre des enfants lorsqu’ils appliquent le principe de proportionnalité. Il est primordial de bien comprendre ces deux facteurs pour imposer une peine proportionnelle (*R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 43-44). Le caractère répréhensible et la nocivité ont une incidence sur la gravité de l’infraction et le degré de responsabilité du délinquant. La prise en compte du caractère répréhensible et de la nocivité permet de veiller à ce que le principe de proportionnalité remplisse sa fonction de « garantir que les délinquants

their role in the offence and the harm they caused” (*Nasogaluak*, at para. 42).

(b) *Gravity of the Offence*

[76] Courts must impose sentences that are commensurate with the gravity of sexual offences against children. It is not sufficient for courts to simply state that sexual offences against children are serious. The sentence imposed must reflect the normative character of the offender’s actions and the consequential harm to children and their families, caregivers, and communities (see *M. (C.A.)*, at para. 80; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at para. 35). We thus offer some guidance on how courts should give effect to the gravity of sexual offences against children. Specifically, courts must recognize and give effect to (1) the inherent wrongfulness of these offences; (2) the potential harm to children that flows from these offences; and, (3) the actual harm that children suffer as a result of these offences. We emphasize that sexual offences against children are inherently wrongful and always put children at risk of serious harm, even as the degree of wrongfulness, the extent to which potential harm materializes, and actual harm vary from case to case.

(i) Inherent Wrongfulness

[77] As this Court recognized in *L.M.*, violence is always inherent in the act of applying force of a sexual nature to a child (para. 26). Far from removing the violence, the sexual dimension instead aggravates the wrongfulness of the violence by adding interference with the child’s sexual integrity to the interference with the child’s bodily integrity. Physical contact of a sexual nature with a child always means that the offender has interfered with both the child’s “security of the person from any non-consensual contact or threats of force” and the child’s bodily integrity, which “lies at the core of human dignity and autonomy” (*R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 28; see also *McCraw*, at p. 83). Such

soient tenus responsables de leurs actes et que les peines infligées reflètent et sanctionnent adéquatement le rôle joué dans la perpétration de l’infraction ainsi que le tort qu’ils ont causé » (*Nasogaluak*, par. 42).

b) *Gravité de l’infraction*

[76] Les tribunaux doivent infliger des peines correspondant à la gravité des infractions d’ordre sexuel commises contre des enfants. Il ne leur suffit pas de déclarer que de telles infractions sont graves. La peine infligée doit refléter le caractère normatif des actes du délinquant et les torts qu’ils causent aux enfants, à leurs familles, à leurs gardiens et à leurs collectivités (voir *M. (C.A.)*, par. 80; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 35). Nous offrons donc une certaine orientation sur la manière dont les tribunaux devraient exprimer la gravité des infractions d’ordre sexuel perpétrées contre des enfants. Plus précisément, les tribunaux doivent reconnaître et traduire (1) le caractère répréhensible inhérent à ces infractions; (2) le préjudice que ces infractions peuvent faire subir aux enfants; (3) le préjudice que ces infractions causent bel et bien aux enfants. Soulignons que les infractions d’ordre sexuel contre des enfants sont intrinsèquement répréhensibles et les exposent toujours au risque de subir un grave préjudice, et ce, même si le degré de faute, la mesure dans laquelle les torts potentiels se matérialisent et le préjudice réel varient d’un cas à l’autre.

(i) Caractère répréhensible inhérent

[77] Comme l’a reconnu notre Cour dans *L.M.*, la violence fait toujours partie inhérente de l’acte qui consiste à employer une force de nature sexuelle contre un enfant (par. 26). Loin d’éliminer la violence, la dimension sexuelle en aggrave plutôt le caractère répréhensible en ajoutant, à l’atteinte à l’intégrité physique de l’enfant, une atteinte à son intégrité sexuelle. Un contact physique de nature sexuelle avec un enfant emporte toujours atteinte par le délinquant à « la sécurité [de l’enfant en le soumettant à] des contacts non souhaités ou [à] des menaces de recours à la force » ainsi qu’à son intégrité physique, qui est un « aspect fondamental de la dignité et de l’autonomie de l’être humain » (*R. c.*

physical sexual contact is also a form of psychological violence precisely because bodily and psychological integrity are closely linked (see *Ewanchuk*, at para. 28; *L.M.*, at para. 26). The degree of physical interference and the intensity of physical and psychological violence vary depending on the facts of individual cases. However, any physical contact of a sexual nature with a child always constitutes a wrongful act of physical and psychological violence even if it is not accompanied by additional physical violence and does not result in physical or psychological injury. Courts must always give effect to this inherent violence since it forms an integral component of the normative character of the offender's conduct (*M. (C.A.)*, at para. 80).

[78] The wrongfulness of the exploitation of children is also always relevant to the normative character of the offender's conduct and thus the gravity of the offence. It is inherently exploitative for an adult to apply physical force of a sexual nature to a child (*George*, at para. 26). This exploitation is rooted in the power imbalance between children and adults, the potential harm that sexual interference by adults poses to children, and the wrongfulness of treating children not as persons with equal dignity but instead as sexual objects to be used by adults. Courts must always give effect to the wrongfulness of this exploitation in sentencing, even if the degree of exploitation may vary from case to case (see *Hajar*, at paras. 106 and 111).

(ii) Potential Harm

[79] In addition to the inherent wrongfulness of physical interference and exploitation, courts have recognized that sexual violence against children inherently has the potential to cause several recognized forms of harm. The likelihood that these forms of potential harm will materialize of course varies depending on the circumstances of each case. However, the potential that these forms of harm will materialize is always present whenever there is physical

Ewanchuk, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 28; voir aussi *McCraw*, p. 83). Il s'agit également d'une forme de violence psychologique, précisément parce que l'intégrité physique et l'intégrité psychologique sont étroitement liées (voir *Ewanchuk*, par. 28; *L.M.*, par. 26). Le degré d'atteinte physique et l'intensité de la violence physique et psychologique varient selon les faits de chaque affaire. Cependant, tout contact physique de nature sexuelle avec un enfant constitue toujours un acte répréhensible de violence physique et psychologique même s'il ne s'accompagne pas du recours à une violence physique additionnelle et ne cause pas des blessures physiques ou psychologiques. Les tribunaux doivent sans cesse donner effet à cette violence inhérente car elle fait partie intégrante du caractère normatif de la conduite du délinquant (*M. (C.A.)*, par. 80).

[78] En outre, le caractère répréhensible de l'exploitation des enfants se rapporte toujours à la nature normative de la conduite du délinquant et, partant, à la gravité de l'infraction. Constitue intrinsèquement un acte d'exploitation le fait pour un adulte d'employer une force physique de nature sexuelle contre un enfant (*George*, par. 26). Cette exploitation trouve sa source dans l'inégalité du rapport de force entre les enfants et les adultes, dans le tort que les contacts sexuels par un adulte peuvent causer à un enfant, et dans le caractère répréhensible du fait de traiter des enfants non comme des personnes avec la même dignité, mais comme des objets sexuels au profit des adultes. Les tribunaux doivent toujours exprimer le caractère répréhensible de cette exploitation lors de la détermination de la peine même si le degré d'exploitation varie d'une affaire à l'autre (voir *Hajar*, par. 106 et 111).

(ii) Préjudice potentiel

[79] Outre le caractère intrinsèquement répréhensible de l'atteinte à l'intégrité physique et de l'exploitation, les tribunaux ont reconnu que la violence sexuelle contre des enfants est intrinsèquement susceptible de causer plusieurs formes reconnues de préjudice. La probabilité que ces formes de préjudice se matérialisent varie bien sûr selon les circonstances de chaque affaire. Or, la possibilité qu'elles se concrétisent est toujours présente chaque fois qu'il y

interference of a sexual nature with a child and can be present even in sexual offences against children that do not require or involve physical interference. These forms of potential harm illustrate the seriousness of the offence even absent proof that they have materialized into actual harm (see *McDonnell*, at paras. 35-36).

[80] We wish to focus courts' attention on the following two categories of harm: harm that manifests itself during childhood, and long-term harm that only becomes evident during adulthood. During childhood, in addition to the inherent wrong of interference with their bodily integrity, children can experience physical and psychological harm that persists throughout their childhood (*Woodward*, at para. 72; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551, at para. 123, per Iacobucci J.). These forms of harm can be so profound that children are "robbed of their youth and innocence" (*D. (D.)*, at para. 10). The following list of recognized forms of harm that manifest themselves during childhood makes this clear:

These effects include overly compliant behaviour and an intense need to please; self-destructive behaviour, such as suicide, self-mutilation, chemical abuse, and prostitution; loss of patience and frequent temper tantrums; acting out aggressive behaviour and frustration; sexually aggressive behaviour; an inability to make friends and non-participation in school activities; guilty feelings and shame; a lack of trust, particularly with significant others; low self-esteem; an inability to concentrate in school and a sudden drop in school performance; an extraordinary fear of males; running away from home; sleep disturbances and nightmares; regressive behaviours, such as bedwetting, clinging behaviour, thumb sucking, and baby talk; anxiety and extreme levels of fear; and depression.

(Bauman, at pp. 354-55)

[81] Sexual violence against children also causes several forms of long-term harm that manifest themselves during the victim's adult years. First, children who are victims of sexual violence may

a atteinte physique de nature sexuelle avec un enfant et même dans le cas des infractions d'ordre sexuel contre des enfants qui ne requièrent ni n'impliquent d'atteintes physiques. Ces formes de préjudice potentielles illustrent la gravité de l'infraction même en l'absence de preuve qu'elles se soient matérialisées (voir *McDonnell*, par. 35-36).

[80] Nous souhaitons concentrer l'attention des tribunaux sur les deux catégories de préjudice suivantes : le préjudice qui se manifeste durant l'enfance, et le préjudice à long terme, qui ne devient évident qu'à l'âge adulte. Durant l'enfance, outre le caractère répréhensible de l'atteinte à leur intégrité physique, les enfants peuvent subir des préjudices physiques et psychologiques qui les suivront durant toute leur enfance (*Woodward*, par. 72; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551, par. 123, le juge Iacobucci). Ces formes de préjudice peuvent être si profondes que les enfants se voient [TRADUCTION] « voler leur jeunesse et leur innocence » (*D. (D.)*, par. 10). La liste ci-dessous de formes de préjudice reconnues qui se manifestent durant l'enfance le montre clairement :

[TRADUCTION] Ces effets comprennent un comportement excessivement docile et un besoin intense de plaire; un comportement autodestructeur comme le suicide, l'automutilation, la toxicomanie et la prostitution; la perte de patience et des crises de colère fréquentes; un comportement agressif et de la frustration; un comportement sexuellement agressif; une incapacité à se faire des amis et un refus de participer aux activités scolaires; un sentiment de culpabilité et de honte; un manque de confiance, particulièrement envers ses proches; une faible estime de soi; une incapacité à se concentrer à l'école et une baisse soudaine des résultats scolaires; une crainte excessive des hommes; des fugues; des troubles du sommeil et des cauchemars; des comportements régressifs comme mouiller son lit, se cramponner à ses parents, sucer son pouce et parler en bébé; de l'anxiété et une crainte extrême; et la dépression.

(Bauman, p. 354-355)

[81] La violence sexuelle à l'égard des enfants cause aussi plusieurs formes de préjudice à long terme qui se manifestent durant la vie adulte de la victime. Premièrement, les enfants qui en sont

have difficulty forming a loving, caring relationship with another adult as a result of the sexual violence. Second, children may be more prone to engage in sexual violence against children themselves when they reach adulthood (*Woodward*, at para. 72; *D. (D.)*, at paras. 37-38). Third, children are more likely to struggle with substance abuse, mental illness, post-traumatic stress disorder, eating disorders, suicidal ideation, self-harming behaviour, anxiety, depression, sleep disturbances, anger, hostility, and poor self-esteem as adults (Bauman, at p. 355; *Goldfinch*, at para. 37; *R. v. L.V.*, 2016 SKCA 74, 480 Sask.R. 181, at para. 104, citing D. Todd, “Sentencing of Adult Offenders in Cases Involving Sexual Abuse of Children: Too Little, Too Late? A View From the Pennsylvania Bench” (2004), 109 *Penn. St. L. Rev.* 487, at pp. 509-10).

[82] We would emphasize that courts should reject the belief that there is no serious harm to children in the absence of additional physical violence (Benedet, at p. 299). As we have explained, any manner of physical sexual contact between an adult and a child is inherently violent and has the potential to cause harm. Even in child luring cases where all interactions occur online, the offender’s conduct can constitute a form of psychological sexual violence that has the potential to cause serious harm (see *Rafiq*, at paras. 44-45; *Rayo*, at paras. 172-74; *L.M.*, at para. 26).

[83] In many cases, it will be impossible to determine whether these forms of harm have occurred at the time of sentencing. If the victim is an adult at the time of sentencing, the court may be able to conclude that these forms of potential long-term harm have materialized into actual harm. However, as Moldaver J.A. (as he then was) recognized in *D. (D.)*, if the victim remains a child at the time of sentencing, “[t]ime alone will tell” whether that child will experience particular forms of harm as an adult (para. 38). It may also be impossible to determine the nature and extent of the harm that the victim will experience

victimes peuvent avoir de la difficulté à bâtir une relation d’amour et de tendresse avec un autre adulte après avoir subi de la violence sexuelle. Deuxièmement, les enfants peuvent être plus enclins à faire subir eux-mêmes de la violence sexuelle à des enfants une fois devenus adultes (*Woodward*, par. 72; *D. (D.)*, par. 37-38). Troisièmement, les enfants sont plus susceptibles d’avoir des problèmes de toxicomanie, de souffrir de troubles mentaux, d’un trouble de stress post-traumatique, de troubles alimentaires, d’anxiété, de dépression, de troubles du sommeil, de colère et d’hostilité, d’avoir des idées suicidaires, de s’automutiler et d’avoir une faible estime d’eux-mêmes à l’âge adulte (Bauman, p. 355; *Goldfinch*, par. 37; *R. c. L.V.*, 2016 SKCA 74, 480 Sask.R. 181, par. 104, citant D. Todd, « Sentencing of Adult Offenders in Cases Involving Sexual Abuse of Children : Too Little, Too Late? A View From the Pennsylvania Bench » (2004), 109 *Penn. St. L. Rev.* 487, p. 509-510).

[82] Nous tenons à souligner que les tribunaux devraient rejeter la croyance selon laquelle il n’y a pas de préjudice grave aux enfants en l’absence de violence physique additionnelle (Benedet, p. 299). Comme nous l’avons expliqué, tout contact physique de nature sexuelle entre un adulte et un enfant est intrinsèquement violent et susceptible de causer un préjudice. Même dans les cas de leurre d’enfants où toutes les interactions se passent en ligne, la conduite du délinquant peut rester une forme de violence sexuelle morale et psychologique pouvant causer un grave préjudice (voir *Rafiq*, par. 44-45; *Rayo*, par. 172-174; *L.M.*, par. 26).

[83] Dans de nombreux cas, il sera impossible de déterminer si ces formes de préjudice se sont manifestées au moment de la détermination de la peine. Si la victime est un adulte au moment de la détermination de la peine, le tribunal peut être à même de conclure que ces formes de préjudice potentielles à long terme se sont matérialisées. Toutefois, comme le juge d’appel Moldaver (maintenant juge de notre Cour) l’a reconnu dans l’arrêt *D. (D.)*, si la victime est encore un enfant au moment de la détermination de la peine, [TRADUCTION] « seul le temps pourra nous dire » si cet enfant subira certaines formes de

during childhood, since particular forms of harm may materialize following the date of sentencing.

[84] As a result, courts must consider the reasonably foreseeable potential harm that flows from sexual violence against children when determining the gravity of the offence. Even if an offender commits a crime that fortunately results in no actual harm, courts must consider the potential for reasonably foreseeable harm when imposing sentence (A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), at p. 90). When they analyze the gravity of the offence, sentencing judges thus must always take into account forms of potential harm that have yet to materialize at the time of sentencing but that are a reasonably foreseeable consequence of the offence and may in fact materialize later in childhood or in adulthood. To do otherwise would falsely imply that a child simply outgrows the harm of sexual violence (see Wright, at p. 88).

(iii) Actual Harm

[85] When possible, courts must consider the actual harm that a specific victim has experienced as a result of the offence. This consequential harm is a key determinant of the gravity of the offence (see *M. (C.A.)*, at para. 80). Direct evidence of actual harm is often available. In particular, victim impact statements, including those presented by parents and caregivers of the child, will usually provide the “best evidence” of the harm that the victim has suffered (*R. v. Gabriel* (1999), 137 C.C.C. (3d) 1 (S.C.J. Ont.), at p. 11). Prosecutors should make sure to put a sufficient evidentiary record before courts so that they can properly assess “the harm caused to the child by the offender’s conduct and the life-altering consequences that can and often do flow from it” (*Woodward*, at para. 76).

préjudice une fois adulte (par. 38). Il peut s’avérer également impossible d’établir la nature et l’ampleur du préjudice que la victime subira au cours de son enfance, car ces formes de préjudice pourraient se concrétiser après la date du prononcé de la peine.

[84] En conséquence, les tribunaux doivent tenir compte du préjudice potentiel raisonnablement prévisible qui découle de la violence sexuelle à l’égard des enfants lorsqu’ils jugent de la gravité de l’infraction. Même si un délinquant commet un crime qui n’entraîne heureusement aucun préjudice réel, le tribunal doit tenir compte du préjudice raisonnablement prévisible au moment d’infliger la peine (A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), p. 90). Au moment d’analyser la gravité de l’infraction, les juges doivent donc toujours tenir compte des formes de préjudice potentielles qui ne se sont pas encore concrétisées au moment de la détermination de la peine, mais qui sont une conséquence raisonnablement prévisible de l’infraction et qui pourraient en fait se manifester plus tard durant l’enfance ou à l’âge adulte. S’ils ne le faisaient pas, cela donnerait la fausse impression qu’un enfant peut tout simplement surmonter les préjudices de la violence sexuelle (voir Wright, p. 88).

(iii) Préjudice réel

[85] Dans la mesure du possible, les tribunaux doivent tenir compte du préjudice réel qu’une victime en particulier a subi par suite de l’infraction. Ce préjudice résultant de l’infraction est un facteur déterminant en ce qui a trait à la gravité de l’infraction (voir *M. (C.A.)*, par. 80). Il existe souvent des preuves directes d’un préjudice réel. Plus précisément, les déclarations des victimes, y compris celles faites par les parents et gardiennes et gardiens de l’enfant, constituent habituellement la [TRADUCTION] « meilleure preuve » du préjudice subi par la victime (*R. c. Gabriel* (1999), 137 C.C.C. (3d) 1 (C.S.J. Ont.), p. 11). Les poursuivants devraient s’assurer de présenter un dossier de preuve suffisamment étoffé au tribunal afin que ce dernier puisse adéquatement évaluer [TRADUCTION] « le préjudice causé à l’enfant par la conduite du délinquant ainsi que les conséquences dévastatrices qui peuvent découler et qui découlent souvent d’une telle conduite » (*Woodward*, par. 76).

[86] Where direct evidence of the actual harm to the child is unavailable, courts should use the harm to the child as a lens through which to analyze the significance of many particular aggravating factors. Courts may be able to find actual harm based on the numerous factual circumstances that can cause additional harm and constitute aggravating factors for sexual violence against children, such as a breach of trust or grooming, multiple instances of sexual violence, and the young age of the child. We stress that direct evidence from children or their caregivers is not required for the court to find that children have suffered actual harm as a result of sexual violence. Of course, we do not suggest that harm to the child is the exclusive lens through which to view aggravating factors.

(c) *Degree of Responsibility of the Offender*

[87] Courts must also take the modern recognition of the wrongfulness and harmfulness of sexual violence against children into account when determining the offender's degree of responsibility. They must not discount offenders' degree of responsibility by relying on stereotypes that minimize the harmfulness or wrongfulness of sexual violence against children (Benedet, at pp. 310 and 314).

[88] Intentionally applying force of a sexual nature to a child is highly morally blameworthy because the offender is or ought to be aware that this action can profoundly harm the child. In assessing the degree of responsibility of the offender, courts must take into account the harm the offender intended or was reckless or wilfully blind to (*Arcand*, at para. 58; see also *M. (C.A.)*, at para. 80; *Morrisey*, at para. 48). For sexual offences against children, we agree with Iacobucci J. that, save for possibly certain rare cases, offenders will usually have at least some awareness of the profound physical, psychological, and

[86] Lorsqu'il n'existe pas de preuve directe du préjudice réel causé à l'enfant, les tribunaux devraient utiliser le préjudice subi par l'enfant comme un prisme au moyen duquel ils analysent l'importance de nombreux facteurs aggravants en particulier. Les tribunaux peuvent être en mesure de conclure à l'existence d'un préjudice réel sur la foi de nombreuses circonstances factuelles qui peuvent causer un préjudice additionnel et constituer des facteurs aggravants de la violence sexuelle à l'égard des enfants, par exemple un abus de confiance, la manipulation psychologique, les multiples épisodes de violence sexuelle et le jeune âge de l'enfant. Nous insistons pour dire qu'une preuve directe émanant des enfants ou de leurs gardiens eux-mêmes n'est pas nécessaire pour que le tribunal arrive à la conclusion que des enfants ont subi un réel préjudice par suite de la violence sexuelle. Bien entendu, nous ne prétendons pas que le préjudice subi par l'enfant est le seul prisme à l'aide duquel on peut évaluer les facteurs aggravants.

c) *Degré de responsabilité du délinquant*

[87] Les tribunaux doivent aussi prendre en considération la reconnaissance moderne du caractère répréhensible et de la nocivité de la violence sexuelle faite aux enfants au moment d'établir le degré de responsabilité du délinquant. Ils ne doivent pas écarter le degré de responsabilité du délinquant en se fondant sur des stéréotypes qui minimisent la nocivité ou le caractère répréhensible de la violence sexuelle faite aux enfants (Benedet, p. 310 et 314).

[88] L'emploi intentionnel d'une force de nature sexuelle à l'endroit d'un enfant est hautement blâmable sur le plan moral parce que le délinquant sait ou devrait savoir que cet acte peut faire beaucoup de mal à l'enfant. Pour évaluer le degré de responsabilité du délinquant, le tribunal doit tenir compte du préjudice que le délinquant avait l'intention de causer ou de son insouciance ou de son aveuglement volontaire quant à ce préjudice (*Arcand*, par. 58; voir aussi *M. (C.A.)*, par. 80; *Morrisey*, par. 48). En ce qui concerne les infractions d'ordre sexuel contre des enfants, nous partageons l'avis du juge

emotional harm that their actions may cause the child (*Scalera*, at paras. 120 and 123-24).

[89] All forms of sexual violence, including sexual violence against adults, are morally blameworthy precisely because they involve the wrongful exploitation of the victim by the offender — the offender is treating the victim as an object and disregarding the victim’s human dignity (see *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, at paras. 45 and 48). As L’Heureux-Dubé J. reasoned in *L. (D.O.)*, “the occurrence of child sexual abuse is one intertwined with the sexual abuse of all women” precisely because both forms of sexual offences involve the sexual objectification of the victim (p. 441). Courts must give proper weight in sentencing to the offender’s underlying attitudes because they are highly relevant to assessing the offender’s moral blameworthiness and to the sentencing objective of denunciation (Benedet, at p. 310; *Hajar*, at para. 67).

[90] The fact that the victim is a child increases the offender’s degree of responsibility. Put simply, the intentional sexual exploitation and objectification of children is highly morally blameworthy because children are so vulnerable (*R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3, at para. 153). As L’Heureux-Dubé J. recognized in *R. v. L.F.W.*, 2000 SCC 6, [2000] 1 S.C.R. 132, “[a]s to moral blameworthiness, the use of a vulnerable child for the sexual gratification of an adult cannot be viewed as anything but a crime demonstrating the worst of intentions” (para. 31, quoting *R. v. L.F.W.* (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 115 (N.L.C.A.), at para. 117, per Cameron J.A. (“*L.F.W. (C.A.)*”). Offenders recognize children’s particular vulnerability and intentionally exploit it to achieve their selfish desires (*Woodward*, at para. 72). We would emphasize that the moral blameworthiness of the offender increases when offenders intentionally

Iacobucci selon lequel, sauf peut-être dans de rares cas, le délinquant est habituellement plus ou moins conscient des préjudices physiques, psychologiques et émotionnels considérables que ses actes peuvent causer à l’enfant (*Scalera*, par. 120 et 123-124).

[89] Toutes les formes de violence sexuelle, y compris la violence sexuelle faite aux adultes, sont moralement blâmables précisément parce qu’elles comportent l’exploitation illicite par le délinquant de la victime — le délinquant traite la victime comme un objet et fait fi de sa dignité humaine (voir *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 45 et 48). Comme l’a expliqué la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *L. (D.O.)*, « la question des agressions sexuelles contre les enfants est étroitement liée à celle des agressions sexuelles contre les femmes dans leur ensemble », justement parce que ces deux formes d’infractions d’ordre sexuel impliquent l’objectification sexuelle de la victime (p. 441). Au moment de la détermination de la peine, les tribunaux doivent accorder le poids qu’il convient aux attitudes sous-jacentes du délinquant, car celles-ci sont très pertinentes pour évaluer sa culpabilité morale et en ce qui a trait à l’objectif de dénonciation (Benedet, p. 310; *Hajar*, par. 67).

[90] Le fait que la victime est un enfant a pour effet d’accroître le degré de responsabilité du délinquant. Bref, l’exploitation sexuelle et l’objectification des enfants sont hautement blâmables sur le plan moral car les enfants sont si vulnérables (*R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3, par. 153). Comme la juge L’Heureux-Dubé l’a reconnu dans l’arrêt *R. c. L.F.W.*, 2000 CSC 6, [2000] 1 R.C.S. 132, [TRANSDUCTION] « [q]uant à la culpabilité morale, l’exploitation d’un enfant vulnérable par un adulte pour sa gratification sexuelle ne peut être considérée autrement que comme un crime témoignant des pires intentions » (par. 31, citant *R. c. L.F.W.* (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 115 (C.A. T.-N.-L.), par. 117, la juge Cameron (« *L.F.W. (C.A.)* »)). Les délinquants reconnaissent la vulnérabilité particulière des enfants et l’exploitent intentionnellement pour assouvir leurs propres désirs égoïstes (*Woodward*, par. 72).

target children who are particularly vulnerable, including children who belong to groups that face discrimination or marginalization in society.

[91] These comments should not be taken as a direction to disregard relevant factors that may reduce the offender’s moral culpability. The proportionality principle requires that the punishment imposed be “just and appropriate . . . and nothing more” (*M. (C.A.)*, at para. 80 (emphasis deleted); see also *Ipeelee*, at para. 37). First, as sexual assault and sexual interference are broadly-defined offences that embrace a wide spectrum of conduct, the offender’s conduct will be less morally blameworthy in some cases than in others. Second, the personal circumstances of offenders can have a mitigating effect. For instance, offenders who suffer from mental disabilities that impose serious cognitive limitations will likely have reduced moral culpability (*R. v. Scofield*, 2019 BCCA 3, 52 C.R. (7th) 379, at para. 64; *R. v. Hood*, 2018 NSCA 18, 45 C.R. (7th) 269, at para. 180).

[92] Likewise, where the person before the court is Indigenous, courts must apply the principles from *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, and *Ipeelee*. The sentencing judge must apply these principles even in extremely grave cases of sexual violence against children (see *Ipeelee*, at paras. 84-86). The systemic and background factors that have played a role in bringing the Indigenous person before the court may have a mitigating effect on moral blameworthiness (para. 73). Similarly, a different or alternative sanction might be more effective in achieving sentencing objectives in a particular Indigenous community (para. 74).

(d) *Proportionality Without a Specific Victim*

[93] Courts must give effect to the moral culpability of the offender in sentencing even where the facts giving rise to the conviction involve a police

Soulignons que la culpabilité morale du délinquant augmente quand il prend délibérément pour cible des enfants particulièrement vulnérables, y compris des enfants qui appartiennent à des groupes victimes de discrimination ou de marginalisation dans la société.

[91] Ces commentaires ne doivent pas être interprétés comme une directive de faire abstraction des facteurs pertinents pouvant atténuer la culpabilité morale du délinquant. Le principe de proportionnalité exige que la peine infligée soit « juste et appropriée, rien de plus » (*M. (C.A.)*, par. 80 (soulignement omis); voir aussi *Ipeelee*, par. 37). Premièrement, comme l’agression sexuelle et les contacts sexuels sont des infractions définies de manière générale qui englobent une vaste gamme d’actes, la conduite du délinquant sera moins blâmable sur le plan moral dans certains cas que dans d’autres. Deuxièmement, la situation personnelle des délinquants peut avoir un effet atténuant. Par exemple, les délinquants ayant des déficiences mentales qui comportent de grandes limites cognitives auront probablement une culpabilité morale réduite (*R. c. Scofield*, 2019 BCCA 3, 52 C.R. (7th) 379, par. 64; *R. c. Hood*, 2018 NSCA 18, 45 C.R. (7th) 269, par. 180).

[92] De même, lorsque l’accusé est autochtone, le tribunal doit appliquer les principes établis dans les arrêts *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, et *Ipeelee*. Le juge chargé de déterminer la peine doit appliquer ces principes même dans des cas extrêmement graves de violence sexuelle contre des enfants (voir *Ipeelee*, par. 84-86). Les facteurs systémiques et historiques qui ont mené l’Autochtone devant le tribunal peuvent avoir un effet atténuant sur sa culpabilité morale (par. 73). De même, des sanctions différentes ou substitutives pourraient permettre d’atteindre plus efficacement les objectifs de détermination de la peine dans une communauté autochtone donnée (par. 74).

d) *Proportionnalité en l’absence de victime réelle*

[93] Les tribunaux doivent donner effet à la culpabilité morale du délinquant lorsqu’ils déterminent la peine même si les faits à l’origine de la déclaration

sting operation rather than a child victim. Child luring may be committed in two ways: the offender is actually communicating with an underage person, or the offender believes the person he is communicating with is under age even though this is not in fact the case. In particular, the offence of child luring is often prosecuted through sting operations: an undercover officer poses online as a child and waits for an offender to initiate communication with a sexual purpose (see, e.g., *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3, at para. 7; *Morrison*, at para. 4). Although the absence of a specific victim is relevant, it should not be overemphasized in arriving at a fit sentence. The accused can take no credit for this factor. As such, it does not detract from the degree of responsibility of the offender for that offence. After all, to be convicted of child luring in the context of a police sting operation where the person the offender was communicating with was not in fact under age, the offender both must have intentionally communicated with a person who the offender believed to be under age and must have had the specific intent to facilitate the commission of a sexual or other specified offence against that person (*Morrison*, at para. 153).⁴

[94] Moreover, it must be recognized that with the advent of social media, “sexual offenders have been given unprecedented access to potential victims and avenues to facilitate sexual offending,” especially through child luring (*K.R.J.*, at paras. 102 and 104). Parliament designed the child luring offence to enable the police to use sting operations to “close the cyberspace door” by apprehending offenders before they can successfully target and harm children (*Levigne*, at para. 27, quoting *R. v. Legare*, 2009

de culpabilité découlent d’une opération d’infiltration policière et non d’un enfant victime. Le leurre d’enfants peut se commettre de deux façons : le délinquant communique effectivement avec un mineur ou croit que son interlocuteur est un mineur même si ce n’est pas en fait le cas. Plus précisément, il n’est pas rare que les auteurs de leurre d’enfants soient poursuivis en justice au terme d’une opération d’infiltration : un agent d’infiltration se fait passer pour un enfant en ligne et attend qu’un délinquant amorce la conversation dans un but sexuel (voir, p. ex., *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3, par. 7; *Morrison*, par. 4). Bien que l’absence de victime réelle soit pertinente, on ne doit pas lui accorder trop d’importance pour en arriver à une peine juste. L’accusé ne saurait s’attribuer le mérite de ce facteur. Donc, l’absence de victime réelle ne diminue pas le degré de responsabilité du délinquant à l’égard de l’infraction. Après tout, pour être déclaré coupable de leurre d’enfants dans le contexte d’une opération d’infiltration menée par la police où la personne avec qui le délinquant communiquait n’était pas en fait un mineur, le délinquant doit à la fois avoir communiqué intentionnellement avec une personne qu’il croyait être un mineur et avoir eu l’intention précise de faciliter la perpétration d’une infraction à caractère sexuel ou d’une autre infraction désignée à l’égard de cette personne (*Morrison*, par. 153)⁴.

[94] Par ailleurs, il faut reconnaître qu’avec l’avènement des médias sociaux, « les délinquants sexuels ont obtenu un accès inédit à des victimes potentielles et à des moyens qui facilitent la commission d’infractions sexuelles », surtout par le biais du leurre d’enfants (*K.R.J.*, par. 102 et 104). Le législateur a conçu l’infraction de leurre d’enfants en vue de permettre à la police de recourir à des opérations d’infiltration pour « fermer la porte du cyberespace » en appréhendant les délinquants avant qu’ils ne réussissent à

⁴ In addition to various sexual offences, the child luring provision also applies to the trafficking of a person under the age of eighteen years (*Criminal Code*, s. 279.011), receiving a material benefit from the trafficking of a person under the age of eighteen years (*Criminal Code*, s. 279.02(2)), and withholding or destroying documents for the purpose of committing or facilitating the trafficking of a person under the age of eighteen years (*Criminal Code*, s. 279.03(2)).

⁴ En plus de diverses infractions d’ordre sexuel, la disposition sur le leurre d’enfants s’applique aussi à la traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans (*Code criminel*, art. 279.011), à la réception d’un avantage matériel de la traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans (*Code criminel*, par. 279.02(2)) et à la rétention ou à la destruction de documents en vue de se livrer à la traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans ou de la faciliter (*Code criminel*, par. 279.03(2)).

SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551, at para. 25; see also *Levigne*, at paras. 24-29). Sting operations conducted by the police have become an important tool — if not the most important tool — available to the police in detecting offenders who target children and preventing them from doing actual harm to children (see *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, at para. 38). As Abella J. stated, “[t]hese sting operations are crucial in the enforcement of child luring laws since, as Doherty J.A. cogently put it, ‘Children cannot be expected to police the Internet’” (*Morrison*, at para. 202, quoting *Alicandro*, at para. 38). And courts should bear this in mind when sentencing offenders who have been outed by police undercover operations. To be clear, child luring should never be viewed as a victimless crime.

(3) Parliament Has Mandated That Sentences for Sexual Offences Against Children Must Increase

[95] Parliament has recognized the profound harm that sexual offences against children cause and has determined that sentences for such offences should increase to match Parliament’s view of their gravity. Parliament has expressed its will by increasing maximum sentences and by prioritizing denunciation and deterrence in sentencing for sexual offences against children.

(a) *Increase in Maximum Sentences*

[96] Maximum sentences help determine the gravity of the offence and thus the proportionate sentence. The gravity of the offence includes both subjective gravity, namely the circumstances that surround the commission of the offence, and objective gravity (*L.M.*, at paras. 24-25). The maximum sentence the *Criminal Code* provides for offences determines

prendre les enfants pour cible et à leur faire du mal (*Levigne*, par. 27, citant *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551, par. 25; voir aussi *Levigne*, par. 24-29). Les opérations d’infiltration menées par la police sont devenues un outil important — sinon le plus important — dont disposent les policiers pour repérer les délinquants qui s’en prennent aux enfants et les empêcher de leur faire du mal (voir *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, par. 38). Comme l’a affirmé la juge Abella, « [c]es opérations d’infiltration jouent un rôle essentiel dans l’application des lois relatives au leurre, car, comme l’a exprimé de façon convaincante le juge Doherty, [TRADUCTION] “[o]n ne peut s’attendre à ce que les enfants assurent le maintien de l’ordre dans Internet” » (*Morrison*, par. 202, citant *Alicandro*, par. 38). Les tribunaux devraient donc garder cette information en tête lorsqu’ils infligent une peine à des délinquants qui ont été neutralisés grâce à une opération d’infiltration policière. En termes clairs, le leurre d’enfants ne devrait jamais être considéré comme un crime sans victime.

(3) Le législateur a prescrit l’alourdissement des peines infligées dans les cas des infractions d’ordre sexuel contre des enfants

[95] Le législateur a reconnu les torts immenses causés par les infractions d’ordre sexuel contre des enfants et décidé que les peines infligées pour ces infractions doivent être alourdies afin de correspondre à l’opinion qu’il se fait de leur gravité. Il a exprimé son intention en augmentant les peines maximales et en privilégiant la dénonciation et la dissuasion au chapitre de la détermination de la peine pour les infractions d’ordre sexuel contre des enfants.

a) *Augmentation des peines maximales*

[96] Les peines maximales aident à déterminer la gravité de l’infraction et, partant, la peine proportionnelle à infliger. La gravité de l’infraction comprend un volet subjectif, notamment les circonstances entourant la perpétration de l’infraction, et un volet objectif (*L.M.*, par. 24-25). La peine maximale prévue au *Code criminel* pour les infractions détermine

objective gravity by indicating the “relative severity of each crime” (*M. (C.A.)*, at para. 36; see also H. Parent and J. Desrosiers, *Traité de droit criminel*, t. III, *La peine* (2nd ed. 2016), at pp. 51-52). Maximum penalties are one of Parliament’s principal tools to determine the gravity of the offence (C. C. Ruby et al., *Sentencing* (9th ed. 2017), at § 2.18; *R. v. Sanatkar* (1981), 64 C.C.C. (2d) 325 (Ont. C.A.), at p. 327; *Hajar*, at para. 75).

[97] Accordingly, a decision by Parliament to increase maximum sentences for certain offences shows that Parliament “wanted such offences to be punished more harshly” (*Lacasse*, at para. 7). An increase in the maximum sentence should thus be understood as shifting the distribution of proportionate sentences for an offence.

[98] Parliament has repeatedly increased sentences for sexual offences against children. These increases began in 1987 with Bill C-15. By abolishing the historic offences of indecent assault on a female and acts of gross indecency and creating the sexual interference offence, Parliament effectively doubled the maximum sentence from five to ten years for sexual offences against children that did not involve vaginal or anal penetration (see *L. (J.-J.)*, at pp. 240-41; Bill C-15, s. 1). Parliament has repeatedly signalled society’s increasing recognition of the gravity of sexual offences against children in the years that followed. In 2005, Parliament tripled the maximum sentences for sexual interference, invitation to sexual touching, and sexual exploitation in cases in which the Crown proceeds summarily from six months to 18 months by enacting Bill C-2, *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32. Finally, in 2015, Parliament enacted the *Tougher Penalties for Child Predators Act*, S.C. 2015, c. 23. This statute increased the maximum sentences of these three offences and sexual assault where the victim is under the age of 16 from 10 to 14 years when prosecuted by indictment and from 18 months to 2 years less a day when prosecuted by way of summary conviction (ss. 2-4). This statute

la gravité objective de celles-ci en indiquant « la gravité relative de chaque crime » (*M. (C.A.)*, par. 36; voir aussi H. Parent et J. Desrosiers, *Traité de droit criminel*, t. III, *La peine* (2^e éd. 2016), p. 51-52). Les peines maximales sont l’un des principaux outils dont dispose le législateur pour établir la gravité de l’infraction (C. C. Ruby et al., *Sentencing* (9^e éd. 2017), § 2.18; *R. c. Sanatkar* (1981), 64 C.C.C. (2d) 325 (C.A. Ont.), p. 327; *Hajar*, par. 75).

[97] En conséquence, la décision du législateur d’alourdir les peines maximales infligées pour certaines infractions témoigne « de [sa] volonté [. . .] de sanctionner avec plus de sévérité ces infractions » (*Lacasse*, par. 7). Une augmentation de la peine maximale devrait donc être considérée comme un changement de la répartition des peines proportionnelles pour une infraction.

[98] Le législateur a augmenté à plusieurs reprises les peines prévues pour les infractions d’ordre sexuel contre des enfants. Ces augmentations ont débuté en 1987 avec le projet de loi C-15. En abolissant les anciennes infractions d’agression indécente sur une personne de sexe féminin et les actes de grossière indécence et en créant l’infraction de contacts sexuels, le législateur a dans les faits doublé la peine maximale, la faisant passer de cinq ans à dix ans d’emprisonnement pour les infractions d’ordre sexuel contre des enfants qui ne comportaient pas de pénétration vaginale ou anale (voir *L. (J.-J.)*, p. 977; projet de loi C-15, art. 1). Dans les années qui ont suivi, le législateur a signalé à plusieurs reprises que la société reconnaissait de plus en plus la gravité des infractions d’ordre sexuel contre les enfants. En 2005, il a triplé les peines maximales prévues pour les infractions de contacts sexuels, d’incitation à des contacts sexuels et d’exploitation sexuelle dans les cas où le ministère public opte pour la procédure sommaire, les faisant passer de six mois à 18 mois d’emprisonnement par l’adoption du projet de loi C-2, *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d’autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c. 32. Enfin, en 2015, le législateur a édicté la *Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d’enfants*, L.C.

also increased the maximum sentences for numerous other sexual offences against children as indicated in the Appendix to these reasons.

[99] These successive increases in maximum sentences indicate Parliament’s determination that sexual offences against children are to be treated as more grave than they had been in the past. As Kasirer J.A. (as he then was) reasoned in *Rayo*, the legislative choice to increase the maximum sentence for child luring [TRANSLATION] “must be understood as a sign of the gravity of this crime in the eyes of Parliament” (para. 125). We agree with Pepall J.A.’s conclusion in *Stuckless (2019)* that Parliament’s legislative initiatives thus give effect to society’s increased understanding of the gravity of sexual offences and their impact on children (paras. 90, 103 and 112).

[100] To respect Parliament’s decision to increase maximum sentences, courts should generally impose higher sentences than the sentences imposed in cases that preceded the increases in maximum sentences. As Kasirer J.A. recognized in *Rayo* in the context of the offence of child luring, Parliament’s view of the increased gravity of the offence as reflected in the increase in maximum sentences should be reflected in [TRANSLATION] “toughened sanctions” (para. 175; see also *Woodward*, at para. 58). Sentencing judges and appellate courts need to give effect to Parliament’s clear and repeated signals to increase sentences imposed for these offences.

2015, c. 23. Cette loi prévoyait l’augmentation des peines maximales prévues pour ces trois infractions et l’agression sexuelle commise sur une victime âgée de moins de 16 ans, la faisant passer de 10 ans à 14 ans d’emprisonnement lorsqu’elles sont poursuivies par voie de mise en accusation et de 18 mois à 2 ans moins un jour en cas de poursuite par procédure sommaire (art. 2-4). Cette loi a également augmenté les peines maximales prévues pour de nombreuses autres infractions d’ordre sexuel contre des enfants, tel que l’indique l’annexe des présents motifs.

[99] Ces augmentations successives des peines maximales témoignent de la détermination du législateur à ce que les infractions d’ordre sexuel contre des enfants soient jugées plus graves que par le passé. Comme le juge d’appel Kasirer (maintenant juge de notre Cour) l’a écrit dans l’arrêt *Rayo*, le choix législatif d’alourdir la peine maximale pour leurre d’enfants « doit être compris comme un signe de la gravité de ce crime aux yeux du Parlement » (par. 125). Nous souscrivons à la conclusion tirée par la juge d’appel Pepall dans l’arrêt *Stuckless (2019)* voulant que les initiatives législatives du Parlement donnent effet ainsi au fait que la société comprend mieux la gravité des infractions d’ordre sexuel et leurs répercussions sur les enfants (par. 90, 103 et 112).

[100] Afin de respecter la décision du législateur d’augmenter les peines maximales, les tribunaux devraient généralement infliger des peines plus lourdes que celles qui étaient infligées avant les augmentations. Comme l’a reconnu le juge d’appel Kasirer dans *Rayo*, où il s’agissait de l’infraction de leurre d’enfants, l’opinion du législateur quant à la gravité accrue de l’infraction, tel qu’elle est reflétée par l’augmentation des peines maximales, devrait se concrétiser par un « durcissement des sanctions » (par. 175; voir également *Woodward*, par. 58). Les juges chargés de la détermination de la peine et les cours d’appel doivent donner effet aux signaux clairs et répétés du législateur d’infliger des peines plus lourdes pour ces infractions.

(b) *Prioritization of Denunciation and Deterrence in Section 718.01 of the Criminal Code*

[101] Parliament’s decision to prioritize denunciation and deterrence for offences that involve the abuse of children by enacting s. 718.01 of the *Criminal Code* confirms the need for courts to impose more severe sanctions for sexual offences against children. In 2005, Parliament added s. 718.01 to the *Criminal Code* by enacting Bill C-2. In cases that involve the abuse of a person under the age of 18, s. 718.01 requires the court to give “primary consideration to the objectives of denunciation and deterrence of such conduct” when imposing sentence.

[102] The text of s. 718.01 indicates that Parliament intended to focus the attention of sentencing judges on the relative importance of sentencing objectives for cases involving the abuse of children. The words “primary consideration” in s. 718.01 prescribe a relative ordering of sentencing objectives that is absent from the general list of six objectives in s. 718(a) through (f) of the *Criminal Code* (Renaud, at § 8.8-8.9). As Kasirer J.A. reasoned in *Rayo*, the word “primary” in the English text of s. 718.01 [TRANSLATION] “evokes an ordering of the objectives . . . that is . . . relevant in the [judge’s exercise of discretion]” (para. 103). This ordering of the sentencing objectives reflects Parliament’s intention for sentences to “better reflect the seriousness of the offence” (*House of Commons Debates*, vol. 140, No. 7, 1st Sess., 38th Parl., October 13, 2004, at p. 322 (Hon. Paul Harold Macklin)). As Saunders J.A. recognized in *D.R.W.*, Parliament thus attempted to “re-set the approach of the criminal justice system to offences against children” by enacting s. 718.01 (para. 32).

[103] Section 718.01 should not be interpreted as limiting sentencing objectives, notably separation

b) *Priorisation de la dénonciation et de la dissuasion à l’art. 718.01 du Code criminel*

[101] La décision du législateur de privilégier la dénonciation et la dissuasion dans le cas des infractions qui constituent de mauvais traitements à l’endroit d’enfants en adoptant l’art. 718.01 du *Code criminel* confirme la nécessité pour les tribunaux d’imposer des sanctions plus sévères pour les infractions d’ordre sexuel contre des enfants. En 2005, le législateur a ajouté l’art. 718.01 au *Code criminel* en adoptant le projet de loi C-2. Dans les cas de mauvais traitements d’une personne âgée de moins de 18 ans, l’art. 718.01 exige que le tribunal « accorde une attention particulière aux objectifs de dénonciation et de dissuasion d’un tel comportement » lorsqu’il impose une peine.

[102] D’après le libellé de l’art. 718.01, le législateur voulait concentrer l’attention des juges chargés de déterminer la peine sur l’importance relative des objectifs de détermination de la peine dans les cas de mauvais traitements d’enfants. L’expression « *primary consideration* » utilisée dans la version anglaise de cet article prescrit un ordonnancement relatif des objectifs de détermination de la peine que l’on ne trouve pas dans la liste générale des six objectifs aux al. 718a) à f) du *Code criminel* (Renaud, § 8.8-8.9). Comme le juge d’appel Kasirer l’a expliqué dans l’arrêt *Rayo*, le mot « *primary* » que l’on retrouve dans la version anglaise de l’art. 718.01 « évoque un ordonnancement des objectifs [. . .] qui est [. . .] pertinent à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge » (par. 103). Cet ordonnancement des objectifs de détermination de la peine témoigne de l’intention du législateur que les peines « reflètent davantage la gravité de ces infractions » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 140, n° 7, 1^{re} session, 38^e législature, le 13 octobre 2004, p. 322 (hon. Paul Harold Macklin)). Comme la juge d’appel Saunders l’a reconnu dans l’arrêt *D.R.W.*, le législateur a donc tenté de [TRADUCTION] « réinitialiser l’approche adoptée par le système de justice pénale à l’égard des infractions contre les enfants » en adoptant l’art. 718.01 (par. 32).

[103] L’article 718.01 ne devrait pas être interprété comme limitant les objectifs de détermination de la

from society, which reinforce deterrence or denunciation. The objective of separation from society is closely related to deterrence and denunciation for sexual offences against children (*Woodward*, at para. 76). When appropriate, as discussed below, separation from society can be the means to reinforce and give practical effect to deterrence and denunciation.

[104] Section 718.01 thus qualifies this Court's previous direction that it is for the sentencing judge to determine which sentencing objective or objectives are to be prioritized. Where Parliament has indicated which sentencing objectives are to receive priority in certain cases, the sentencing judge's discretion is thereby limited, such that it is no longer open to the judge to elevate other sentencing objectives to an equal or higher priority (*Rayo*, at paras. 103 and 107-8). However, while s. 718.01 requires that deterrence and denunciation have priority, nonetheless, the sentencing judge retains discretion to accord significant weight to other factors (including rehabilitation and *Gladue* factors) in exercising discretion in arriving at a fit sentence, in accordance with the overall principle of proportionality (see *R. v. Bergeron*, 2013 QCCA 7, at para. 37 (CanLII)).

[105] Parliament's choice to prioritize denunciation and deterrence for sexual offences against children is a reasoned response to the wrongfulness of these offences and the serious harm they cause. The sentencing objective of denunciation embodies the communicative and educative role of law (*R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 102). It reflects the fact that Canadian criminal law is a "system of values". A sentence that expresses denunciation thus condemns the offender "for encroaching on our society's basic code of values"; it "instills the basic set of communal values shared by all Canadians" (*M. (C.A.)*, at para. 81). The protection of children is one of the most basic values of Canadian society (*L. (J.-J.)*, at p. 250; *Rayo*, at para. 104). As *L'Heureux-Dubé J.* reasoned in *L.F.W.*, "sexual assault of a child is a crime that is abhorrent

peine, notamment celui de l'isolement du reste de la société, qui renforcent la dissuasion ou la dénonciation. L'objectif de l'isolement est étroitement lié à la dissuasion et à la dénonciation des infractions d'ordre sexuel contre les enfants (*Woodward*, par. 76). Comme il en sera question ultérieurement, dans les cas appropriés, l'isolement du reste de la société peut servir à renforcer la dissuasion et la dénonciation et à les mettre en application.

[104] L'article 718.01 vient donc qualifier la directive antérieure de la Cour voulant qu'il appartienne aux juges chargés de la détermination de la peine d'établir quel objectif ou quels objectifs doivent être privilégiés. Lorsque le législateur indique les objectifs de détermination de la peine à privilégier dans certains cas, le pouvoir discrétionnaire des juges chargés de déterminer la peine est de ce fait limité, de sorte qu'il ne leur est plus loisible d'accorder une priorité équivalente ou plus grande à d'autres objectifs (*Rayo*, par. 103 et 107-108). Toutefois, bien que cet article exige que l'on accorde la priorité à la dissuasion et à la dénonciation, les juges chargés de la détermination de la peine conservent néanmoins le pouvoir discrétionnaire d'accorder un poids important à d'autres facteurs (y compris la réinsertion et les facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue*) pour en arriver à une peine juste, en conformité avec le principe général de proportionnalité (voir *R. c. Bergeron*, 2013 QCCA 7, par. 37 (CanLII)).

[105] Le choix du législateur de privilégier la dénonciation et la dissuasion pour les infractions d'ordre sexuel contre des enfants est une réponse sensée au caractère répréhensible de ces infractions et aux préjudices graves qu'elles causent. L'objectif de dénonciation témoigne du rôle de communication et d'éducation du droit (*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 102). Il reflète le fait que le droit criminel canadien est un « système de valeurs ». Une peine qui exprime la dénonciation condamne donc le délinquant pour avoir « porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société »; elle enseigne « la gamme fondamentale des valeurs communes que partagent l'ensemble des Canadiens et des Canadiennes » (*M. (C.A.)*, par. 81). La protection des enfants est l'une des valeurs les plus fondamentales de la société canadienne (*L. (J.-J.)*,

to Canadian society and society's condemnation of those who commit such offences must be communicated in the clearest of terms" (para. 31, quoting *L.F.W. (C.A.)*, at para. 117, per Cameron J.A.).

(4) Specific Guidance on Sentence Increases

[106] We would decline the Crown's invitation to create a national starting point or sentencing range for sexual offences against children. Generally speaking, this Court is reluctant to pronounce on the specific length of sentence. The appropriate length and the setting of sentencing ranges or starting points are best left to provincial appellate courts (*R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at pp. 396 and 404). These courts "are in the best position to know the particular circumstances in their jurisdictions" (*Lacasse*, at para. 95). Indeed, a degree of regional variation for sentences is legitimate (*M. (C.A.)*, at para. 92). We would nonetheless emphasize that the guidance we provide about Parliament's legislative initiatives and the contemporary understanding of the wrongfulness and harmfulness of sexual violence against children applies across Canada.

[107] We are determined to ensure that sentences for sexual offences against children correspond to Parliament's legislative initiatives and the contemporary understanding of the profound harm that sexual violence against children causes. To do so, we wish to provide guidance to courts on three specific points:

- (1) Upward departure from prior precedents and sentencing ranges may well be required to impose a proportionate sentence;
- (2) Sexual offences against children should generally be punished more severely than sexual offences against adults; and,

p. 979; *Rayo*, par. 104). Comme la juge L'Heureux-Dubé l'a expliqué dans l'arrêt *L.F.W.*, « les agressions sexuelles contre les enfants constituent un crime qui répugne à la société canadienne, qui doit en condamner les auteurs dans les termes les plus catégoriques » (par. 31, citant *L.F.W. (C.A.)*, par. 117, la juge Cameron).

(4) Directives particulières sur l'augmentation des peines

[106] Nous refusons l'invitation du ministère public à créer un point de départ ou une fourchette de peines à l'échelle nationale pour les infractions d'ordre sexuel contre des enfants. En général, la Cour hésite à se prononcer sur la durée précise de la peine. Il vaut mieux laisser aux cours d'appel provinciales le soin d'apprécier la durée de la peine et d'établir des fourchettes de peines ou des points de départ (*R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, p. 396 et 404). Les cours d'appel provinciales « sont les mieux plac[e]s pour connaître la situation particulière qui existe dans leur ressort » (*Lacasse*, par. 95). En effet, une certaine variation régionale dans les peines infligées est légitime (*M. (C.A.)*, par. 92). Nous tenons néanmoins à souligner que les lignes directrices que nous établissons quant aux projets législatifs du Parlement et à la compréhension actuelle du caractère répréhensible et de la nocivité de la violence sexuelle contre les enfants s'appliquent partout au Canada.

[107] Nous sommes résolu à faire en sorte que les peines infligées pour les infractions d'ordre sexuel contre les enfants correspondent aux initiatives législatives du Parlement et à la compréhension actuelle du tort immense que causent ces infractions aux enfants. Pour ce faire, nous voulons donner des directives aux tribunaux concernant trois points précis :

- (1) Il se pourrait bien que l'on doive s'écarter des précédents et des fourchettes de peines antérieures vers le haut afin d'imposer des peines proportionnelles;
- (2) Les infractions d'ordre sexuel contre des enfants devraient généralement être punies plus sévèrement que les infractions d'ordre sexuel contre des adultes;

(3) Sexual interference with a child should not be treated as less serious than sexual assault of a child.

(a) *Upward Departure From Prior Precedents and Sentencing Ranges*

[108] Courts can and sometimes need to depart from prior precedents and sentencing ranges in order to impose a proportionate sentence. Sentencing ranges are not “straitjackets” but are instead “historical portraits” (*Lacasse*, at para. 57). Accordingly, as this Court recognized in *Lacasse*, sentences can and should depart from prior sentencing ranges when Parliament raises the maximum sentence for an offence and when society’s understanding of the severity of the harm arising from that offence increases (paras. 62-64 and 74).

[109] This guidance from *Lacasse* applies to sexual offences against children. As noted previously, Parliament’s decision in 2015 to increase maximum sentences for sexual offences against children should shift the range of proportionate sentences as a response to the recognition of the gravity of these offences. Sentences should increase as a result of this legislative initiative (*Rayo*, at para. 175). In certain cases, a sentencing judge [TRANSLATION] “must feel free to impose sentences above” a past threshold (*R. v. Régnier*, 2018 QCCA 306, at para. 78 (CanLII)). As the Quebec Court of Appeal has reasoned, courts must give “the legislative intent its full effect” and should not feel bound to adhere to a range that no longer reflects Parliament’s view of the gravity of the offence (para. 40). Such a range may in fact be “obsolete and must be revised upwards” (para. 30).

[110] A second reason why upward departure from precedents may be required is that courts’ understanding of the gravity and harmfulness of sexual offences against children has deepened, as we have sought to explain above. As Pepall J.A. observed in *Stuckless* (2019), there has been a considerable evolution in

(3) Les contacts sexuels avec un enfant ne devraient pas être considérés comme étant moins graves que l’agression sexuelle d’un enfant.

a) *Écart vers le haut par rapport aux précédents et aux fourchettes de peines antérieures*

[108] Les tribunaux peuvent s’écarter des précédents et des fourchettes de peines antérieures afin d’imposer une peine proportionnelle. Ils ont parfois même besoin de le faire. Les fourchettes de peines ne sont pas des « carcans », mais plutôt des « portraits historiques » (*Lacasse*, par. 57). Par conséquent, comme la Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Lacasse*, les peines peuvent et devraient s’écarter des fourchettes antérieures lorsque le législateur augmente la peine maximale pour une infraction et que la société comprend mieux la gravité du préjudice qui découle de cette infraction (par. 62-64 et 74).

[109] Cette directive tirée de l’arrêt *Lacasse* s’applique aux infractions d’ordre sexuel contre des enfants. Comme nous l’avons mentionné précédemment, la décision prise par le législateur en 2015 de hausser les peines maximales pour ces infractions devrait entraîner la modification de la fourchette de peines proportionnelles puisque l’on reconnaît maintenant leur gravité. Cette initiative législative devrait se traduire par une augmentation des peines (*Rayo*, par. 175). Dans certains cas, les juges chargés de la détermination de la peine « doivent [. . .] se sentir libres de sévir au-delà » du seuil antérieur (*R. c. Régnier*, 2018 QCCA 306, par. 78 (CanLII)). Comme la Cour d’appel du Québec l’a indiqué, les tribunaux doivent donner « plein effet à la volonté du législateur » et ne devraient pas se sentir obligés de respecter une fourchette qui ne correspond plus à l’opinion que le législateur se fait de la gravité de l’infraction (par. 40). Une telle fourchette peut en réalité être « désuète et doit être révisée à la hausse » (par. 30).

[110] Le fait que les tribunaux comprennent mieux la gravité et la nocivité des infractions d’ordre sexuel contre des enfants, comme nous avons tenté de l’expliquer précédemment, est une autre raison pour laquelle il pourrait être nécessaire de s’écarter des précédents vers le haut. Comme la juge d’appel

Canadian society's understanding of the gravity and harmfulness of these offences (para. 90). Sentences should thus increase "as courts more fully appreciate the damage that sexual exploitation by adults causes to vulnerable, young victims" (*Scofield*, at para. 62). Courts should accordingly be cautious about relying on precedents that may be "dated" and fail to reflect "society's current awareness of the impact of sexual abuse on children" (*R. v. Vautour*, 2016 BCCA 497, at para. 52 (CanLII)). Even more recent precedents may be treated with caution if they simply follow more dated precedents that inadequately recognize the gravity of sexual violence against children (*L.V.*, at paras. 100-102). Courts are thus justified in departing from precedents in imposing a fit sentence; such precedents should not be seen as imposing a cap on sentences (see *Stuckless (2019)*, at paras. 61-62, per Huscroft J.A.).

[111] We thus wish to express our concern about sentencing ranges based on precedents that appear to restrict sentencing judges' discretion, for example, by imposing a cap of three to five years on sentences that can only be exceeded in exceptional circumstances. For instance, the British Columbia Court of Appeal has set a range for sexual interference of one to three years and has suggested that only in "rare circumstances" would a sentence above three years be justified (*R. v. Williams*, 2019 BCCA 295, at para. 71 (CanLII)). Similarly, the Newfoundland Court of Appeal has held that the range for sexual assault of a child involving both "intercourse" and abuse of a position of trust is three to five years and that "special circumstances" are required to depart from this range (*R. v. Vokey*, 2000 NFCA 14, 186 Nfld. & P.E.I.R. 1, at para. 19).

Pepall l'a fait observer dans l'arrêt *Stuckless (2019)*, la conception que se fait la société canadienne de la gravité et de la nocivité de ces infractions a considérablement évolué (par. 90). Les peines devraient donc être alourdies, [TRADUCTION] « au fur et à mesure que les tribunaux comprennent mieux les dommages que l'exploitation sexuelle par des adultes cause aux jeunes victimes vulnérables » (*Scofield*, par. 62). En conséquence, les tribunaux devraient se garder d'invoquer des précédents qui peuvent être [TRADUCTION] « désuets » et qui ne reflètent pas « la reconnaissance actuelle par la société des répercussions d'une agression sexuelle sur les enfants » (*R. c. Vautour*, 2016 BCCA 497, par. 52 (CanLII)). Même les décisions plus récentes peuvent être abordées avec une certaine prudence si elles suivent simplement des précédents plus anciens qui ne reconnaissent pas adéquatement la gravité de la violence sexuelle contre des enfants (*L.V.*, par. 100-102). Il est donc justifié que les tribunaux s'écartent des précédents pour imposer une peine juste; on ne devrait pas considérer que ces précédents imposent un plafond sur les peines (voir l'arrêt *Stuckless (2019)*, par. 61-62, le juge Huscroft).

[111] Nous tenons donc à exprimer nos préoccupations relativement aux fourchettes de peines fondées sur des précédents qui semblent restreindre le pouvoir discrétionnaire des juges, par exemple, en fixant un plafond de trois à cinq ans d'emprisonnement qui peut être dépassé uniquement dans des circonstances exceptionnelles. Par exemple, pour les contacts sexuels, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a établi une fourchette de peines allant d'un an à trois ans d'emprisonnement et a laissé entendre qu'une peine de plus de trois ans ne serait justifiée que dans de [TRADUCTION] « rares circonstances » (*R. c. Williams*, 2019 BCCA 295, par. 71 (CanLII)). De même, la Cour d'appel de Terre-Neuve a conclu que la fourchette de peines pour l'infraction d'agression sexuelle d'un enfant comportant des [TRADUCTION] « rapports sexuels » et un abus de confiance allait de trois à cinq ans d'emprisonnement et qu'il devait exister des « circonstances particulières » pour que l'on puisse déroger à cette fourchette (*R. c. Vokey*, 2000 NFCA 14, 186 Nfld. & P.E.I.R. 1, par. 19).

[112] It is inappropriate to artificially constrain sentencing judges' ability to impose a proportionate sentence in this manner. As this Court's decision in *L.M.* makes clear, sentencing judges must have the ability to impose substantial sentences for sexual offences against children when the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender so demand (para. 30). There is no requirement for there to be rare or special circumstances in order to impose a substantial sentence where that substantial sentence is proportionate.

[113] Much like the offence of impaired driving causing death, sexual offences against children can cover a wide variety of circumstances (see *Lacasse*, at para. 66). Appellate guidance should make clear that sentencing judges can respond to this reality by imposing sentences that reflect increases in the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. In *M. (C.A.)*, for instance, this Court upheld the sentencing judge's determination that the objectives of deterrence, denunciation, and the protection of society required a 25-year global sentence for an offender who committed several sexual offences against multiple children (see para. 94). Likewise, in *L.M.*, this Court upheld a 15-year global sentence for multiple sexual offences against a single child victim as necessary to advance these same sentencing objectives (see para. 30). We would also commend the decisions of the Ontario Court of Appeal in *D. (D.)*, *Woodward*, and *S. (J.)* as examples of appropriate appellate guidance, with the caution that the 2015 statutory amendments were not yet in effect at the time of the offences in these cases.

[114] *D. (D.)*, *Woodward*, *S. (J.)*, and this Court's own decisions in *M. (C.A.)* and *L.M.* make clear that imposing proportionate sentences that respond to the gravity of sexual offences against children and the degree of responsibility of offenders will frequently require substantial sentences. Parliament's statutory

[112] Il ne convient pas de restreindre artificiellement de cette manière la faculté des juges d'infliger une peine proportionnelle. Comme l'indique clairement l'arrêt *L.M.* de notre Cour, les juges doivent avoir la faculté d'infliger de lourdes peines dans les cas d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants lorsque la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du délinquant l'exigent (par. 30). Point n'est besoin qu'il y ait des circonstances rares ou particulières pour imposer cette lourde peine dans les cas où elle est proportionnelle.

[113] Tout comme l'infraction de conduite avec facultés affaiblies causant la mort, les infractions d'ordre sexuel contre des enfants peuvent être commises dans un vaste éventail de circonstances (voir *Lacasse*, par. 66). Les directives des cours d'appel doivent indiquer clairement que les juges appelés à déterminer une peine peuvent tenir compte de cette réalité en infligeant des peines qui reflètent l'accroissement de la gravité de l'infraction et du degré de responsabilité du délinquant. Dans *M. (C.A.)*, par exemple, notre Cour a confirmé la décision du juge de la peine portant que les objectifs de dissuasion et de dénonciation ainsi que la protection de la société exigeaient qu'une peine globale de 25 ans soit infligée à un délinquant qui a commis plusieurs infractions d'ordre sexuel contre de nombreux enfants (voir par. 94). De même, dans *L.M.*, notre Cour a confirmé une peine globale de 15 ans pour de multiples infractions d'ordre sexuel commises à l'endroit d'un seul enfant victime car cette peine s'imposait pour favoriser l'atteinte de ces mêmes objectifs du prononcé des peines (voir par. 30). Nous recommandons également de suivre les arrêts *D. (D.)*, *Woodward* et *S. (J.)* de la Cour d'appel de l'Ontario à titre d'exemples de directives appropriées données par une cour d'appel, tout en rappelant que les modifications législatives de 2015 n'étaient pas encore en vigueur à l'époque des infractions dans ces affaires.

[114] Les arrêts *D. (D.)*, *Woodward*, *S. (J.)* ainsi que les arrêts *M. (C.A.)* et *L.M.* de notre Cour indiquent clairement que l'infliction de peines proportionnelles qui tiennent compte de la gravité des infractions d'ordre sexuel contre les enfants et du degré de responsabilité des délinquants nécessite fréquemment

amendments have strengthened that message. It is not the role of this Court to establish a range or to outline in which circumstances such substantial sentences should be imposed. Nor would it be appropriate for any court to set out binding or inflexible quantitative guidance — as Moldaver J.A. wrote in *D. (D.)*, “judges must retain the flexibility needed to do justice in individual cases” and to individualize the sentence to the offender who is before them (at para. 33). Nonetheless, it is incumbent on us to provide an overall message that is clear (*D. (D.)*, at paras. 34 and 45). That message is that mid-single digit penitentiary terms for sexual offences against children are normal and that upper-single digit and double-digit penitentiary terms should be neither unusual nor reserved for rare or exceptional circumstances. We would add that substantial sentences can be imposed where there was only a single instance of sexual violence and/or a single victim, as in this case, *Woodward*, and *L.M.* In addition, as this Court recognized in *L.M.*, maximum sentences should not be reserved for the “abstract case of the worst crime committed in the worst circumstances” (para. 22). Instead, a maximum sentence should be imposed whenever the circumstances warrant it (para. 20).

- (b) *Sexual Offences Against Children Merit More Severe Punishment Than Sexual Offences Against Adults*

[115] We are also concerned that some courts appear to have adopted sentencing ranges that treat sexual violence against children in a manner similar to sexual violence against adults. For instance, in Alberta, the starting point for both “major sexual assault” of an adult victim and “major sexual interference” with a child victim is three years (*Hajar*, at paras. 2 and 12). Likewise, the British Columbia Court of Appeal has established a sentencing range for “sexual assault involving intercourse” of two to

de lourdes peines. Les modifications du législateur ont renforcé ce message. Il n’appartient pas à notre Cour d’établir une fourchette ou de dire dans quelles circonstances il y a lieu d’imposer ces lourdes peines. Il ne serait pas non plus approprié qu’un tribunal établisse des directives contraignantes ou inflexibles sur le plan quantitatif. Comme le juge d’appel Moldaver l’a écrit dans *D. (D.)*, « les juges doivent garder la souplesse voulue pour rendre justice dans des cas individuels » et adapter la peine au délinquant qui comparait devant eux (par. 33). Néanmoins, il nous incombe d’envoyer un message global clair (*D. (D.)*, par. 34 et 45). Ce message est le suivant : des peines d’emprisonnement se situant dans la portion centrale des peines inférieures à 10 ans infligées pour des infractions d’ordre sexuel à l’égard d’enfants sont normales, et des peines se situant dans la portion supérieure des peines de moins de 10 ans, ainsi que des peines de 10 ans et plus, ne devraient être ni inusitées ni réservées aux circonstances rares et exceptionnelles. Ajoutons que de lourdes peines peuvent être infligées lorsqu’il n’y a qu’un seul épisode de violence sexuelle ou une seule victime, comme en l’espèce de même que dans *Woodward* et *L.M.* En outre, comme l’a reconnu notre Cour dans *L.M.*, les peines maximales ne devraient pas être réservées au « scénario abstrait du pire crime commis dans les pires circonstances » (par. 22). Une peine maximale devrait plutôt être infligée chaque fois que les circonstances le justifient (par. 20).

- b) *Les infractions d’ordre sexuel contre des enfants doivent être punies plus sévèrement que les infractions d’ordre sexuel contre des adultes*

[115] Nous nous préoccupons également du fait que certains tribunaux semblent avoir adopté des fourchettes de peines similaires pour les infractions d’ordre sexuel contre les enfants et les infractions d’ordre sexuel contre les adultes. Par exemple, en Alberta, le point de départ pour les [TRADUCTION] « agressions sexuelles graves » contre une victime adulte et les « contacts sexuels graves » à l’endroit d’un enfant est un emprisonnement de trois ans (*Hajar*, par. 2 et 12). De même, la Cour d’appel de

six years that it has applied in cases involving both child and adult victims (*R. v. G.M.*, 2015 BCCA 165, 371 B.C.A.C. 44, at para. 22 (adult victim); *Scofield*, at para. 59 (child victim)).

[116] While sexual violence against either a child or an adult is serious, Parliament has determined that sexual violence against children should be punished more severely. First, Parliament has prioritized deterrence and denunciation for offences that involve the abuse of children (*Criminal Code*, s. 718.01). Second, Parliament has identified the abuse of persons under the age of 18 as a statutory aggravating factor (*Criminal Code*, s. 718.2(a)(ii.1)). Third, Parliament has identified the abuse of a position of trust or authority as an aggravating factor; this is more common in sexual offences against children than in sexual offences against adults (*Criminal Code*, s. 718.2(a)(iii); *L.V.*, at para. 66). Fourth, Parliament has used maximum sentences to signal that sexual violence against persons under the age of 16 should be punished more severely than sexual violence against adults. The maximum sentence for both sexual interference and sexual assault of a victim under the age of 16 is 14 years when prosecuted by indictment and is 2 years less a day when prosecuted summarily. In contrast, the maximum sentence for sexual assault of a person who is 16 years or older is 10 years when prosecuted by indictment and 18 months when prosecuted summarily (see *Criminal Code*, ss. 151(a) and (b), and 271(a) and (b)). This is a clear indication in the *Criminal Code* that Parliament views sexual violence against children as deserving of more serious punishment. These four legislative signals reflect Parliament's recognition of the inherent vulnerability of children and the wrongfulness of exploiting that vulnerability.

la Colombie-Britannique a établi une fourchette de peines de deux à six ans d'emprisonnement pour les [TRADUCTION] « agressions sexuelles impliquant des rapports sexuels » et l'a appliquée tant à des cas mettant en cause des enfants victimes qu'à des cas mettant en cause des victimes adultes (*R. c. G.M.*, 2015 BCCA 165, 371 B.C.A.C. 44, par. 22 (victime adulte); *Scofield*, par. 59 (enfant victime)).

[116] Bien que la violence sexuelle à l'égard d'un enfant ou d'un adulte soit grave, le législateur a jugé que la violence sexuelle contre des enfants devait être punie plus sévèrement. En premier lieu, le législateur a privilégié la dissuasion et la dénonciation pour les infractions qui constituent de mauvais traitements à l'endroit d'enfants (*Code criminel*, art. 718.01). En deuxième lieu, il a identifié les mauvais traitements à l'égard d'une personne âgée de moins de dix-huit ans comme étant une circonstance aggravante visée par la loi (*Code criminel*, sous-al. 718.2a)(ii.1)). En troisième lieu, il a qualifié de circonstance aggravante l'abus de confiance ou d'autorité, ce qui est plus fréquent dans le cas des infractions d'ordre sexuel commises contre des enfants que de celles commises contre des adultes (*Code criminel*, sous-al. 718.2a)(iii); *L.V.*, par. 66). En quatrième lieu, le législateur s'est servi des peines maximales pour indiquer que la violence sexuelle à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans devrait être punie plus sévèrement que la violence sexuelle à l'endroit d'un adulte. La peine maximale pour contacts sexuels et pour agression sexuelle d'une personne âgée de moins de 16 ans est de 14 ans d'emprisonnement lorsque l'auteur est poursuivi par mise en accusation, et de 2 ans moins un jour en cas de poursuite par voie sommaire. En guise de comparaison, la peine maximale pour l'agression sexuelle d'une personne âgée d'au moins 16 ans est de 10 ans d'emprisonnement en cas de poursuite par mise en accusation et de 18 mois en cas de poursuite par voie sommaire (voir le *Code criminel*, al. 151a) et b), 271a) et b)). Le *Code criminel* indique donc clairement que, d'après le législateur, la violence sexuelle faite aux enfants doit être punie plus sévèrement. Ces quatre signaux législatifs témoignent de la reconnaissance par le législateur de la vulnérabilité inhérente des enfants et du caractère répréhensible de l'exploitation de cette vulnérabilité.

[117] Accordingly, we would direct provincial appellate courts to revise and rationalize sentencing ranges and starting points where they have treated sexual violence against children and sexual violence against adults similarly. We agree with the Saskatchewan Court of Appeal that “assaults against a child should normally warrant a stronger sanction” than assaults against an adult (*L.V.*, at para. 101). As Richards C.J.S. wrote, “sentencing results should reflect this reality” so that they give effect to the will of Parliament as expressed in ss. 718.01 and 718.2(a)(ii.1) and (iii) of the *Criminal Code* (para. 102). A sentencing range or starting point that does not give effect to Parliament’s directions is founded on a false logic and should not be relied on (see *Stone*, at para. 245).

[118] We would emphasize that nothing in these reasons should be taken either as a direction to decrease sentences for sexual offences against adult victims or as a bar against increasing sentences for sexual offences against adult victims. As this Court recently held, our understanding of the profound physical and psychological harm that all victims of sexual assault experience has deepened (*Goldfinch*, at para. 37). In jurisdictions that have erroneously equated sexual violence against children with sexual violence against adults, courts should correct this error by increasing sentences for sexual offences against children — not by decreasing sentences for sexual offences against adults.

(c) *Sexual Interference and Sexual Assault Should Be Treated Similarly*

[119] Finally, we would direct appellate courts not to discount sexual interference in comparison to sexual assault. The British Columbia Court of Appeal appears to have done this by setting a range of two to six years for “sexual assault involving intercourse” in cases involving child victims while setting

[117] En conséquence, nous sommes d’avis de donner aux cours d’appel provinciales la directive de revoir et de rationaliser les fourchettes de peines et les points de départ dans les cas où elles ont traité la violence sexuelle à l’égard des enfants et à l’égard des adultes de la même façon. Nous sommes en accord avec la Cour d’appel de la Saskatchewan pour dire que [TRADUCTION] « les agressions commises contre un enfant devraient normalement entraîner une peine plus sévère » que les agressions commises contre un adulte (*L.V.*, par. 101). Comme l’a écrit le juge en chef Richards, [TRADUCTION] « les peines infligées devraient refléter cette réalité » afin de donner effet à l’intention du législateur, telle qu’elle est exprimée à l’art. 718.01 et aux sous-al. 718.2a)(ii.1) et (iii) du *Code criminel* (par. 102). Une fourchette de peines ou un point de départ qui ne met pas en application les directives du législateur repose sur une logique défectueuse et ne devrait pas être utilisé (voir *Stone*, par. 245).

[118] Nous tenons à souligner que rien dans les présents motifs ne saurait être vu comme une directive d’infliger des peines plus clémentes pour les infractions d’ordre sexuel contre des victimes adultes ou une interdiction d’imposer des peines plus lourdes pour ces infractions. Tel que l’a récemment déclaré la Cour, nous comprenons de mieux en mieux les préjudices physique et psychologique considérables que subissent toutes les victimes de violence sexuelle (*Goldfinch*, par. 37). Dans les ressorts où l’on a assimilé à tort la violence sexuelle sur des enfants à celle employée sur des adultes, les tribunaux doivent corriger cette erreur en infligeant des peines plus lourdes pour les infractions d’ordre sexuel contre des enfants, et non en infligeant des peines plus clémentes pour les infractions d’ordre sexuel contre des adultes.

(c) *Les contacts sexuels et les agressions sexuelles devraient être traités de la même manière*

[119] Enfin, nous sommes d’avis de donner aux cours d’appel la directive de ne pas minimiser les contacts sexuels par rapport aux agressions sexuelles. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique semble l’avoir fait lorsqu’elle a établi une fourchette de peines de deux à six ans d’emprisonnement pour les

a range of one to three years for sexual interference (see *Scofield*, at para. 59; *Williams*, at para. 71).

[120] It is an error of law to treat sexual interference as less serious than sexual assault. As stated above, Parliament has established the same maximum sentences for both sexual interference and sexual assault of a person under the age of 16. The elements of the offence are also similar, and a conviction for sexual assault of a child and for sexual interference with a child can frequently be supported on the same factual foundation (*R. v. M. (S.J.)*, 2009 ONCA 244, 247 O.A.C. 178, at para. 8).

(5) Significant Factors to Determine a Fit Sentence

[121] We also wish to offer some comments on significant factors to determine a fit sentence for sexual offences against children. These comments are neither a checklist nor an exhaustive set of factors. Nor are they intended to displace the specific lists of factors that provincial appellate courts have set out (see, e.g., *Sidwell*, at para. 53; *R. v. A.B.*, 2015 NLCA 19, 365 Nfld. & P.E.I.R. 160, at para. 26). Instead, our aim is to provide guidance on specific factors that require “the articulation of governing and intelligible principles” to promote the uniform application of the law of sentencing (*Gardiner*, at pp. 397 and 405).

(a) *Likelihood to Reoffend*

[122] Parliament has provided in s. 718 of the *Criminal Code* that “[t]he fundamental purpose of sentencing is to protect society”. As this Court held in *K.R.J.*, the wording of s. 718 demonstrates that “public protection is part of the very essence” of sentencing (para. 33). This purpose takes on particular significance when criminal offences are enacted to protect vulnerable groups such as children from

[TRADUCTION] « agressions sexuelles comportant des rapports sexuels » dans les cas qui mettent en cause des enfants, et une fourchette de peines d’un an à trois ans d’emprisonnement pour les contacts sexuels (voir *Scofield*, par. 59; *Williams*, par. 71).

[120] C’est une erreur de droit que de traiter les contacts sexuels comme étant moins graves que les agressions sexuelles. Comme nous l’avons mentionné précédemment, le législateur a fixé les mêmes peines maximales pour les contacts sexuels et les agressions sexuelles à l’égard d’une personne âgée de moins de 16 ans. Les éléments de l’infraction sont également similaires et une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle à l’égard d’un enfant et pour contacts sexuels à l’égard d’un enfant repose souvent sur les mêmes faits (*R. c. M. (S.J.)*, 2009 ONCA 244, 247 O.A.C. 178, par. 8).

(5) Facteurs importants à prendre en considération pour fixer une peine juste

[121] Nous tenons également à formuler quelques commentaires sur les facteurs importants à prendre en considération pour fixer une peine juste en cas d’infraction d’ordre sexuel contre des enfants. Ces commentaires ne sont ni une liste de vérification ni un ensemble exhaustif de facteurs. Ils ne visent pas non plus à remplacer les listes précises de facteurs que les cours d’appel provinciales ont dressées (voir, p. ex., *Sidwell*, par. 53; *R. c. A.B.*, 2015 NLCA 19, 365 Nfld. & P.E.I.R. 160, par. 26). Notre objectif est plutôt de fournir une orientation quant à certains facteurs qui nécessitent une « formulation de principes clairs » afin de promouvoir l’application uniforme du droit de la détermination de la peine (*Gardiner*, p. 397 et 405).

a) *Probabilité de récidive*

[122] Le législateur affirme à l’art. 718 du *Code criminel* que « [l]e prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société ». Comme la Cour l’a jugé dans l’arrêt *K.R.J.*, le libellé de l’art. 718 démontre que « la protection du public relève nettement de l’essence même » de la détermination de la peine (par. 33). Cet objectif revêt une importance particulière lorsque des infractions criminelles sont créées

harm (see *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paras. 76 and 131-32).

[123] Where the sentencing judge finds that the offender presents an increased likelihood of reoffending, the imperative of preventing further harm to children calls for emphasis on the sentencing objective of separating the offender from society in s. 718(c) of the *Criminal Code*. Emphasizing this objective will protect children by neutralizing the offender's ability to engage in sexual violence during the period of incarceration (see *K.R.J.*, at para. 52). The higher the offender's risk to reoffend, the more the court needs to emphasize this sentencing objective to protect vulnerable children from wrongful exploitation and harm (*L.M.*, at para. 30; *S. (J.)*, at paras. 39 and 84).

[124] The offender's likelihood to reoffend is clearly also relevant to the objective of rehabilitation in s. 718(d) of the *Criminal Code*. Courts should encourage efforts toward rehabilitation because it offers long-term protection (*Gladue*, at para. 56). Rehabilitation may also weigh in favour of a reduced term of incarceration followed by probation since a community environment is often more favourable to rehabilitation than prison (see *Proulx*, at paras. 16 and 22). At the same time, depending on the offender's risk to reoffend, the imperative of providing immediate and short-term protection to children may preclude early release. In these cases, efforts at rehabilitation must begin with such treatment or programming as is available within prison (see *R. v. R.M.S.* (1997), 92 B.C.A.C. 148, at para. 13). In some cases, the only way to achieve both short-term and long-term protection of children may thus be to impose a lengthy sentence (see *R. v. Gallant*, 2004 NSCA 7, 220 N.S.R. (2d) 318, at para. 19, per Cromwell J.A., as he then was).

(b) *Abuse of a Position of Trust or Authority*

[125] We also wish to offer some comments on the factor of the abuse of a position of trust (*Criminal*

afin de protéger les groupes vulnérables comme les enfants (voir *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 76, 131-132).

[123] Lorsque le juge chargé de la détermination de la peine conclut que le délinquant présente un risque accru de récidive, son obligation de prévenir d'autres préjudices aux enfants lui commande de privilégier l'objectif d'isoler le délinquant du reste de la société, qui est prévu à l'al. 718c) du *Code criminel*. Mettre l'accent sur cet objectif aura pour effet de protéger les enfants en empêchant le délinquant de se livrer à la violence sexuelle durant la période d'incarcération (voir *K.R.J.*, par. 52). Plus le délinquant représente un risque élevé de récidive, plus le tribunal doit privilégier cet objectif de détermination de la peine en vue de protéger les enfants vulnérables de l'exploitation fautive et du danger (*L.M.* par. 30; *S. (J.)*, par. 39 et 84).

[124] De toute évidence, la probabilité de récidive du délinquant est aussi pertinente en ce qui a trait à l'objectif de réinsertion prévu à l'al. 718d) du *Code criminel*. Les tribunaux devraient encourager les délinquants à faire des efforts pour se réinsérer, car cela offre une protection de longue durée (*Gladue*, par. 56). La réinsertion peut aussi jouer en faveur d'une durée d'emprisonnement réduite suivie d'une période de probation puisque le milieu communautaire est souvent plus favorable à la réinsertion que la prison (voir *Proulx*, par. 16 et 22). Parallèlement, selon le risque de récidive que représente le délinquant, l'impératif d'offrir une protection immédiate et à court terme aux enfants peut faire obstacle à une libération anticipée. Dans de tels cas, les efforts de réinsertion doivent débiter par un traitement ou un programme offert en prison (voir *R. c. R.M.S.* (1997), 92 B.C.A.C. 148, par. 13). Dans certaines situations, la seule façon de protéger les enfants à court et à long terme peut donc être d'imposer une longue peine (voir *R. c. Gallant*, 2004 NSCA 7, 220 N.S.R. (2d) 318, par. 19, le juge d'appel Cromwell (plus tard juge de notre Cour)).

b) *Abus de confiance ou d'autorité*

[125] Nous souhaitons également faire quelques remarques sur le facteur de l'abus de confiance

Code, s. 718.2(a)(iii)). Trust relationships arise in varied circumstances and should not all be treated alike (see *R. v. Aird*, 2013 ONCA 447, 307 O.A.C. 183, at para. 27). Instead, it makes sense to refer to a “spectrum” of positions of trust (see *R. v. R.B.*, 2017 ONCA 74, at para. 21 (CanLII)). An offender may simultaneously occupy multiple positions on the spectrum and a trust relationship can progress along the spectrum over time (see *R. v. Vigon*, 2016 ABCA 75, 612 A.R. 292, at para. 17). In some cases, an offender’s grooming can build a new relationship of trust, a regular occurrence in child luring cases where children are groomed by complete strangers over the Internet, or move an existing trust relationship along the spectrum. Even where grooming does not exploit an existing relationship of trust or build a new one, it is still aggravating in its own right.

[126] Any breach of trust is likely to increase the harm to the victim and thus the gravity of the offence. As Saunders J.A. reasoned in *D.R.W.*, the focus in such cases should be on “the extent to which [the] relationship [of trust] was violated” (para. 41). The spectrum of relationships of trust is relevant to determining the degree of harm. A child will likely suffer more harm from sexual violence where there is a closer relationship and a higher degree of trust between the child and the offender (see *R. v. J.R.* (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 246 (N.L.C.A.), at paras. 14 and 18). This is likely to be the case in what might be described as classic breach of trust situations, such as those involving family members, caregivers, teachers, and doctors, to mention a few.

[127] The presence of a trust relationship may inhibit children from reporting sexual violence. The breach of trust may produce “feelings of fear and shame” that further discourage reporting (*Stuckless* (2019), at para. 131, per Pepall J.A.). Threats or emotional manipulation may have a greater inhibiting impact because the victim trusts the offender (*L. (D.O.)*, at pp. 439-40, per L’Heureux-Dubé J.; *R.*

(*Code criminel*, sous-al. 718.2a)(iii)). Les relations de confiance se présentent dans de nombreuses situations et elles ne devraient pas toutes être traitées sur le même pied (voir *R. c. Aird*, 2013 ONCA 447, 307 O.A.C. 183, par. 27). Il serait plus logique de parler de [TRADUCTION] « spectre » de situations de confiance (voir *R. c. R.B.*, 2017 ONCA 74, par. 21 (CanLII)). Un délinquant peut occuper simultanément plusieurs positions dans le spectre et une relation de confiance peut progresser le long du spectre au fil du temps (voir *R. c. Vigon*, 2016 ABCA 75, 612 A.R. 292, par. 17). Dans certains cas, la manipulation psychologique du délinquant peut donner naissance à une nouvelle relation de confiance, un phénomène courant dans les cas de leurre d’enfants où les enfants se font manipuler par de parfaits étrangers sur Internet, ou faire progresser une relation de confiance existante le long du spectre. Même si ce n’est pas le cas, la manipulation psychologique demeure un facteur aggravant à lui seul.

[126] Tout abus de confiance est susceptible d’accroître le préjudice causé à la victime et, partant, la gravité de l’infraction. Comme la juge d’appel Saunders l’a expliqué dans l’arrêt *D.R.W.*, dans de tels cas, on devrait mettre l’accent sur [TRADUCTION] « la mesure dans laquelle la relation de confiance a été violée » (par. 41). Le spectre des relations de confiance est utile pour déterminer le degré de préjudice. Un enfant souffrira sans doute plus d’une agression sexuelle s’il y avait une relation étroite et un degré de confiance plus élevé entre lui et son agresseur (voir *R. c. J.R.* (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 246 (C.A. T.-N.-L.), par. 14 et 18). Ce scénario est vraisemblable dans ce que l’on pourrait qualifier de cas classique d’abus de confiance, y compris ceux mettant en cause des membres de la famille, gardiens, enseignants et médecins.

[127] L’existence d’une relation de confiance peut empêcher l’enfant de dénoncer la violence sexuelle dont il est victime. L’abus de confiance peut entraîner un [TRADUCTION] « sentiment de crainte et de honte » qui décourage encore plus l’enfant de dénoncer son agresseur (*Stuckless* (2019), par. 131, la juge Pepall). Les menaces ou la manipulation émotionnelle peuvent avoir des répercussions d’autant plus

v. *J.L.*, 2015 ONCJ 777, at para. 58 (CanLII), aff'd 2016 ONCA 593).

[128] We would add that these barriers to reporting can be particularly pronounced where the perpetrator of the sexual violence resides with the victim and is a parent or caregiver. Dependence on the perpetrator can be a serious barrier to reporting (“The ‘Statutory Rape’ Myth”, at pp. 277 and 291). For instance, in one reported case, a teenage girl and her mother and siblings had to leave the family residence and relocate to a women’s shelter when the teenage girl told her mother that her father had sexually assaulted her (see *J.L.*, at para. 56). These fears may be especially pronounced in situations where the offender has also engaged in domestic violence (see *R. v. G. (P.G.)*, 2014 ONCJ 369, at paras. 33-34 (CanLII)).

[129] The abuse of a position of trust is also aggravating because it increases the offender’s degree of responsibility. An offender who stands in a position of trust in relation to a child owes a duty to protect and care for the child that is not owed by a stranger. The breach of the duty of protection and care thus enhances moral blameworthiness (*R. v. S. (W.B.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530 (Alta. C.A.), at p. 537). The abuse of a position of trust also exploits children’s particular vulnerability to trusted adults, which is especially morally blameworthy (*D. (D.)*, at paras. 24 and 35; *Rayo*, at paras. 121-22).

[130] We would thus emphasize that, all other things being equal, an offender who abuses a position of trust to commit a sexual offence against a child should receive a lengthier sentence than an offender who is a stranger to the child. Many authors have expressed concern that the criminal justice system has historically failed to recognize the scale and gravity of sexual violence perpetrated within the family sphere (see Benedet, at p. 297; J. Desrosiers and G. Beausoleil-Allard, *L’agression sexuelle en droit canadien* (2nd ed. 2017), at p. 39; Todd, at p. 554). Specifically, some authors have criticized

fortes que la victime fait confiance au délinquant (*L. (D.O.)*, p. 439-440, la juge L’Heureux-Dubé; *R. c. J.L.*, 2015 ONCJ 777, par. 58 (CanLII), conf. par 2016 ONCA 593).

[128] Nous ajoutons que ces obstacles à la dénonciation peuvent être particulièrement imposants lorsque l’auteur de la violence sexuelle est un parent ou gardien qui habite avec la victime. La dépendance de la victime envers son agresseur peut constituer un obstacle majeur à la dénonciation (« The “Statutory Rape” Myth », p. 277 et 291). Par exemple, dans un cas antérieur, une adolescente, sa mère et ses frères et sœurs ont dû quitter la résidence familiale et déménager dans un refuge pour femmes lorsque l’adolescente a dit à sa mère que son père l’avait agressée sexuellement (voir *J.L.*, par. 56). Ces craintes peuvent être particulièrement élevées dans les situations où le délinquant a également commis des actes de violence familiale (voir *R. c. G. (P.G.)*, 2014 ONCJ 369, par. 33-34 (CanLII)).

[129] L’abus de confiance est aussi un facteur aggravant parce qu’il accroît le degré de responsabilité du délinquant. Un délinquant en situation de confiance vis-à-vis un enfant a l’obligation de le protéger et d’en prendre soin, une obligation qu’un étranger n’a pas. Un manquement à l’obligation de protection et de soin accroît donc la culpabilité morale (*R. c. S. (W.B.)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 530 (C.A. Alta.), p. 537). L’abus de confiance exploite aussi la vulnérabilité particulière des enfants envers les adultes à qui ils font confiance, ce qui est particulièrement blâmable sur le plan moral (*D. (D.)*, par. 24 et 35; *Rayo*, par. 121-122).

[130] Nous voulons donc souligner que, toutes autres choses étant égales, un délinquant qui abuse de la situation de confiance dont il jouit pour commettre une infraction d’ordre sexuel contre un enfant devrait recevoir une peine plus longue que le délinquant qui est un étranger pour l’enfant. De nombreux auteurs se sont dits préoccupés par le fait que, traditionnellement, le système de justice pénale n’a pas reconnu l’ampleur et la gravité des actes de violence sexuelle perpétrés au sein de la famille (voir Benedet, p. 297; J. Desrosiers et G. Beausoleil-Allard, *L’agression sexuelle en droit canadien* (2^e éd. 2017), p. 39; Todd,

the tendency of courts to impose similar sentences on strangers and fathers for sexual offences against children, despite the fact that sexual assaults by fathers are more likely to occur on multiple occasions (see Bauman, at pp. 358 and 364; “The ‘Statutory Rape’ Myth”, at pp. 289-90). As Professor Craig writes, framing sexual violence against children as the product of a handful of stranger-predators fails “to recognize that child sexual abuse is often a threat that comes from within the family and not from outside of it” (p. 41). Courts should ensure that the sentences they impose do not inadvertently reinforce this myth by failing to give legal effect to the increased gravity of the offence and degree of responsibility of the offender in cases that involve the abuse of a trust relationship.

(c) *Duration and Frequency*

[131] The duration and frequency of sexual violence is a further important factor in sentencing. The frequency and duration can significantly increase the harm to the victim. The immediate harm the victim experiences during the assault is multiplied by the number of assaults. Moreover, the long-term emotional and psychological harm to the victim can also become more pronounced where the sexual violence is repeated and prolonged (see *Scalera*, at para. 123; *R. v. O.M.*, 2009 BCCA 287, 272 B.C.A.C. 236, at para. 7; Bauman, at p. 359). This increased harm magnifies the severity of the offence. It also increases the offender’s moral blameworthiness because the additional harm to the victim is a reasonably foreseeable consequence of multiple assaults (see *Scalera*, at para. 123). Moreover, repeated and prolonged assaults show that the sexually violent conduct is not an isolated act, a factor which increases the offender’s degree of responsibility (see *L. (J.-J.)*, at p. 246; Parent and Desrosiers, at pp. 107-9).

[132] The duration and frequency of the sexual violence must receive weight in sentencing. Judges

p. 554). Plus précisément, quelques auteurs ont critiqué la tendance des tribunaux à imposer des peines similaires aux étrangers et aux pères qui ont commis des infractions d’ordre sexuel contre des enfants, malgré le fait que les agressions sexuelles commises par les pères soient plus susceptibles de se répéter (voir Bauman, p. 358 et 364; « The “Statutory Rape” Myth », p. 289-290). Comme l’a écrit la professeure Craig, décrire la violence sexuelle à l’égard des enfants comme étant le produit d’une poignée de prédateurs étrangers [TRADUCTION] « ne reconnaît pas le fait que les agressions sexuelles contre les enfants est souvent une menace qui vient de l’intérieur de la famille même et non de l’extérieur » (p. 41). Les tribunaux devraient veiller à ce que les peines qu’ils imposent ne renforcent pas ce mythe par inadvertance en ne conférant pas de portée juridique à la gravité accrue de l’infraction et au degré de responsabilité élevé du délinquant dans les cas d’abus de confiance.

c) *Durée et fréquence*

[131] La durée et la fréquence de la violence sexuelle sont d’autres facteurs importants lorsqu’il s’agit de déterminer la peine. La fréquence et la durée peuvent accroître considérablement le préjudice subi par la victime. Le préjudice immédiat que subit la victime au cours de l’agression est multiplié par le nombre d’agressions. De plus, le préjudice émotionnel et psychologique à long terme que subit la victime peut aussi s’accroître lorsque les actes de violence sexuelle sont répétés et prolongés (voir *Scalera*, par. 123; *R. c. O.M.*, 2009 BCCA 287, 272 B.C.A.C. 236, par. 7; Bauman, p. 359). Ce préjudice accru exacerbe la gravité de l’infraction. Il accroît également la culpabilité morale du délinquant parce que le préjudice supplémentaire causé à la victime constitue une conséquence raisonnablement prévisible des agressions multiples (voir *Scalera*, par. 123). Les actes d’agression répétés et prolongés démontrent en outre que la conduite sexuelle violente ne constitue pas un acte isolé, un facteur qui augmente le degré de responsabilité du délinquant (voir *L. (J.-J.)*, p. 977; Parent et Desrosiers, p. 107-109).

[132] Il faut accorder du poids à la durée et à la fréquence de la violence sexuelle lors de la

should not discount a sentence on the basis that the frequency or duration of the assaults shows that the offender is unable to control himself (*R. v. Stuckless* (1998), 41 O.R. (3d) 103 (C.A.), at p. 120 (“*Stuckless* (1998)”; Bauman, at p. 365). Nor should a court discount a sentence simply because numerous incidents of sexual violence are covered by a single charge instead of multiple charges. If the conviction for a single charge includes multiple instances of sexual violence, the sentencing judge is to give weight to this factor and should not analogize the case to single instance cases simply because those cases also involved only a single charge. In jurisdictions that employ starting points, courts must not simply default to the starting point but should instead be prepared to depart from it to give effect to the duration and frequency of the sexual violence (see *L.V.*, at paras. 100-101).

[133] In sum, sexual violence against children that is committed on multiple occasions and for longer periods of time should attract significantly higher sentences that reflect the full cumulative gravity of the crime. Judges cannot permit the number of violent assaults to become a statistic. Each further instance of sexual violence traumatizes the child victim anew and increases the likelihood that the risks of long-term harm will materialize. Each further instance shows a continued and renewed choice by the offender to continue to violently victimize children. As Abella J.A. (as she then was) wrote in *Stuckless* (1998), where the offender has committed numerous assaults, the court cannot shy away from assessing the full dimensions of the wrong but must give effect to the “staggering” and “systematic” nature of the sexual violence in the sentence imposed (p. 116).

(d) *Age of the Victim*

[134] The age of the victim is also a significant aggravating factor. The power imbalance between children and adults is even more pronounced for younger children, whose “dependency is usually total” and

détermination de la peine. Les juges ne doivent pas réduire la peine au motif que la fréquence ou la durée des agressions démontre que le délinquant ne peut se maîtriser (*R. c. Stuckless* (1998), 41 O.R. (3d) 103 (C.A.) (« *Stuckless* (1998) » p. 120; Bauman, p. 365). La cour ne doit pas non plus réduire la peine simplement parce que plusieurs incidents de violence sexuelle sont visés par une accusation unique plutôt que par des accusations multiples. Si la déclaration de culpabilité résultant d’une seule accusation vise des incidents de violence sexuelle multiples, le juge de la peine doit accorder du poids à ce facteur et se garder d’établir une analogie avec les affaires portant sur un incident unique simplement parce que ces autres affaires mettent en cause une accusation unique. Dans les ressorts où l’on utilise des points de départ, les tribunaux ne doivent pas se contenter d’appliquer le point de départ, mais doivent plutôt être disposés à s’écarter de celui-ci afin de donner effet à la durée et à la fréquence de la violence sexuelle (voir *L.V.*, par. 100-101).

[133] En résumé, la violence sexuelle commise à plusieurs reprises et pendant de plus longues périodes à l’égard d’enfants devrait donner lieu à des peines beaucoup plus lourdes reflétant toute la gravité cumulative du crime. Les juges ne sauraient permettre que le nombre d’agressions violentes devienne une statistique. Chaque incident de violence sexuelle traumatise de nouveau la victime et accroît la probabilité que les risques de préjudice à long terme se matérialisent. Chaque incident additionnel est le reflet d’un choix continu et renouvelé du délinquant de continuer à faire subir de la violence à des enfants. Comme l’a écrit la juge d’appel Abella (maintenant juge de notre Cour) dans *Stuckless* (1998), lorsque le délinquant a commis de nombreuses agressions, la cour ne doit pas hésiter à apprécier toutes les facettes du délit, et doit plutôt donner effet au caractère [TRADUCTION] « renversant » et « systématique » de la violence sexuelle dans la peine infligée (p. 116).

d) *Âge de la victime*

[134] L’âge de la victime constitue lui aussi un facteur aggravant important. Le rapport de force inégal qui existe entre les enfants et les adultes est encore plus marqué dans le cas des jeunes enfants,

who are “often helpless without the protection and care of their parents” (*R. v. Magoon*, 2018 SCC 14, [2018] 1 S.C.R. 309, at para. 66). Their personality and ability to recover from harm is still developing (Renaud, at § 12.64; *L. (J.-J.)*, at p. 250). Moreover, children who are victimized at a younger age must endure the consequential harm of sexual violence for a longer period of time than persons victimized later in life.

[135] These realities flowing from the age of the victim are relevant to both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. Sexual offences against children are wrongful precisely because the perpetrators recognize and exploit children’s special vulnerability (*Woodward*, at para. 72). It follows that the moral blameworthiness of the offender is enhanced when the victim is particularly young and is thus even more vulnerable to sexual violence.

[136] At the same time, courts must also be particularly careful to impose proportionate sentences in cases where the victim is an adolescent. Historically, disproportionately low sentences have been imposed in these cases, particularly in cases involving adolescent girls, even though adolescents may be an age group that is disproportionately victimized by sexual violence (Benedet, at pp. 302, 304 and 314; *L. (D.O.)*, at pp. 464-65, per L’Heureux-Dubé J.). In particular, sexual violence by adult men against adolescent girls is associated with higher rates of physical injury, suicide, substance abuse, and unwanted pregnancy (I. Grant and J. Benedet, “Confronting the Sexual Assault of Teenage Girls: The Mistake of Age Defence in Canadian Sexual Assault Law” (2019), 97 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 5; “The ‘Statutory Rape’ Myth”, at p. 269; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, at pp. 948-49, per McLachlin J.).

dont « l’état de dépendance est habituellement total » et qui « sont souvent démunis lorsqu’ils sont privés de la protection et de l’assistance de leurs parents » (*R. c. Magoon*, 2018 CSC 14, [2018] 1 R.C.S. 309, par. 66). Leur personnalité et leur aptitude à se remettre d’un préjudice sont encore en développement (Renaud, § 12.64; *L. (J.-J.)*, p. 979). Qui plus est, les enfants victimes à un jeune âge doivent subir les préjudices découlant de la violence sexuelle plus longtemps que les personnes qui en sont victimes à un âge plus avancé.

[135] Ces réalités découlant de l’âge de la victime sont pertinentes à la fois quant à la gravité de l’infraction et quant au degré de responsabilité du délinquant. Les infractions d’ordre sexuel à l’égard des enfants sont répréhensibles précisément parce que leurs auteurs reconnaissent et exploitent la vulnérabilité particulière des enfants (*Woodward*, par. 72). Il s’ensuit que la culpabilité morale du délinquant est accentuée lorsque la victime est particulièrement jeune et donc encore plus vulnérable à la violence sexuelle.

[136] Or, les tribunaux doivent aussi prendre bien soin d’infliger des peines proportionnelles dans les cas où la victime est un adolescent. Des peines disproportionnellement clémentes sont infligées depuis longtemps dans de tels cas, surtout dans ceux mettant en cause des adolescentes, alors que les adolescents forment peut-être un groupe d’âge qui est de façon disproportionnée victime de violence sexuelle (Benedet, p. 302, 304 et 314; *L. (D.O.)*, p. 464-465, la juge L’Heureux-Dubé). Plus particulièrement, la violence sexuelle commise par des adultes de sexe masculin à l’endroit d’adolescentes s’accompagne de taux plus élevés de blessures physiques, de suicides, de toxicomanie et de grossesses non désirées (I. Grant et J. Benedet, « Confronting the Sexual Assault of Teenage Girls : The Mistake of Age Defence in Canadian Sexual Assault Law » (2019), 97 *R. du B. can.* 1, p. 5; « The “Statutory Rape” Myth », p. 269; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, p. 948-949, la juge McLachlin).

(e) *Degree of Physical Interference*

[137] Some provincial appellate courts have placed considerable emphasis on the degree of physical interference in defining a sentencing range or starting point. Often, sentencing ranges or starting points are defined in part, or even primarily, based on the type of physical interference that occurred. The following examples illustrate this:

- British Columbia: Range of two to six years for “sexual assault involving intercourse” (*Scofield*, at para. 59).
- Alberta: Three-year starting point for “major sexual assault” and “major sexual interference”. Alberta courts presume that vaginal penetration, anal penetration, fellatio, and cunnilingus will constitute “major sexual assault,” but there is no such presumption for other forms of sexual violence (see *Hajar*, at paras. 52-53; *Arcand*, at paras. 171-72; *R. v. G. (T.L.)*, 2006 ABCA 313, 214 C.C.C. (3d) 353, at paras. 11-12).
- Manitoba: Also employs starting points premised on the Alberta definition of “major sexual assault” (*R. v. R.W.T.*, 2006 MBCA 91, 208 Man.R. (2d) 60, at para. 4; *Sidwell*, at para. 38).
- Newfoundland and Labrador: Three to five years’ range for sexual assault against a child involving intercourse and abuse of a position of trust (*Vokey*, at para. 19).

[138] We acknowledge that the degree of physical interference is a recognized aggravating factor. This factor reflects the degree of violation of the victim’s bodily integrity. It also reflects the sexual nature of the touching and its violation of the victim’s sexual integrity.

[139] The degree of physical interference also takes account of how specific types of physical acts

e) *Degré d’atteinte physique*

[137] Certaines cours d’appel provinciales ont accordé une importance considérable au degré d’atteinte physique pour définir une fourchette de peines ou un point de départ. Souvent, les fourchettes de peines et les points de départ sont définis partiellement, voire principalement, en fonction du type d’atteinte physique qui s’est produit. En voici des exemples :

- Colombie-Britannique : une fourchette de deux à six ans pour les [TRADUCTION] « agressions sexuelles comportant des rapports sexuels » (*Scofield*, par. 59);
- Alberta : un point de départ de trois ans pour les [TRADUCTION] « agressions sexuelles graves » et les « contacts sexuels graves ». Les tribunaux de l’Alberta présument que la pénétration vaginale, la pénétration anale, la fellation et le cunnilingus constituent des « agressions sexuelles graves », mais cette présomption n’existe pas pour les autres formes de violence sexuelle (voir *Hajar*, par. 52-53; *Arcand*, par. 171-172; *R. c. G. (T.L.)*, 2006 ABCA 313, 214 C.C.C. (3d) 353, par. 11-12);
- Manitoba : utilise également des points de départ fondés sur la définition des « agressions sexuelles graves » de l’Alberta (*R. c. R.W.T.*, 2006 MBCA 91, 208 Man.R. (2d) 60, par. 4; *Sidwell*, par. 38);
- Terre-Neuve-et-Labrador : une fourchette de trois à cinq ans pour l’infraction d’agression sexuelle d’un enfant impliquant des rapports sexuels et un abus de confiance (*Vokey*, par. 19).

[138] Nous convenons que le degré d’atteinte physique constitue un facteur aggravant reconnu. Ce facteur traduit l’ampleur de l’atteinte à l’intégrité physique de la victime ainsi que la nature sexuelle de l’attouchement et son atteinte à l’intégrité sexuelle de la victime.

[139] Le degré d’atteinte physique tient également compte de la manière dont certains types d’actes

may increase the risk of harm. For instance, penile penetration, particularly when unprotected, can be an aggravating factor because it can create a risk of disease and pregnancy (see *Hess*, at p. 948; *R. v. Deck*, 2006 ABCA 92, 384 A.R. 106, at para. 20; *T. (K.)*, at para. 18). Penetration, whether penile, digital, or with an object, may also cause physical pain and physical injuries to the victim (see *Stuckless (2019)*, at para. 125, per Pepall J.A.; *T. (K.)*, at paras. 10-11). Children's bodies are especially vulnerable to physical injuries from penetrative sexual violence (see *Hess*, at p. 920, per Wilson J., and p. 948).

[140] We would not go so far in this case as to hold that defining a range or starting point according to the type of physical acts that it captures necessarily amounts to an error of law. However, we would strongly caution provincial appellate courts about the dangers of defining a sentencing range based on penetration or the specific type of sexual activity at issue. In particular, courts must be careful to avoid the following four errors.

[141] First, defining a sentencing range based on a specific type of sexual activity risks resurrecting at sentencing a distinction that Parliament has abolished in substantive criminal law. Specifically, attributing intrinsic significance to the occurrence or non-occurrence of penetrative or other sexual acts based on traditional notions of sexual propriety is inconsistent with Parliament's emphasis on sexual integrity in the reform of the sexual offences scheme. As we have explained, Parliament abolished the distinctions the *Criminal Code* formerly drew between offences based on whether penile penetration was involved. For sexual assault and sexual interference, the same maximum sentence thus applies regardless of whether penetration was involved. Making the presence or absence of penetration the cornerstone of a sentencing range would thus bring the old substantive law back indirectly by recreating at the sentencing stage the propriety-based distinctions that

physiques peuvent accroître le risque de préjudice. Par exemple, la pénétration du pénis, surtout lorsqu'elle est non protégée, peut constituer un facteur aggravant parce qu'elle pose un risque de maladie et de grossesse (voir *Hess*, p. 949; *R. c. Deck*, 2006 ABCA 92, 384 A.R. 106, par. 20; *T. (K.)*, par. 18). La pénétration, que ce soit avec le pénis, les doigts ou un objet, peut aussi causer de la douleur et des blessures physiques à la victime (voir *Stuckless (2019)*, par. 125, la juge Pepall; *T. (K.)*, par. 10-11). Le corps d'un enfant est particulièrement vulnérable aux blessures physiques découlant d'une violence sexuelle avec pénétration (voir *Hess*, p. 920, la juge Wilson, et p. 948).

[140] En l'espèce, nous n'irons pas jusqu'à déclarer qu'établir une fourchette de peines ou un point de départ en fonction du type d'acte physique visé constitue nécessairement une erreur de droit. Cependant, nous tenons à mettre fermement en garde les cours d'appel provinciales contre les dangers que présente le fait de définir une fourchette de peines en fonction de la pénétration ou du type précis d'activité sexuelle en cause. Plus particulièrement, les tribunaux doivent faire attention d'éviter les quatre erreurs suivantes.

[141] Tout d'abord, établir une fourchette de peines ou un point de départ en fonction d'une activité sexuelle précise risque de faire renaître à l'étape de la détermination de la peine une distinction que le législateur a abolie dans le droit pénal substantiel. Pour être plus précis, le fait d'accorder une importance intrinsèque à l'existence ou à l'inexistence d'une pénétration ou d'un autre acte sexuel sur la base de la notion traditionnelle de bienséance sexuelle est incompatible avec l'accent mis par le législateur sur l'intégrité sexuelle dans la réforme du régime des infractions d'ordre sexuel. Comme nous l'avons expliqué, le législateur a aboli les distinctions que le *Code criminel* établissait autrefois entre les infractions selon qu'il y avait eu ou non pénétration du pénis. Pour les infractions d'agression sexuelle et de contacts sexuels, c'est donc la même peine maximale qui s'applique, peu importe qu'il y ait eu ou non pénétration. Faire de la présence ou de l'absence

Parliament abolished in the substantive law (Boyle, at p. 177; see also Nadin-Davis, at p. 46).

[142] Second, courts should not assume that there is any clear correlation between the type of physical act and the harm to the victim. In assessing the significance of the degree of physical interference as a factor, as Christine Boyle writes, “judges should think in terms of what is most threatening and damaging to victims” (p. 180). Judges can legitimately consider the greater risk of harm that may flow from specific physical acts such as penetration. However, as McLachlin J. explained in *McDonnell*, an excessive focus on the physical act can lead courts to underemphasize the emotional and psychological harm to the victim that all forms of sexual violence can cause (paras. 111-15). Sexual violence that does not involve penetration is still “extremely serious” and can have a devastating effect on the victim (*Stuckless (1998)*, at p. 117). This Court has recognized that “any sexual offence is serious” (*McDonnell*, at para. 29), and has held that “even mild non-consensual touching of a sexual nature can have profound implications for the complainant” (*R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at para. 63, per McLachlin C.J., and para. 121, per Fish J.). The modern understanding of sexual offences requires greater emphasis on these forms of psychological and emotional harm, rather than only on bodily integrity (*R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488, at para. 127, per Rowe J.).

[143] The decision of the Ontario Court of Appeal in *Stuckless (2019)* provides an example of judicial recognition that harm to the victim is not dependent on the type of physical activity involved. In that case, the offender digitally penetrated certain children, sexually touched others, and subjected others

de pénétration la pierre angulaire d’une fourchette de peines reviendrait donc à ramener indirectement l’ancien droit substantiel en recréant au stade de la détermination de la peine les distinctions fondées sur la bienséance que le législateur a abolies dans le droit substantiel (Boyle, p. 177; voir aussi Nadin-Davis, p. 46).

[142] Ensuite, les tribunaux ne sauraient présumer qu’il existe une corrélation nette entre le type d’acte physique et le préjudice causé à la victime. Comme l’a écrit Christine Boyle, lorsqu’il s’agit d’apprécier l’importance du degré d’atteinte physique en tant que facteur, les [TRADUCTION] « juges doivent songer à ce qui est le plus menaçant et le plus préjudiciable pour la victime » (p. 180). Les juges peuvent tenir compte en toute légitimité du risque accru de préjudice qui peut découler de certains actes physiques telle la pénétration. Toutefois, comme l’a expliqué le juge McLachlin dans l’arrêt *McDonnell*, le fait d’accorder une importance exagérée à l’acte physique peut amener la cour à ne pas accorder l’importance nécessaire au préjudice émotionnel et psychologique que peuvent causer à la victime toutes les formes de violence sexuelle (par. 111-115). La violence sexuelle ne comportant pas de pénétration demeure [TRADUCTION] « extrêmement grave » et peut avoir un effet dévastateur sur la victime (*Stuckless (1998)*, p. 117). La Cour a reconnu que « toute infraction d’ordre sexuel [est] grave » (*McDonnell*, par. 29), et a conclu que « même des attouchements légers non consentuels de nature sexuelle peuvent avoir de lourdes conséquences pour le plaignant » (*R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 63, la juge en chef McLachlin, et par. 121, le juge Fish). La conception moderne des infractions d’ordre sexuel exige que l’on mette davantage l’accent sur ces formes de préjudice émotionnel et psychologique, plutôt que sur seulement l’intégrité physique (*R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] 1 R.C.S. 488, par. 127, le juge Rowe).

[143] L’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Stuckless (2019)* constitue un exemple de la reconnaissance par les tribunaux du fait que le préjudice causé à la victime ne dépend pas du type d’activité physique en cause. Dans cette affaire, le délinquant avait pénétré avec les doigts certains enfants, avait

to fellatio. The sentencing judge determined the appropriate sentence for each offence largely by reference to the type of physical act involved. The majority found that the sentencing judge had erred in doing so because the sexual violence was “no less harmful to the victims” simply because it involved sexual touching or fellatio rather than penetration (paras. 68-69, per Huscroft J.A., and paras. 124-25, per Pepall J.A.). As Pepall J.A. wrote, “if sentencing courts are to focus on the ‘harm caused to the child by the offender’s conduct’ . . ., distinctions among these forms of sexual abuse may be unhelpful and are not determinative of the seriousness of the offence” (para. 124, quoting *Woodward*, at para. 76).

[144] Specifically, we would strongly caution courts against downgrading the wrongfulness of the offence or the harm to the victim where the sexually violent conduct does not involve penetration, fellatio, or cunnilingus, but instead touching or masturbation. There is no basis to assume, as some courts appear to have done, that sexual touching without penetration can be [TRANSLATION] “relatively benign” (see *R. v. Caron Barrette*, 2018 QCCA 516, 46 C.R. (7th) 400, at paras. 93-94). Some decisions also appear to justify a lower sentence by labeling the conduct as merely sexual touching without any analysis of the harm to the victim (see *Caron Barrette*, at paras. 93-94; *Hood*, at para. 150; *R. v. Iron*, 2005 SKCA 84, 269 Sask.R. 51, at para. 12). Implicit in these decisions is the belief that conduct that is unfortunately referred to as “fondling” or [TRANSLATION] “caressing” is inherently less harmful than other forms of sexual violence (see *Hood*, at para. 150; *Caron Barrette*, at para. 93). This is a myth that must be rejected (Benedet, at pp. 299 and 314; Wright, at p. 57). Simply stating that the offence involved sexual touching rather than penetration does not provide any meaningful insight into the harm that the child suffered from the sexual violence.

fait des attouchements sexuels à d’autres et avait fait subir une fellation aux autres. La juge de première instance avait fixé la peine appropriée pour chaque infraction en se fondant en grande partie sur le type d’acte physique en cause. Les juges majoritaires ont conclu que la juge chargée de déterminer la peine avait commis une erreur en agissant ainsi parce que la violence sexuelle n’était [TRADUCTION] « pas moins préjudiciable aux victimes » simplement parce qu’elle comportait des attouchements sexuels ou une fellation au lieu d’une pénétration (par. 68-69, le juge Huscroft, et par. 124-125, la juge Pepall). Comme l’a écrit la juge Pepall, [TRADUCTION] « si le tribunal chargé de déterminer la peine doit se concentrer sur le “préjudice qu’a causé à l’enfant la conduite du délinquant” [. . .], les distinctions entre ces formes d’abus sexuels peuvent se révéler inutiles et ne sont pas déterminantes quant à la gravité de l’infraction » (par. 124, citant *Woodward*, par. 76).

[144] Pour être plus précis, nous tenons à mettre fortement les tribunaux en garde contre le fait de relativiser le caractère répréhensible de l’infraction ou l’importance du préjudice causé à la victime lorsque la violence sexuelle ne comporte ni pénétration, ni fellation ou cunnilingus, mais implique plutôt des attouchements ou de la masturbation. Rien ne permet de présumer, comme semblent l’avoir fait certaines cours, que les attouchements sexuels sans pénétration peuvent être « relativement bénins » (voir *R. c. Caron Barrette*, 2018 QCCA 516, 46 C.R. (7th) 400, par. 93-94). Dans certaines décisions, on semble aussi justifier l’infliction d’une peine moins lourde en qualifiant la conduite de simples attouchements sexuels sans procéder à une analyse du préjudice causé à la victime (voir *Caron Barrette*, par. 93-94; *Hood*, par. 150; *R. c. Iron*, 2005 SKCA 84, 269 Sask.R. 51, par. 12). Ces décisions reposent implicitement sur la croyance voulant que la conduite qualifiée regrettamment de « *fondling* » ou de « *caresse* » soit intrinsèquement moins préjudiciable que les autres formes de violence sexuelle (voir *Hood*, par. 150; *Caron Barrette*, par. 93). C’est un mythe qu’il faut rejeter (Benedet, p. 299 et 314; Wright, p. 57). Se contenter de dire que l’infraction comportait des attouchements sexuels plutôt qu’une pénétration ne nous renseigne guère sur le préjudice que la violence sexuelle a causé à l’enfant.

[145] Third, we would emphasize that courts must recognize the wrongfulness of sexual violence even in cases where the degree of physical interference is less pronounced. Of course, increases in the degree of physical interference increase the wrongfulness of the sexual violence. However, sexual violence against children remains inherently wrongful regardless of the degree of physical interference. Specifically, courts must recognize the violence and exploitation in any physical interference of a sexual nature with a child, regardless of whether penetration was involved (see Wright, at p. 150).

[146] Fourth, it is an error to understand the degree of physical interference factor in terms of a type of hierarchy of physical acts. The type of physical act can be a relevant factor to determine the degree of physical interference. However, courts have at times spoken of the degree of physical interference as a type of ladder of physical acts with touching and masturbation at the least wrongful end of the scale, fellatio and cunnilingus in the mid-range, and penile penetration at the most wrongful end of the scale (see *R. v. R.W.V.*, 2012 BCCA 290, 323 B.C.A.C. 285, at paras. 19 and 33). This is an error — there is no type of hierarchy of physical acts for the purposes of determining the degree of physical interference. As the Ontario Court of Appeal recognized in *Stuckless (2019)*, physical acts such as digital penetration and fellatio can be just as serious a violation of the victim’s bodily integrity as penile penetration (paras. 68-69 and 124-25). Similarly, it is an error to assume that an assault that involves touching is inherently less physically intrusive than an assault that involves fellatio, cunnilingus, or penetration. For instance, depending on the circumstances of the case, touching that is both extensive and intrusive can be equally or even more physically intrusive than an act of fellatio, cunnilingus, or penetration.

[147] Finally, we would recommend that courts cease to use terms such as “fondling” or “caressing” when referring to sexual violence against children.

[145] Troisièmement, nous tenons à souligner que les tribunaux doivent reconnaître le caractère répréhensible de la violence sexuelle même dans les cas où l’atteinte à l’intégrité physique est moins prononcée. Bien entendu, l’aggravation de l’atteinte à l’intégrité physique exacerbe le caractère répréhensible de la violence sexuelle. La violence sexuelle à l’égard des enfants demeure toutefois intrinsèquement répréhensible, quel que soit le degré d’atteinte à l’intégrité physique. Plus précisément, les tribunaux doivent reconnaître la violence et l’exploitation présentes dans toute atteinte physique de nature sexuelle à un enfant, qu’il y ait eu ou non pénétration (voir Wright, p. 150).

[146] Quatrièmement, c’est une erreur de concevoir le facteur du degré d’atteinte à l’intégrité physique en fonction d’une sorte de hiérarchie des actes physiques. Le type d’acte physique en cause peut s’avérer pertinent pour établir le degré d’atteinte physique. Cependant, les tribunaux ont parfois décrit le degré d’atteinte physique comme une espèce d’échelle des actes physiques où les attouchements et la masturbation occupent les échelons les moins répréhensibles, la fellation et le cunnilingus occupent les échelons du milieu, et la pénétration du pénis se situe à l’échelon le plus répréhensible (voir *R. c. R.W.V.*, 2012 BCCA 290, 323 B.C.A.C. 285, par. 19 et 33). Il s’agit là d’une erreur : il n’existe point de hiérarchie des actes physiques servant à établir le degré d’atteinte physique. Ainsi que l’a reconnu la Cour d’appel de l’Ontario dans *Stuckless (2019)*, des actes physiques tels la pénétration avec les doigts et la fellation peuvent constituer une atteinte tout aussi grave à l’intégrité physique de la victime que la pénétration du pénis (par. 68-69 et 124-125). De même, il est erroné de tenir pour acquis qu’une agression comportant des attouchements est intrinsèquement moins intrusive qu’une agression au cours de laquelle il y a eu fellation, cunnilingus ou pénétration. Par exemple, selon les circonstances de l’affaire en question, des attouchements étendus et envahissants peuvent être tout aussi intrusifs, voire davantage, qu’un acte de fellation, un cunnilingus ou une pénétration.

[147] Enfin, nous recommandons aux tribunaux de cesser d’employer des termes comme « *fondling* » ou « *caresser* » lorsqu’ils parlent de violence sexuelle

Because sentencing is a communicative process, the language that sentencing judges use matters. Using words like “fondling” or “caressing” in the sentencing context implicitly characterizes the offender’s conduct as erotic or affectionate, instead of as an inherently violent assault, as courts have recognized. Such language is misleading and risks normalizing the very conduct the sentencing judge is meant to condemn. Use of such language undermines Parliament’s objective of communicating that the use of children as sexual objects for the gratification of adults is wrongful. Instead of acknowledging the harm done to victims, such language re-victimizes victims by disguising and obscuring the violence, pain, and trauma that they experienced (see M. Lessard and S. Zaccour, “Quel genre de droit? Autopsie du sexisme dans la langue juridique” (2017), 47 *R.D.U.S.* 227, at pp. 241-42).

(f) *Victim Participation*

[148] Parliament has determined that the age of consent to sexual activity in Canada is 16 (see Bill C-2, *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6). Subject to the close in age exceptions in ss. 150.1(2.1), (2.2) and (2.3) of the *Criminal Code*, children under the age of 16 are thus “incapable of giving true consent to sexual acts with adults” (*Hajar*, at para. 40). Accordingly, courts should avoid language such as “*de facto* consent” which analogizes a child’s participation to consent.

[149] Despite this, courts have at times invoked the “*de facto* consent” of a child whom Parliament has determined to be legally incapable of consenting as a mitigating factor in sentencing. Like many provincial appellate courts, we agree that it is an error of law to treat “*de facto* consent” as a mitigating factor (see *Hajar*; *Scofield*, at para. 38; *R. v. E.C.*, 2019 ONCA 688, at para. 13 (CanLII); *R. v. Norton*, 2016 MBCA

à l’égard des enfants. Puisque la détermination de la peine est un processus de communication, les termes qu’emploient les juges chargés de déterminer la peine comptent. L’emploi de mots tels « *fondling* » ou « *caresser* » dans le contexte de la détermination de la peine confère implicitement à la conduite du délinquant un caractère érotique ou affectueux, au lieu de la qualifier d’agression intrinsèquement violente comme l’ont reconnue les tribunaux. Il s’agit de termes trompeurs qui risquent de normaliser la conduite même que le juge chargé de déterminer la peine est censé condamner. L’emploi de pareils termes compromet la réalisation de l’objectif du législateur de communiquer le message que le fait d’utiliser des enfants comme des objets servant à la satisfaction sexuelle des adultes est répréhensible. Au lieu de reconnaître le préjudice causé à la victime, ces termes ravivent la douleur des victimes en déguisant et en masquant la violence, la douleur et le traumatisme qu’elles ont subis (voir M. Lessard et S. Zaccour, « Quel genre de droit? Autopsie du sexisme dans la langue juridique » (2017), 47 *R.D.U.S.* 227, p. 241-242).

f) *Participation de la victime*

[148] Le législateur a fixé à seize ans l’âge de consentement à une activité sexuelle au Canada (voir le projet de loi C-2, *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6). Sous réserve des exceptions reposant sur la proximité d’âge prévues aux par. 150.1(2.1), (2.2) et (2.3) du *Code criminel*, les enfants âgés de moins de seize ans sont donc [TRADUCTION] « incapables de donner un consentement véritable à des rapports sexuels avec des adultes » (*Hajar*, par. 40). Par conséquent, les tribunaux doivent éviter d’employer un terme comme le [TRADUCTION] « consentement *de facto* », qui assimile la participation de l’enfant à un consentement.

[149] Malgré cela, les tribunaux ont parfois invoqué le « consentement *de facto* » d’un enfant que le législateur a jugé légalement incapable de consentir comme facteur atténuant lors de la détermination de la peine. À l’instar de nombreuses cours d’appel provinciales, nous convenons que c’est une erreur de droit que de traiter le « consentement *de facto* » comme un facteur atténuant (voir *Hajar*;

79, 330 Man.R. (2d) 261, at para. 42). To treat a victim’s participation as a mitigating factor would be to circumvent the will of Parliament through the sentencing process (*Hajar*, at para. 96). It would undermine the wrongfulness of sexual violence against a child, who is under the legal age of consent, to “tel[l] the offender that, although he is technically guilty . . . , he really isn’t at fault or responsible,” and that the victim is really to blame for his behaviour (Wright, at p. 100).

[150] Some courts have, while acknowledging that a victim’s participation is not a mitigating factor, nevertheless treated it as relevant to determining a fit sentence (see *Scofield*, at para. 39; *Caron Barrette*, at para. 56). This is an error of law: this factor is not a legally relevant consideration at sentencing. The participation of a victim may coincide with the absence of certain aggravating factors, such as additional violence or unconsciousness. To be clear, the absence of an aggravating factor is not a mitigating factor.

[151] We would add the following to assist judges as they give practical effect to Parliament’s decision that sentences for sexual offences against children must increase. First, some courts have seemed to equate a child’s non-resistance with “*de facto* consent” (see *R. v. Revet*, 2010 SKCA 71, 256 C.C.C. (3d) 159, at para. 12). In addition to analogizing a child’s participation to consent, this language hints at the belief that submission or a failure to resist constitutes consent, which is a pernicious myth even for adults. Judges’ analyses need to be clear that there is no defence of “implied consent” in Canadian law and that a failure to resist or silence or passivity does not constitute consent (see *Barton*, at para. 98).

[152] Second, a victim’s participation should not distract the court from the harm that the victim suffers

Scofield, par. 38; *R. c. E.C.*, 2019 ONCA 688, par. 13 (CanLII); *R. c. Norton*, 2016 MBCA 79, 330 Man.R. (2d) 261, par. 42). Considérer la participation de la victime comme un facteur atténuant équivaldrait à contourner la volonté du législateur par le truquement du processus de détermination de la peine (*Hajar*, par. 96). Cela minimiserait le caractère répréhensible de la violence sexuelle à l’égard d’un enfant n’ayant pas l’âge légal du consentement en indiquant [TRADUCTION] « au délinquant que, même s’il est techniquement coupable [. . .], il n’est pas vraiment fautif ou responsable », et que c’est la victime qui est réellement à blâmer pour son comportement (Wright, p. 100).

[150] Tout en reconnaissant que la participation de la victime n’est pas un facteur atténuant, certaines cours l’ont néanmoins jugée pertinente pour déterminer la peine appropriée (voir *Scofield*, par. 39; *Caron Barrette*, par. 56). Il s’agit d’une erreur de droit : ce facteur n’est pas pertinent en droit lors de la détermination de la peine. La participation d’une victime peut coïncider avec l’absence de certains facteurs aggravants, comme la violence supplémentaire ou la perte de conscience. En clair, l’absence de facteur aggravant ne constitue pas un facteur atténuant.

[151] Nous ajouterions ce qui suit pour aider les juges à mettre en pratique la décision du législateur voulant que les infractions d’ordre sexuel contre des enfants entraînent des peines plus lourdes. Premièrement, certaines cours semblent avoir assimilé l’absence de résistance de l’enfant à un « consentement *de facto* » (voir *R. c. Revet*, 2010 SKCA 71, 256 C.C.C. (3d) 159, par. 12). En plus d’assimiler la participation de l’enfant à un consentement, ce terme dénote la croyance selon laquelle la soumission ou l’omission de résister valent consentement, ce qui relève d’un mythe pernicious même dans le cas des adultes. L’analyse des juges doit indiquer clairement qu’il n’existe aucun moyen de défense fondé sur le « consentement tacite » en droit canadien et que l’omission de résister, le silence ou la passivité ne valent pas consentement (voir *Barton*, par. 98).

[152] En deuxième lieu, la participation de la victime ne doit pas détourner l’attention de la cour du

as a result of sexual violence. We would thus strongly warn against characterizing sexual offences against children that involve a participating victim as free of physical or psychological violence, as some courts appear to have done (see *Caron Barrette*, at para. 46). Instead, as the majority held in *Hajar*, “[v]iolence is inherent in [such offences] since [they] involv[e] an adult’s serious violation of a child’s sexual integrity, human dignity and privacy *even in cases of ostensible consent*” (para. 115 (emphasis in original)). The fact that additional forms of violence such as weapons, intimidation, and additional physical assault may not be present does not provide a basis to ignore the inherent violence of sexual offences against children (see Marshall, at p. 220).

[153] Third, in some cases, a victim’s participation is the result of a campaign of grooming by the offender or of a breach of an existing relationship of trust. In no case should the victim’s participation be considered a mitigating factor. Where a breach of trust or grooming led to the participation, that should properly be seen as an aggravating factor (*R. v. P.M.* (2002), 155 O.A.C. 242, at para. 19; *R. v. F. (G.C.)* (2004), 71 O.R. (3d) 771 (C.A.), at paras. 7 and 21; *Woodward*, at para. 43). Adolescence can be a confusing and challenging time for young people as they grow and mature, navigate friendships and peer groups, and discover their sexuality. As Feldman J.A. wrote in *P.M.*, to exploit young teenagers during this period by leading them to believe that they are in a love relationship with an adult “reveals a level of amorality that is of great concern” (para. 19).

[154] Finally, a victim’s participation should never distract the court from the fact that adults always have a responsibility to refrain from engaging in sexual violence towards children. Adults, not children, are responsible for preventing sexual activity between children and adults (*George*, at para. 2; *R.*

préjudice que subit la victime par suite de la violence sexuelle. Nous tenons donc à avertir fermement les tribunaux de ne pas qualifier les infractions d’ordre sexuel auxquelles ont participé des enfants victimes d’actes où il n’y a eu aucune violence psychologique ou physique, comme semblent l’avoir fait certaines cours (voir *Caron Barrette*, par. 46). Comme l’ont conclu les juges majoritaires dans *Hajar*, la [TRANSDUCTION] « violence est [plutôt] inhérente à [ces infractions] puisqu’elle[s] comporte[nt] une grave atteinte par l’adulte à l’intégrité sexuelle, à la dignité humaine et à la vie privée de l’enfant *même dans les cas où il y a consentement apparent* » (par. 115 (en italique dans l’original)). L’absence de violence supplémentaire comme l’utilisation d’une arme, l’intimidation et l’agression physique supplémentaire ne permet pas de faire abstraction de la violence inhérente aux infractions d’ordre sexuel contre des enfants (voir Marshall, p. 220).

[153] En troisième lieu, dans certains cas, la participation de la victime résulte d’une campagne de manipulation orchestrée par le délinquant ou de la rupture d’un lien de confiance existant. La participation de la victime ne saurait en aucun cas être considérée comme un facteur atténuant. Lorsqu’un abus de confiance ou une manipulation est à l’origine de la participation, cela doit être à juste titre perçu comme un facteur aggravant (*R. c. P.M.* (2002), 155 O.A.C. 242, par. 19; *R. c. F. (G.C.)* (2004), 71 O.R. (3d) 771 (C.A.), par. 7 et 21; *Woodward*, par. 43). L’adolescence peut s’avérer une période déroutante et difficile pour les jeunes au fur et à mesure qu’ils grandissent et mûrissent, naviguent entre les amis et les groupes de pairs et découvrent leur sexualité. Comme l’a écrit la juge d’appel Feldman dans *P.M.*, exploiter les jeunes adolescents pendant cette période en les amenant à croire qu’ils entretiennent une relation amoureuse avec un adulte [TRANSDUCTION] « dénote un degré d’amoralité qui est très préoccupant » (par. 19).

[154] Enfin, la participation de la victime ne saurait jamais détourner l’attention de la cour du fait qu’il incombe toujours aux adultes de s’abstenir de se livrer à de la violence sexuelle sur des enfants. Ce sont les adultes, et non les enfants, qui sont tenus d’empêcher les rapports sexuels entre les adultes

v. *Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171, at para. 23). We would adopt the words of Fairburn J. (as she then was) in *R. v. J.D.*, 2015 ONSC 5857:

Nor is it a mitigating factor that a child appears to acquiesce or even seek out the sexual attention of an adult. Where children appear to be seeking out such attention, it is often an outward manifestation of the child's confusion arising from personal difficulties. It is the legal responsibility of adults who are faced with children who already exhibit signs of struggle, to protect them. Adults who see these situations as opportunities to satisfy their own sexual urges, are no better or worse than those who take steps to actively seek out their victims. [para. 25 (CanLII)]

(6) Consecutive Sentences and Totality

(a) *Consecutive Sentences*

[155] The decision whether to impose a sentence concurrent with another sentence or consecutive to it is guided by principles. While the issue warrants further discussion in another case, the general rule is that offences that are so closely linked to each other as to constitute a single criminal adventure may, but are not required to, receive concurrent sentences, while all other offences are to receive consecutive sentences (see, e.g., *R. v. Arbuthnot*, 2009 MBCA 106, 245 Man.R. (2d) 244, at paras. 18-21; *R. v. Hutchings*, 2012 NLCA 2, 316 Nfld. & P.E.I.R. 211, at para. 84; *R. v. Desjardins*, 2015 QCCA 1774, at para. 29 (CanLII)).

[156] From the reasons of both the sentencing judge and the Court of Appeal in the present matter, it is clear that neither properly dealt with this issue. Having noted this, we will not analyze this issue further, as it does not affect the outcome of this case and was not argued adequately before us.

(b) *The Principle of Totality*

[157] The principle of totality requires any court that sentences an offender to consecutive sentences to ensure that the total sentence does not exceed the offender's overall culpability (see *Criminal Code*,

et les enfants (*George*, par. 2; *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171, par. 23). Nous faisons nôtres les propos qu'a tenus la juge Fairburn (maintenant juge à la Cour d'appel) dans *R. c. J.D.*, 2015 ONSC 5857 :

[TRADUCTION] Le fait que l'enfant semble acquiescer ou même solliciter l'attention sexuelle de l'adulte ne constitue pas non plus un facteur atténuant. Lorsqu'un enfant semble solliciter pareille attention, il s'agit souvent d'une manifestation extérieure de sa confusion découlant de difficultés personnelles. L'adulte en présence d'un enfant qui semble déjà aux prises avec des difficultés a la responsabilité légale de le protéger. Les adultes qui considèrent ces situations comme des occasions d'assouvir leurs propres pulsions sexuelles ne sont ni meilleurs ni pires que ceux qui sollicitent directement leur victime. [par. 25 (CanLII)]

(6) Peines consécutives et totalité

a) *Peines consécutives*

[155] La décision d'infliger des peines concurrentes ou consécutives repose sur des principes. Bien que la question mérite qu'on s'y attarde davantage dans une autre affaire, la règle générale veut que les infractions étroitement liées au point de constituer un incident criminel unique puissent, sans que cela soit obligatoire, donner lieu à des peines concurrentes, et que toutes les autres infractions doivent donner lieu à des peines consécutives (voir, p. ex., *R. c. Arbuthnot*, 2009 MBCA 106, 245 Man.R. (2d) 244, par. 18-21; *R. c. Hutchings*, 2012 NLCA 2, 316 Nfld. & P.E.I.R. 211, par. 84; *R. c. Desjardins*, 2015 QCCA 1774, par. 29 (CanLII)).

[156] Il ressort des motifs du juge chargé de déterminer la peine et de ceux de la Cour d'appel en l'espèce qu'aucun d'eux n'a traité correctement de cette question. Cela dit, nous n'entendons pas analyser cette question plus à fond, car elle n'a aucune incidence sur l'issue de la présente affaire et n'a pas été débattue comme il se doit devant notre Cour.

b) *Le principe de totalité*

[157] Selon le principe de totalité, le tribunal qui inflige des peines consécutives doit s'assurer que la peine totale ne dépasse pas la culpabilité globale du délinquant (voir *Code criminel*, al. 718.2c);

s. 718.2(c); *M. (C.A.)*, at para. 42). While this principle is applied throughout Canada, there have been divergences in the methodology used by various appellate courts. Some jurisdictions require the sentencing judge to decide what would be a fit sentence for each offence before considering totality (see, e.g., *Hutchings*, at para. 84; *R. v. Adams*, 2010 NSCA 42, 255 C.C.C. (3d) 150, at paras. 23-28; *R. v. Punko*, 2010 BCCA 365, 258 C.C.C. (3d) 144, at para. 93; *R. v. Draper*, 2010 MBCA 35, 253 C.C.C. (3d) 351, at paras. 29-30; *R. v. J.V.*, 2014 QCCA 1828, at para. 28 (CanLII); *R. v. Chicoine*, 2019 SKCA 104, 381 C.C.C. (3d) 43, at paras. 66-68). In other jurisdictions, sentencing judges start by determining an overall fit sentence and then impose individual sentences adding up to the total (*R. v. Ahmed*, 2017 ONCA 76, 136 O.R. (3d) 403).

[158] If the sentences here had been imposed consecutively, as arguably they should have been, then it would have been necessary to apply totality. As noted above, the sentences were imposed concurrently, and thus, totality did not arise. As these issues, while important, were not argued, we leave their consideration for another day.

D. Application

(1) No Error in Principle That Affected the Sentence

(a) *Starting Point*

[159] The Court of Appeal based its intervention on an error in principle that Judge Stewart did not make. LeMaistre J.A. reasoned that Judge Stewart's choice of the *Sidwell* starting point demonstrated that he relied on the aggravating factor of abuse of a position of trust that he had found did not exist (para. 16). With respect, this is not an accurate characterization of Judge Stewart's reasons. Rather, on a careful reading of the reasons, it appears that he determined that it was appropriate to employ a four-to-five-year starting point because the aggravating circumstances of the case warranted it. In other words, Judge Stewart sought to exercise his discretion in a way that gave

M. (C.A.), par. 42). Ce principe est appliqué partout au Canada, mais il y a eu des divergences dans la méthode utilisée par les différentes cours d'appel. Dans certains ressorts, le juge doit établir la peine appropriée pour chaque infraction avant de considérer la totalité (voir, p. ex., *Hutchings*, par. 84; *R. c. Adams*, 2010 NSCA 42, 255 C.C.C. (3d) 150, par. 23-28; *R. c. Punko*, 2010 BCCA 365, 258 C.C.C. (3d) 144, par. 93; *R. c. Draper*, 2010 MBCA 35, 253 C.C.C. (3d) 351, par. 29-30; *R. c. J.V.*, 2014 QCCA 1828, par. 28 (CanLII); *R. c. Chicoine*, 2019 SKCA 104, 381 C.C.C. (3d) 43, par. 66-68). Dans d'autres ressorts, le juge établit d'abord la peine globale appropriée pour ensuite infliger des peines individuelles qui équivalent à la peine totale (*R. c. Ahmed*, 2017 ONCA 76, 136 O.R. (3d) 403).

[158] Si les peines infligées en l'espèce l'avaient été consécutivement, comme elles auraient sans doute dû l'être, il aurait alors fallu appliquer la totalité. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les peines ont été infligées concurremment, de sorte que la question de la totalité ne s'est pas posée. Étant donné que ces questions, quoiqu'importantes, n'ont pas été débattues, nous remettons leur examen à une autre occasion.

D. Application

(1) Aucune erreur de principe ayant eu une incidence sur la peine

a) *Point de départ*

[159] La Cour d'appel a fondé son intervention sur une erreur de principe que le juge Stewart n'avait pas commise. Le juge LeMaistre a estimé que le choix du juge Stewart de recourir au point de départ établi dans *Sidwell* démontrait qu'il s'était appuyé sur le facteur aggravant de l'abus de confiance dont il avait conclu à l'inexistence (par. 16). Avec égards, il s'agit là d'une description erronée des motifs du juge Stewart. Une lecture attentive de ses motifs révèle plutôt qu'il semble avoir conclu à l'opportunité de recourir à un point de départ de quatre à cinq ans parce que les circonstances aggravantes de l'affaire le justifiaient. Autrement dit, le juge Stewart a voulu

effect to the principles of sentencing, in light of the circumstances of the case. In so doing, his decision should be accorded deference.

[160] Judge Stewart’s reasons make clear his line of analysis. He specified that he found that the “nature” of the circumstances of the case made the higher starting point from *Sidwell* appropriate (A.R., at p. 5). He made specific reference to the “incredibly aggravating” fact of the child’s young age and the “horrific” nature of Friesen’s conduct (pp. 3-4). He found that Friesen’s lack of insight into his behaviour was “frightening” for the risk he posed to children in the future (p. 3). In these circumstances, Judge Stewart was entitled to conclude that the aggravating factors were so serious as to place the case on par with the starting point the Manitoba Court of Appeal had set for major sexual assault committed on a young person within a trust relationship by means of violence, threats of violence, or by means of grooming.

[161] Judge Stewart’s reasoned choice to employ a higher starting point than the Court of Appeal preferred does not justify appellate intervention. As Sopinka J. stated in *McDonnell*, “it can never be an error in principle in itself to fail to place a particular offence within a judicially created category . . . for the purposes of sentencing” (para. 32). Since leMaistre J.A. did not identify any other error and concluded that Judge Stewart appropriately balanced the aggravating and mitigating factors, she should not have intervened. This was a function not of some mistake personally by leMaistre J.A., but rather of the legally unsound approach to starting points that she was bound to apply.

[162] This case exemplifies the danger of treating starting points as binding laws. Judge Stewart applied the guidance from *Sidwell* in a contextually sensitive and appropriate manner in light of the particular circumstances of the case before him. The Court of Appeal saw his responsiveness to the

exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à donner effet aux principes de détermination de la peine, compte tenu des circonstances de l’affaire. Comme il a agi de la sorte, sa décision commande la déférence.

[160] Dans ses motifs, le juge Stewart a énoncé clairement son analyse. Il a précisé avoir conclu que la [TRADUCTION] « nature » des circonstances de l’affaire justifiait le recours au point de départ plus élevé établi dans *Sidwell* (d.a., p. 5). Il a mentionné expressément le fait « extrêmement aggravant » du jeune âge de l’enfant et le caractère « horrible » de la conduite de Friesen (p. 3-4). Il a conclu que le manque d’introspection de Friesen à l’égard de son comportement était « terrifiant » quant au risque que représentait Friesen pour les enfants à l’avenir (p. 3). Dans ces circonstances, le juge Stewart était en droit de conclure que les facteurs aggravants étaient importants au point d’élever l’affaire au niveau du point de départ qu’avait établi la Cour d’appel du Manitoba pour l’agression sexuelle grave commise sur une jeune personne en relation de confiance par violence, menaces de violence ou manipulation.

[161] Le choix sensé du juge Stewart de recourir à un point de départ supérieur à celui qu’a préféré la Cour d’appel ne justifie pas une intervention en appel. Comme l’a affirmé le juge Sopinka dans *McDonnell*, « l’omission de situer une infraction particulière dans une catégorie [. . .] créée par les tribunaux, aux fins de la détermination de la peine, ne constitue jamais une erreur de principe en soi » (par. 32). Étant donné que la juge leMaistre n’a fait état d’aucune autre erreur et qu’elle a conclu que le juge Stewart avait bien soupesé les facteurs aggravants et les facteurs atténuants, elle n’aurait pas dû intervenir. Cela était fonction non pas d’une erreur commise personnellement par la juge leMaistre, mais d’une approche non fondée en droit à l’égard des points de départ qu’elle était tenue d’appliquer.

[162] La présente affaire illustre bien le danger de considérer les points de départ comme des règles de droit contraignantes. Le juge Stewart a appliqué les balises posées dans *Sidwell* en tenant compte du contexte et d’une manière appropriée compte tenu des circonstances particulières de l’affaire dont

circumstances as an error in principle. Rather than focusing on whether Judge Stewart chose the right starting point, the Court of Appeal should have focused on whether the sentence was fit and, most fundamentally, whether Judge Stewart applied the principles of sentencing properly within the exercise of his discretion.

(b) *No Double Counting*

[163] We would reject Friesen’s alternative submission advanced in oral argument that Judge Stewart double counted the aggravating factors by using them both to arrive at a four-to-five-year starting point and to impose a six-year sentence. Friesen was not able to identify any specific passage that demonstrated that Judge Stewart had engaged in double counting. Instead, Judge Stewart reasoned that the aggravating factors were so significant that they not only justified a four-to-five-year starting point but also a sentence higher than that starting point. A starting point is just a guideline and Judge Stewart was entitled (indeed, he was required) to depart from it where necessary so as properly to individualize the sentence (see *Lacasse*, at para. 58). We would also note that Judge Stewart emphasized the objective of separation from society in imposing the six-year sentence.

(c) *Guilty Plea*

[164] We are unpersuaded by Friesen’s argument that appellate intervention was justified because Judge Stewart did not give sufficient consideration to Friesen’s guilty plea. A guilty plea is a recognized mitigating factor; failure to consider a guilty plea as mitigating can constitute an error in principle. However, even if Judge Stewart did err by failing to mention Friesen’s guilty plea, we are not convinced that any such error had an impact on the sentence (see *Lacasse*, at para. 44). The Crown’s case against Friesen was overwhelming because his criminal conduct was audio-recorded. In these circumstances, Friesen’s guilty plea is entitled to less weight (see *R. v. Barrett*, 2013 QCCA 1351, at para. 20 (CanLII); *R. v. Sahota*, 2015 ONCA 336, at para. 9 (CanLII)).

il était saisi. La Cour d’appel a perçu sa capacité d’adaptation aux circonstances comme une erreur de principe. Au lieu de se demander si le juge Stewart avait choisi le bon point de départ, la Cour d’appel aurait dû se demander si la peine était juste, et plus fondamentalement, si le juge Stewart avait bien appliqué les principes de détermination de la peine dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire.

b) *Aucun double emploi*

[163] Nous sommes d’avis de rejeter l’argument subsidiaire invoqué par Friesen au cours des plaidoiries selon lequel le juge Stewart avait fait double emploi des facteurs aggravants en les utilisant à la fois pour arriver à un point de départ de quatre à cinq ans et pour infliger une peine de six ans. Friesen n’a pas été en mesure de mentionner un seul passage démontrant que le juge Stewart s’était livré à un double emploi. Le juge Stewart a plutôt estimé que les facteurs aggravants étaient si importants qu’ils justifiaient non seulement un point de départ de quatre à cinq ans, mais aussi une peine plus élevée que ce point de départ. Le point de départ ne constitue qu’une ligne directrice et le juge Stewart pouvait (et devait, en fait) s’en écarter si cela était nécessaire pour bien individualiser la peine (voir *Lacasse*, par. 58). Nous tenons aussi à souligner que le juge Stewart a privilégié l’objectif d’isolement en infligeant la peine de six ans.

c) *Plaidoyer de culpabilité*

[164] L’argument de Friesen selon lequel l’intervention de la cour d’appel était justifiée parce que le juge Stewart n’avait pas suffisamment tenu compte de son plaidoyer de culpabilité ne nous a pas convaincus. Le plaidoyer de culpabilité constitue un facteur atténuant reconnu; l’omission de considérer le plaidoyer de culpabilité comme un facteur atténuant peut constituer une erreur de principe. Toutefois, même si le juge Stewart a commis une erreur en ne mentionnant pas le plaidoyer de culpabilité de Friesen, nous ne sommes pas convaincus que cette erreur a eu une incidence sur la détermination de la peine (voir *Lacasse*, par. 44). La preuve du ministère public contre Friesen était accablante parce que sa conduite criminelle avait été enregistrée sur un

A guilty plea does have other advantages that count in mitigation, such as saving court resources and providing a degree of finality to the victims (see *R. v. Carreira*, 2015 ONCA 639, 337 O.A.C. 396, at para. 15). However, we are not convinced that any of these advantages were sufficient such that explicit consideration of the guilty plea would have impacted the sentence.

(d) *Expression of Remorse*

[165] Finally, we do not agree with Friesen’s argument that appellate intervention is justified because Judge Stewart failed to give sufficient consideration to Friesen’s expression of remorse. Remorse is a relevant mitigating factor (see *Lacasse*, at paras. 77-78). However, remorse gains added significance when it is paired with insight and signs that the offender has “come to realize the gravity of the conduct, and as a result has achieved a change in attitude or imposed some self-discipline which significantly reduces the likelihood of further offending” (*R. v. Anderson* (1992), 74 C.C.C. (3d) 523 (B.C.C.A.), at p. 536 (emphasis in original)). Judge Stewart found that Friesen did not realize the gravity of his conduct since he was either “in . . . denial” or claimed to be “blacked out” at the time of the offences (A.R., at p. 2). Friesen thus had not achieved a change in attitude that reduced his likelihood of further offending. To the contrary, Judge Stewart found that his insight into his behaviour was “non-existent” and that the risk he continued to pose to children was “frightening” (p. 3). In these circumstances, we are not convinced that Judge Stewart’s failure to expressly mention Friesen’s expression of remorse was an error in principle or that it impacted the sentence.

cellulaire. Dans ces circonstances, le plaidoyer de culpabilité de Friesen a moins d’importance (voir *R. c. Barrett*, 2013 QCCA 1351, par. 20 (CanLII); *R. c. Sahota*, 2015 ONCA 336, par. 9 (CanLII)). Le plaidoyer de culpabilité présente effectivement d’autres avantages qui comptent aux fins d’atténuation de la peine, comme l’économie des ressources judiciaires et permettre aux victimes de tourner la page (voir *R. c. Carreira*, 2015 ONCA 639, 337 O.A.C. 396, par. 15). Toutefois, nous ne sommes pas convaincus que l’un ou l’autre de ces avantages était suffisant pour que la prise en considération explicite du plaidoyer de culpabilité ait eu une incidence sur la détermination de la peine.

d) *Expression de remords*

[165] Enfin, nous ne souscrivons pas à l’argument de Friesen selon lequel l’intervention de la cour d’appel est justifiée parce que le juge Stewart n’a pas suffisamment pris en considération les remords exprimés par Friesen. L’expression de remords constitue un facteur atténuant pertinent (voir *Lacasse*, par. 77-78). Toutefois, le remords revêt une importance accrue lorsqu’il est jumelé à une introspection et à des signes indiquant que le délinquant [TRADUCTION] « a compris la gravité de sa conduite et s’est par conséquent imposé un changement d’attitude ou une autodiscipline réduisant considérablement la probabilité de récidive » (*R. c. Anderson* (1992), 74 C.C.C. (3d) 523 (C.A. C.-B.), p. 536 (en italique dans l’original)). Le juge Stewart a conclu que Friesen ne comprenait pas la gravité de sa conduite puisqu’il [TRADUCTION] « ni[ait] » celle-ci ou prétendait avoir « complètement perdu la tête » au moment des infractions (d.a., p. 2). Friesen ne s’était donc pas imposé un changement d’attitude qui réduisait sa probabilité de récidive. Au contraire, le juge Stewart a conclu que l’introspection de Friesen à l’égard de son comportement était « inexistante » et que le risque qu’il continuait de représenter pour les enfants était « terrifiant » (p. 3). Dans ces circonstances, nous ne sommes pas convaincus que l’omission du juge Stewart de mentionner expressément les remords exprimés par Friesen constituait une erreur de principe ou qu’elle a eu une incidence sur la détermination de la peine.

(2) Sentence Not Demonstrably Unfit

[166] Nor was the sentence demonstrably unfit. While the Court of Appeal took the view that the error in principle that it identified gave rise to a sentence that was demonstrably unfit, the court did not explain why the sentence was demonstrably unfit. Far from being so excessive as to be demonstrably unfit, the sentence was on the lenient end of the spectrum of fit sentences.

[167] The sentence imposed here is slightly lower than the six-and-one-half year global sentence that Moldaver J.A. of the Ontario Court of Appeal upheld in *Woodward*. Like this case, *Woodward* also involved only a single instance of sexual interference with a child by an offender who was not in a traditional position of trust. Moldaver J.A. expressed the view that the sentence in *Woodward* was “lenient” (para. 75).

[168] If anything, the circumstances of this case are more aggravating than those in *Woodward*. While there were some aggravating factors present in *Woodward* that are not present here, such as grooming, the use of electronic communications to lure the child victim, and multiple physical acts in the single episode of sexual violence, this case contains numerous aggravating circumstances not present in *Woodward*. The victim here was only four years old. The sexual violence caused immediate pain as evidenced by the child’s distress, screams, and cries. Friesen followed the sexual violence by threatening the mother in an attempt to cause her to return the child. Moreover, Friesen’s decision to involve the mother in the sexual violence resulted in additional harm to the child because of the breach of trust. Comparisons in such cases have limited value. But nevertheless, they remain part of a thorough analysis.

[169] Parliament’s increase of the maximum sentences for sexual offences against children confirms our view that the sentence Judge Stewart imposed

(2) La peine n’était pas manifestement non indiquée

[166] La peine n’était pas non plus manifestement non indiquée. La Cour d’appel a estimé que l’erreur de principe qu’elle a relevée avait donné lieu à une peine manifestement non indiquée, mais elle n’a pas expliqué pourquoi la peine n’était manifestement pas indiquée. Loin d’être excessive au point d’être manifestement non indiquée, la peine se situait à l’extrémité clémente du spectre des peines appropriées.

[167] La peine infligée en l’espèce est un peu moins sévère que la peine globale de six ans et demi que le juge Moldaver, de la Cour d’appel de l’Ontario, a confirmée dans *Woodward*. Comme la présente espèce, l’affaire *Woodward* ne portait aussi que sur un seul incident de contacts sexuels sur une enfant par un délinquant qui n’était pas en situation de confiance traditionnelle. Le juge Moldaver s’est dit d’avis que la peine infligée dans *Woodward* était [TRADUCTION] « clémente » (par. 75).

[168] Les circonstances de l’espèce sont même plus aggravantes que celles de l’affaire *Woodward*. S’il existait dans *Woodward* des facteurs aggravants qui n’existent pas en l’espèce, comme la manipulation, l’utilisation de communications électroniques pour attirer l’enfant victime et des actes physiques multiples commis lors du seul incident de violence sexuelle, la présente affaire n’en contient pas moins de nombreuses circonstances aggravantes qui n’existaient pas dans *Woodward*. La victime en l’espèce n’avait que quatre ans. La violence sexuelle a causé une douleur immédiate, comme en font foi la détresse, les cris et les pleurs de l’enfant. Friesen a ensuite fait des menaces à la mère pour tenter de la forcer à ramener l’enfant. La décision de Friesen de faire participer la mère à la violence sexuelle a causé un préjudice supplémentaire à l’enfant en raison de la rupture du lien de confiance. Les comparaisons en pareils cas sont peu utiles, mais continuent néanmoins de faire partie d’une analyse approfondie.

[169] L’augmentation par le législateur des peines maximales applicables aux infractions d’ordre sexuel contre les enfants confirme notre opinion selon

was lenient. *Woodward* predated Parliament's decision in 2015 to increase the maximum sentences for sexual assault of a person under the age of 16, sexual interference, invitation to sexual touching, and sexual exploitation from 10 years to 14 years when prosecuted by indictment. By contrast, Friesen's offences post-date those increases in the maximum sentences. This would point to a higher sentence.

[170] We would also commend Judge Stewart for the careful approach he took to many of the significant factors that we have discussed in these reasons. Judge Stewart did not fixate on the fact that the physical interference was brief in duration and did not involve penetration. Instead, he properly recognized the immediate and long-term harm to the child that Friesen's conduct caused. Similarly, he appreciated the "incredibly aggravating" nature of the child's young age (A.R., at p. 3). Moreover, he properly emphasized separation of the offender from society, first, in order to protect children from an offender whom he found to pose a high risk of reoffending and, second, in order to reinforce the importance that Friesen receive the "significant help" he required to be able to return to society without endangering children (p. 5). As Judge Stewart put it, "children, little people, have to be protected by the court" (p. 2).

[171] Nor does the fact that Judge Stewart found that Friesen did not stand in a position of trust make the sentence unfit. The intervenor the Attorney General of British Columbia submits that Friesen did in fact abuse a position of trust within the meaning of s. 718.2(a)(iii) of the *Criminal Code* because he abused the position of trust that the mother held in relation to the child. It would not be fair for us to consider this argument on appeal because it was not raised by the Crown at the sentencing hearing. There, Judge Stewart accepted that Friesen did not stand in a position of trust and, thus, it was not argued to him that the s. 718.2(a)(iii) aggravating factor applied

laquelle la peine qu'a infligée le juge Stewart était clément. L'arrêt *Woodward* a été rendu avant la décision du législateur, prise en 2015, de faire passer de dix à quatorze ans les peines maximales applicables aux infractions d'agression sexuelle contre une personne âgée de moins de 16 ans, de contacts sexuels, d'incitation à des contacts sexuels et d'exploitation sexuelle qui sont poursuivies par voie de mise en accusation. Par contre, les infractions commises par Friesen sont postérieures à ces augmentations, ce qui militerait en faveur d'une peine plus lourde.

[170] Nous tenons également à féliciter le juge Stewart pour la façon consciencieuse dont il a abordé bon nombre des facteurs importants que nous avons analysés dans les présents motifs. Le juge Stewart n'a pas fait une fixation sur la courte durée de l'atteinte physique et l'absence de pénétration. Il a plutôt reconnu à juste titre le préjudice immédiat et à long terme qu'avait causé à l'enfant la conduite de Friesen. De la même façon, il a bien compris le caractère [TRADUCTION] « extrêmement aggravant » du jeune âge de l'enfant (d.a., p. 3). De plus, il a à bon droit privilégié l'isolement du délinquant, en premier lieu dans le but de protéger les enfants d'un délinquant qui, avait-il conclu, présentait un risque élevé de récidive et, en deuxième lieu, afin de renforcer l'importance que Friesen reçoive [TRADUCTION] « l'aide importante » dont il avait besoin pour être en mesure de se réinsérer dans la société sans mettre en danger les enfants (p. 5). Comme l'a affirmé le juge Stewart, [TRADUCTION] « [L]es enfants, ces petits êtres, doivent être protégés par la cour » (p. 2).

[171] Le fait que le juge Stewart a conclu que Friesen n'était pas en situation de confiance ne rend pas non plus la peine non indiquée. L'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique soutient que Friesen a bel et bien commis un abus de confiance au sens du sous-al. 718.2a)(iii) du *Code criminel* parce qu'il a abusé de la confiance dont jouissait la mère auprès de l'enfant. Il ne serait pas équitable d'examiner cet argument en appel parce que le ministère public ne l'a pas soulevé à l'audience de détermination de la peine, où le juge Stewart a reconnu que Friesen ne se trouvait pas en situation de confiance, si bien qu'il n'a pas été

(see A.R., at pp. 50 and 71). Nor did the Crown advance this position on appeal. We thus decline to decide whether s. 718.2(a)(iii) applies to an offender who, while not personally standing in a position of trust, abuses a third party's position of trust in relation to the victim.

[172] Regardless of whether s. 718.2(a)(iii) applies, we find that Friesen's decision to exploit the mother's relationship of trust in order to assault the child to be highly aggravating. In his written submissions, Friesen relied on the Manitoba Court of Appeal's holding that "sexual abuse of a child by a parent is a crime like no other" (R.F., at para. 55, quoting *R. v. C.D.* (1991), 75 Man.R. (2d) 14, at para. 14). However, in no way can Friesen rely on the mother's failings to mitigate his wrongful behaviour. Rather, he sought to exploit the mother in order more cruelly to commit sexual violence against the child. Friesen's moral blameworthiness is heightened because he knowingly decided to exploit the mother's relationship of trust and thus was complicit in the mother's breach of trust. When we consider Friesen's actions "from the perspective of the victimized child," as Fraser C.J.A. proposed in *R. v. T.L.B.*, 2007 ABCA 61, 409 A.R. 40, the increased gravity of Friesen's offence is readily apparent (para. 23). It was immaterial to the child that Friesen did not stand in a position of trust in relation to her because Friesen involved her own mother in the sexual violence. There is no basis for us to conclude, as Friesen proposes, that the child suffered less harm as a result of a coordinated attack by Friesen and the child's mother than if the mother had solely perpetrated the sexual violence. We would emphasize that since the child was subjected to a coordinated assault by both her mother and a stranger, she would thus have a reason to fear both strangers and trusted caregivers.

soutenu devant lui que le facteur aggravant énoncé au sous-al. 718.2a)(iii) s'appliquait (voir d.a., p. 50 et 71). Le ministère public n'a pas non plus fait valoir cet argument en appel. Nous refusons donc de décider si l'al. 718.2a)(iii) s'applique au délinquant qui, bien que ne se trouvant pas lui-même en situation de confiance, abuse de la situation de confiance d'un tiers vis-à-vis la victime.

[172] Peu importe que l'al. 718.2a)(iii) s'applique ou non, nous estimons que la décision de Friesen de profiter du lien de confiance dont jouissait la mère pour agresser l'enfant constitue un facteur extrêmement aggravant. Dans ses observations écrites, Friesen s'est appuyé sur la conclusion de la Cour d'appel du Manitoba selon laquelle [TRADUCTION] « l'agression sexuelle d'un enfant par un parent est un crime sans pareil » (m.i., par. 55, citant *R. c. C.D.* (1991), 75 Man.R. (2d) 14, par. 14). Toutefois, Friesen ne peut nullement se fonder sur les défauts de la mère pour atténuer son propre comportement répréhensible. Il a plutôt cherché à se servir de la mère pour commettre, plus cruellement, des actes de violence sexuelle contre l'enfant. La culpabilité morale de Friesen est d'autant plus grande qu'il a sciemment décidé de profiter du lien de confiance dont jouissait la mère et de se rendre ainsi complice de l'abus de confiance commis par celle-ci. Lorsqu'on examine les actes de Friesen [TRADUCTION] « du point de vue de la jeune victime », comme l'a proposé de le faire la juge Fraser, juge en chef de l'Alberta, dans *R. c. T.L.B.*, 2007 ABCA 61, 409 A.R. 40, la gravité accrue de l'infraction perpétrée par Friesen est manifeste (par. 23). Il importait peu à l'enfant que Friesen ne soit pas en situation de confiance vis-à-vis elle parce que celui-ci avait impliqué sa propre mère dans la violence sexuelle. Nous n'avons aucune raison de conclure, tel que le propose Friesen, que l'enfant a moins souffert à la suite d'une attaque coordonnée par lui et la mère de l'enfant que si la mère avait été la seule auteure de la violence sexuelle. Nous tenons à souligner que, comme l'enfant a subi une agression coordonnée de la part de sa mère et d'un étranger, elle aurait des raisons de craindre à la fois les étrangers et les personnes dignes de confiance qui s'occupent d'elle.

[173] Even if the mother had not stood in a position of trust, the fact that Friesen coordinated the sexual violence against the child with the mother would be an aggravating factor. Sexual violence committed in coordination by multiple offenders is an important aggravating factor (*R. v. Kennedy* (1999), 140 C.C.C. (3d) 378 (Ont. C.A.), at paras. 19-20). The law aims to deter offenders from acting in concert (*The Law of Sentencing*, at p. 154). Coordinated sexual violence may also cause additional emotional and psychological harm to the victim by adding to the degrading nature of the assault (*Kennedy*, at para. 18). It is clear from the audio transcript that Friesen and the mother acted together to assault the child. Friesen's decision to launch a coordinated assault together with the mother on a defenceless four-year-old child increases his moral blameworthiness.

[174] We share the Court of Appeal's view that Judge Stewart properly weighed the mitigating factors. Friesen is a relatively youthful first offender and he experienced a traumatic and painful childhood involving physical, emotional and sexual abuse. Judge Stewart was right to recognize these as "important" mitigating factors and to identify how Friesen's traumatic and abusive upbringing could "shed some light" on his actions (A.R., at p. 2). However, Judge Stewart had to weigh these against the aggravating factors and the need to prioritize denunciation and deterrence as well as separation of Friesen from society because of the high risk he posed to children. This all supported a reasoned and principled basis to impose a substantial custodial term.

[175] Finally, we would add that the six-year sentence in this case should not be considered as being reserved for the notional "worst offender." Judge Stewart did state that Friesen's case was "one of the worst that I have seen" (p. 5). Yet terms such as the "worst offence" and "worst offender" are unhelpful (see *L.M.*, at para. 20, citing *R. v. Cheddesingh*, 2004

[173] Même si la mère n'avait pas été en situation de confiance, le fait que Friesen ait coordonné la violence sexuelle contre l'enfant avec la mère constituerait un facteur aggravant. La violence sexuelle commise d'une manière coordonnée par plusieurs délinquants est un facteur aggravant important (*R. c. Kennedy* (1999), 140 C.C.C. (3d) 378 (C.A. Ont.), par. 19-20). Le droit vise à dissuader les délinquants d'agir de concert (*The Law of Sentencing*, p. 154). La violence sexuelle coordonnée peut aussi causer un préjudice émotionnel et psychologique supplémentaire à la victime en accentuant le caractère dégradant de l'agression (*Kennedy*, par. 18). Il ressort clairement de la transcription audio que Friesen et la mère ont agi ensemble en vue d'agresser l'enfant. La décision de Friesen de mener une agression coordonnée avec la mère contre une enfant de quatre ans sans défense accroît sa culpabilité morale.

[174] Nous partageons l'avis de la Cour d'appel que le juge Stewart a bien soupesé les facteurs atténuants. Friesen est un délinquant relativement jeune qui en est à sa première infraction et qui a eu une enfance traumatisante et douloureuse au cours de laquelle il a subi des sévices physiques, émotionnels et sexuels. Le juge Stewart a eu raison de reconnaître qu'il s'agissait de facteurs atténuants [TRADUCTION] « importants » et d'indiquer en quoi la manière traumatisante et abusive dont avait été élevé Friesen « permettait de mieux comprendre » ses actes (d.a., p. 2). Toutefois, le juge Stewart devait soupeser ces facteurs par rapport aux facteurs aggravants et à la nécessité de privilégier la dénonciation et la dissuasion ainsi que l'isolement de Friesen en raison du risque élevé qu'il présentait pour les enfants. Tout cela étayait une justification motivée et fondée sur des principes permettant d'infliger une peine de détention d'une durée appréciable.

[175] Enfin, nous tenons à ajouter que la peine de six ans infligée en l'espèce ne doit pas être considérée comme étant réservée à l'hypothétique [TRADUCTION] « pire délinquant ». Le juge Stewart a bien affirmé que le cas de Friesen était [TRADUCTION] « l'un des pires que j'ai vus » (d.a., p. 5). Pourtant, les mots comme la « pire infraction » et le « pire

SCC 16, [2004] 1 S.C.R. 433, at para. 1). While this case may have been one of the worst that Judge Stewart has seen, multiple cases of objectively more grave and more morally blameworthy sexual violence against children have reached this Court during the past decades and have resulted in more severe sentences than the one Judge Stewart imposed here (see *M. (C.A.)*; *L.M.*).

(3) Additional Aggravating Factors

[176] We wish to comment, as well, on three factors that we consider aggravating, but which were not fully considered in the courts below: the potential harm to the mother from the extortion, the fact that Friesen committed the offences in the home of the child's mother, and evidence of misogynistic attitudes. We underline that we do not rely on these factors in arriving at our decision to restore Judge Stewart's sentence. Instead, we offer our comments on these factors only for the purpose of providing guidance to courts that may encounter similar factual situations.

[177] First, neither Judge Stewart nor the Court of Appeal mentioned the potential or actual harm to the mother from the extortion offence. This issue should have been addressed. The extortion offence aims to protect every person's freedom of choice from intimidation and interference (*R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, at para. 45). Friesen's intimidation directly targeted the mother's vulnerabilities as a parent and created a risk of psychological and emotional harm. Immediately after the mother's friend intervened, Friesen acted as if he was entitled to have the mother both continue to sexually gratify him and to return the child to him so that he could continue to assault her. He resorted to threats when the mother began expressing regret about the assault of her daughter. He then began to threaten her to coerce her to return the child. He specifically targeted the mother's vulnerabilities as a parent both by threatening to tell the mother's friend that the mother had sexually assaulted her one-year-old son and by promising to help her get a child back from CFS. We do not have a

délinquant » ne sont guère utiles (voir *L.M.*, par. 20, citant *R. c. Cheddesingh*, 2004 CSC 16, [2004] 1 R.C.S. 433, par. 1). Il se peut que le présent cas soit l'un des pires que le juge Stewart ait vus, mais la Cour a été saisie au cours des dernières décennies de nombreux cas de violence sexuelle à l'égard des enfants objectivement plus graves et plus blâmables sur le plan moral qui ont donné lieu à des peines plus sévères que celle qu'a infligée en l'espèce le juge Stewart (voir *M. (C.A.)*; *L.M.*).

(3) Autres facteurs aggravants

[176] Nous souhaitons également commenter trois autres facteurs aggravants qui méritent qu'on s'y attarde davantage : le préjudice qu'a peut-être subi la mère par suite de l'extorsion, le fait que Friesen a perpétré les infractions chez elle et la preuve d'attitudes misogynes. Soulignons que nous ne nous appuyons pas sur ces facteurs pour arriver à notre décision de rétablir la peine infligée par le juge Stewart. Nous faisons plutôt part de nos commentaires sur ces facteurs dans l'unique but de fournir une orientation aux tribunaux qui pourraient être en présence de situations factuelles semblables.

[177] D'abord, ni le juge Stewart ni la Cour d'appel n'ont mentionné le préjudice potentiel ou réel causé à la mère du fait de l'infraction d'extorsion. Cette question aurait dû être examinée. La disposition créant l'infraction d'extorsion vise à protéger la liberté de choix d'une personne contre l'intimidation et l'atteinte à cette liberté (*R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, par. 45). L'intimidation pratiquée par Friesen visait directement la vulnérabilité de la mère en tant que parent et créait un risque de préjudice psychologique et émotionnel. Tout de suite après l'intervention de l'amie de la mère, Friesen s'est comporté comme s'il avait le droit de demander à la mère de continuer à le satisfaire sexuellement et de lui ramener l'enfant afin qu'il puisse continuer à l'agresser. Il a eu recours aux menaces lorsque la mère a commencé à exprimer des regrets au sujet de l'agression de sa fille. Il a ensuite commencé à la menacer afin de la forcer à ramener l'enfant. Il a précisément visé la vulnérabilité de la mère en tant que parent à la fois en la menaçant de dire à

victim impact statement from the mother.⁵ However, the transcript contains evidence that could be capable of supporting a finding that these threats caused psychological harm to the mother. For instance, the mother repeatedly asked Friesen “why do you need [to] do that stuff”, as the threats continued; and she later asked Friesen if she was “in trouble” (A.R., at pp. 100-101).

[178] Second, neither Judge Stewart nor the Court of Appeal mentioned the additional potential harm to both the mother and the child caused by the fact that Friesen’s conduct took place in the mother’s residence. While it is not clear to us from the record whether the child was residing with the mother full-time, the fact that the sexual violence took place in the mother’s home was nonetheless aggravating. A parent’s home is a place where the child should feel safe and secure under the care and guardianship of the parent. Accordingly, sexual violence against children that takes place in the home may be particularly damaging because it damages the child’s sense of security in the home environment (Bauman, at p. 370; *R. v. M.J.*, 2016 ONSC 2769, [2016] O.J. No. 3177 (QL), at para. 31). The fact that the child was not only at the home but also sleeping when Friesen told the mother to bring her into the bedroom to assault her confirms this. McLachlin J.’s remarks in *McDonnell* are particularly apt:

The assaults occurred when the young girl was helplessly sleeping, in circumstances where she could not have feared violation. The result of such an assault on a typical victim would likely have been shame, embarrassment, unresolved anger, a reduced ability to trust others and fear that even

⁵ We do not endorse the apparent refusal of the trial Crown and Judge Stewart to permit the mother to present a victim impact statement in relation to the extortion offence. We would note that neither the trial Crown nor Judge Stewart referred to the provisions of the *Criminal Code* or the *Canadian Victims Bill of Rights*, S.C. 2015, c. 13, s. 2, that govern the victim’s right to present a victim impact statement to the court when they refused to permit the mother to present a victim impact statement.

son amie qu’elle avait agressé sexuellement son fils d’un an et en lui promettant de l’aider à récupérer un enfant auprès des SEF. Nous ne disposons pas d’une déclaration de la victime faite par la mère⁵. Cependant, la transcription contient de la preuve qui pourrait étayer la conclusion selon laquelle ces menaces ont causé un préjudice psychologique à la mère. Par exemple, elle a demandé plusieurs fois à Friesen [TRADUCTION] « pourquoi as-tu besoin de faire ces choses [?] » tandis qu’il continuait à lui faire des menaces; elle a plus tard demandé à Friesen si elle était « dans le pétrin » (d.a., p. 100-101).

[178] Ensuite, ni le juge Stewart ni la Cour d’appel n’ont mentionné le préjudice potentiel supplémentaire qu’a causé à la mère et à l’enfant le fait que la conduite de Friesen a eu lieu chez la mère. Le dossier n’indique pas clairement si l’enfant demeurait à temps plein chez la mère, mais le fait que la violence sexuelle a eu lieu chez la mère n’en était pas moins aggravant. La maison d’un parent est un endroit où l’enfant devrait se sentir en sécurité sous les soins et la garde du parent. La violence sexuelle qui se produit à la maison peut donc s’avérer particulièrement préjudiciable parce qu’elle nuit au sentiment de sécurité que ressent l’enfant dans le milieu familial (Bauman, p. 370; *R. c. M.J.*, 2016 ONSC 2769, [2016] O.J. No. 3177 (QL), par. 31). Le fait que l’enfant se trouvait non seulement à la maison, mais aussi en train de dormir, lorsque Friesen a demandé à la mère de l’amener dans la chambre pour l’agresser le confirme. Les remarques qu’a formulées la juge McLachlin dans *McDonnell* sont particulièrement pertinentes :

Les agressions ont été commises lorsque la jeune fille dormait sans défense, dans des circonstances où elle ne pouvait pas craindre d’être violée. Une telle agression sur une victime type aurait vraisemblablement causé de la honte, de la gêne, une colère inapaisée, une aptitude

⁵ Nous ne cautionnons pas le refus apparent du ministère public et du juge Stewart de permettre à la mère de présenter une déclaration de la victime relativement à l’infraction d’extorsion. Nous tenons à souligner que ni le ministère public ni le juge Stewart n’ont fait état des dispositions du *Code criminel* ou de la *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, c. 13, art. 2, qui régissent le droit de la victime de présenter une déclaration de la victime à la cour lorsqu’ils ont refusé de permettre à la mère de présenter une déclaration de la victime.

in innocent sleep, people could and would abuse her and her body. [Emphasis added; para. 113.]

[179] Moreover, neither Judge Stewart nor the Court of Appeal mentioned that the fact that Friesen threatened the mother in her own home is a statutory aggravating factor for the offence of extortion (*Criminal Code*, s. 348.1). Friesen was an invited guest in the mother’s home. Notwithstanding her own wrongful actions, the mother was entitled to the law’s protection and had a reasonable expectation that she would be free from such threats especially in her own residence. This factor deserved consideration.

[180] Finally, we wish to comment briefly on the statement by Friesen’s former girlfriend to the author of the pre-sentence report that Friesen had a “hatred” for women (A.R., at p. 90). While we do not rely on this comment as an aggravating factor because Judge Stewart did not make any factual finding in relation to it, we do emphasize that judges should be attentive to evidence of an offender’s misogynistic attitudes. Such attitudes may have a significant bearing on, among other factors, moral blameworthiness, insight and likelihood to reoffend (see *Hajar*, at para. 161).

(4) Lack of Clarity Regarding Concurrent vs. Consecutive Sentences

[181] In his initial reasons, Judge Stewart imposed a single sentence without distinguishing between the sexual interference charge and the attempted extortion charge. He did not refer to the distinct aggravating and mitigating features of the attempted extortion charge. Near the end of the hearing, the court clerk had to ask whether that sentence was concurrent for both charges.

[182] While the principles underlying concurrent and consecutive sentences and the totality principle warrant further comment and clarification by this Court, the attempted extortion charge deserved a

réduite à faire confiance à autrui et la crainte que, même pendant un sommeil inoffensif, des gens puissent abuser d’elle et qu’ils le fassent effectivement. [Nous soulignons; par. 113.]

[179] En outre, ni le juge Stewart ni la Cour d’appel n’ont mentionné que les menaces proférées par Friesen à la mère dans sa propre maison constituent un facteur aggravant prévu par la loi quant à l’infraction d’extorsion (*Code criminel*, art. 348.1). Friesen était un invité chez la mère. En dépit de ses propres actes répréhensibles, la mère avait droit à la protection de la loi et pouvait raisonnablement s’attendre à ne pas avoir à subir pareilles menaces, surtout dans sa propre maison. Il fallait examiner ce facteur.

[180] Enfin, nous souhaitons faire quelques brefs commentaires sur la déclaration de l’ancienne petite amie de Friesen à l’auteur du rapport présentiel selon laquelle Friesen [TRADUCTION] « haïssait » les femmes (d.a., p. 90). Nous ne considérons pas ce commentaire comme un facteur aggravant parce que le juge Stewart n’a tiré aucune conclusion de fait à l’égard de celui-ci. Soulignons toutefois que les juges doivent tenir compte des éléments de preuve démontrant des attitudes misogynes du délinquant. Ces attitudes peuvent notamment avoir une incidence de taille sur la culpabilité morale, l’introspection et la probabilité de récidive (voir *Hajar*, par. 161).

(4) Manque de clarté quant aux peines concurrentes et consécutives

[181] Dans ses motifs initiaux, le juge Stewart a infligé une seule peine sans faire de distinction entre l’accusation de contacts sexuels et celle de tentative d’extorsion. Il n’a pas parlé des caractéristiques aggravantes et atténuantes distinctes de l’accusation de tentative d’extorsion. Vers la fin de l’audience, le greffier de la cour a dû lui demander s’il s’agissait de peines concurrentes pour les deux accusations.

[182] Bien que les principes sous-tendant les peines concurrentes et consécutives ainsi que le principe de la totalité commandent de plus amples commentaires et éclaircissements de la Cour, l’accusation

full consideration. But, as noted above, this is not the case in which to resolve these issues.

VI. Disposition

[183] For the foregoing reasons, we would allow the appeal and restore the sentence Judge Stewart imposed for the sexual interference conviction.

Appendix – Increased Maximum Sentences for Sexual Offences against Children under the *Tougher Penalties for Child Predators Act, S.C. 2015, c. 23*

Offence	Criminal Code Section	On Summary Conviction		On Indictment	
		Previous Maximum Sentence	New Maximum Sentence	Previous Maximum Sentence	New Maximum Sentence
Sexual interference	151	18 months	2 years less a day	10 years	14 years
Invitation to sexual touching	152	18 months	2 years less a day	10 years	14 years
Sexual exploitation	153	18 months	2 years less a day	10 years	14 years
Bestiality in presence of or by child	160(3)	N/A ^a	N/A ^a	10 years	14 years
Order of prohibition	161	6 months	18 months	2 years	4 years
Making child pornography	163.1(2)	N/A ^a	N/A ^a	10 years	14 years
Distribution of child pornography	163.1(3)	N/A ^a	N/A ^a	10 years	14 years
Possession of child pornography	163.1(4)	18 months	2 years less a day	5 years	10 years
Accessing child pornography	163.1(4.1)	18 months	2 years less a day	5 years	10 years
Parent or guardian procuring sexual activity	170	N/A ^a	N/A ^a	10 years	14 years
Householder permitting prohibited sexual activity	171	N/A ^a	N/A ^a	5 years	14 years

de tentative d'extorsion n'en méritait pas moins de faire l'objet d'une analyse exhaustive. Mais, comme nous l'avons déjà mentionné, il ne s'agit pas ici d'une affaire qui se prête à la résolution de ces questions.

VI. Dispositif

[183] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la peine infligée par le juge Stewart par suite de la déclaration de culpabilité pour contacts sexuels.

Annexe – Peines maximales plus lourdes prévues par la *Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d'enfants, L.C. 2015, c. 23*, dans le cas des infractions d'ordre sexuel à l'égard d'enfants

Infraction	Disposition du Code criminel	Par procédure sommaire		Par mise en accusation	
		Ancienne peine maximale	Nouvelle peine maximale	Ancienne peine maximale	Nouvelle peine maximale
Contacts sexuels	151	18 mois	2 ans moins un jour	10 ans	14 ans
Incitation à des contacts sexuels	152	18 mois	2 ans moins un jour	10 ans	14 ans
Exploitation sexuelle	153	18 mois	2 ans moins un jour	10 ans	14 ans
Bestialité en présence d'un enfant ou incitation de celui-ci	160(3)	S/O ^a	S/O ^a	10 ans	14 ans
Ordonnance d'interdiction	161	6 mois	18 mois	2 ans	4 ans
Production de pornographie juvénile	163.1(2)	S/O ^a	S/O ^a	10 ans	14 ans
Distribution de pornographie juvénile	163.1(3)	S/O ^a	S/O ^a	10 ans	14 ans
Possession de pornographie juvénile	163.1(4)	18 mois	2 ans moins un jour	5 ans	10 ans
Accès à la pornographie juvénile	163.1(4.1)	18 mois	2 ans moins un jour	5 ans	10 ans
Père, mère ou tuteur qui sert d'entre-metteur	170	S/O ^a	S/O ^a	10 ans	14 ans
Maître de maison qui permet des actes sexuels interdits	171	S/O ^a	S/O ^a	5 ans	14 ans

Offence	Criminal Code Section	On Summary Conviction		On Indictment	
		Previous Maximum Sentence	New Maximum Sentence	Previous Maximum Sentence	New Maximum Sentence
Making sexually explicit material available to child	171.1	6 months	2 years less a day	2 years	14 years
Luring a child	172.1	18 months	2 years less a day	10 years	14 years
Agreement or arrangement to commit a sexual offence against a child	172.2	18 months	2 years less a day	10 years	14 years
Prostitution of person under 18 years of age*	212(4)	N/A ^a	N/A ^a	5 years	10 years
Sexual assault (victim under 16 years of age)	271	18 months	2 years less a day	10 years	14 years
Sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm (victim under 16 years of age)	272	N/A ^a	N/A ^a	14 years	Life imprisonment

Notes: a. “N/A” means one of the following:

- (1) The statute did not modify the maximum sentence for the offence when the Crown proceeds summarily: bestiality in presence of person under 16 years of age (s. 160(3)); or,
- (2) The offence in question can only be prosecuted by indictment: making child pornography (s. 163.1(2)), distribution of child pornography (s. 163.1(3)), parent or guardian procuring sexual activity (s. 170), householder permitting prohibited sexual activity (s. 171), prostitution of person under 18 years of age (s. 212(4)), and sexual assault with a weapon, threats to a third

Infraction	Disposition du Code criminel	Par procédure sommaire		Par mise en accusation	
		Ancienne peine maximale	Nouvelle peine maximale	Ancienne peine maximale	Nouvelle peine maximale
Rendre accessible à un enfant du matériel sexuellement explicite	171.1	6 mois	2 ans moins un jour	2 ans	14 ans
Leurre d'enfants	172.1	18 mois	2 ans moins un jour	10 ans	14 ans
Entente ou arrangement — infraction d'ordre sexuel à l'égard d'un enfant	172.2	18 mois	2 ans moins un jour	10 ans	14 ans
Prostitution d'une personne âgée de moins de 18 ans*	212(4)	S/O ^a	S/O ^a	5 ans	10 ans
Agression sexuelle (victime âgée de moins de 16 ans)	271	18 mois	2 ans moins un jour	10 ans	14 ans
Agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles (victime âgée de moins de 16 ans)	272	S/O ^a	S/O ^a	14 ans	Empri-sonnement à perpétuité

Remarques : a. « S/O » désigne l'un des cas suivants :

- (1) La loi n'a pas modifié la peine maximale prévue pour l'infraction lorsque le ministère public procède par voie sommaire : bestialité en présence d'une personne âgée de moins de 16 ans (par. 160(3)); ou
- (2) L'infraction en question ne peut être poursuivie que par voie de mise en accusation : production de pornographie juvénile (par. 163.1(2)), distribution de pornographie juvénile (par. 163.1(3)), père, mère ou tuteur qui sert d'entremetteur (art. 170), maître de maison qui permet des actes sexuels interdits (art. 171), prostitution d'une personne âgée de moins de 18 ans (par. 212(4)),

party or causing bodily harm (victim under 16 years of age) (s. 272).

et agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles (victime âgée de moins de 16 ans) (art. 272).

* Parliament has repealed the offence of prostitution of person under 18 years of age (s. 212(4)): see the *Protection of Communities and Exploited Persons Act*, S.C. 2014, c. 25, s. 13.

* Le législateur a abrogé l'infraction de prostitution d'une personne âgée de moins de 18 ans (par. 212(4)) : voir la *Loi sur la protection des collectivités et des personnes victimes d'exploitation*, L.C. 2014, c. 25, art. 13.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'appelante : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Bueti Wasyliv Wiebe, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé : Bueti Wasyliv Wiebe, Winnipeg.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

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

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

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association: Pringle Chivers Sparks Teskey, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association : Pringle Chivers Sparks Teskey, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Legal Aid Society of Alberta: Legal Aid Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante Legal Aid Society of Alberta : Legal Aid Alberta, Edmonton.

**9354-9186 Québec inc. and
9354-9178 Québec inc. *Appellants***

v.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte LLP, Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx and François Pelletier
*Respondents***

and

**Ernst & Young Inc.,
IMF Bentham Limited (now known as
Omni Bridgeway Limited),
Bentham IMF Capital Limited (now known
as Omni Bridgeway Capital (Canada)
Limited), Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals *Interveners***

- and -

**IMF Bentham Limited (now known as Omni
Bridgeway Limited) and
Bentham IMF Capital Limited (now known
as Omni Bridgeway Capital (Canada)
Limited) *Appellants***

v.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte LLP, Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx and François Pelletier
*Respondents***

and

**9354-9186 Québec inc. et
9354-9178 Québec inc. *Appelantes***

c.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx et François Pelletier *Intimés***

et

**Ernst & Young Inc.,
IMF Bentham Limited (maintenant
connue sous le nom d’Omni Bridgeway
Limited), Corporation Bentham IMF
Capital (maintenant connue sous le nom de
Corporation Omni Bridgeway Capital
(Canada)), Institut d’insolvabilité du Canada
et Association canadienne des professionnels
de l’insolvabilité et de la réorganisation
*Intervenants***

- et -

**IMF Bentham Limited (maintenant
connue sous le nom d’Omni Bridgeway
Limited) et Corporation Bentham IMF
Capital (maintenant connue sous le nom de
Corporation Omni Bridgeway Capital
(Canada)) *Appelantes***

c.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx et François Pelletier *Intimés***

et

**Ernst & Young Inc.,
9354-9186 Québec inc.,
9354-9178 Québec inc.,
Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency
and Restructuring Professionals** *Intervenors*

**Ernst & Young Inc.,
9354-9186 Québec inc.,
9354-9178 Québec inc.,
Institut d'insolvabilité du Canada et
Association canadienne des professionnels
de l'insolvabilité et de la réorganisation**
Intervenants

**INDEXED AS: 9354-9186 QUÉBEC INC. v.
CALLIDUS CAPITAL CORP.**

2020 SCC 10

File No.: 38594.

Hearing and judgment: January 23, 2020.

Reasons delivered: May 8, 2020.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Rowe and Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
FOR QUEBEC**

Bankruptcy and insolvency — Discretionary authority of supervising judge in proceedings under Companies' Creditors Arrangement Act — Appellate review of decisions of supervising judge — Whether supervising judge has discretion to bar creditor from voting on plan of arrangement where creditor is acting for improper purpose — Whether supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.2.

The debtor companies filed a petition for the issuance of an initial order under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA") in November 2015. The petition succeeded, and the initial order was issued by a supervising judge, who became responsible for overseeing the proceedings. Since then, substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated, with the notable exception of retained claims for damages against the companies' only secured creditor. In September 2017, the secured creditor proposed a plan of arrangement, which later failed to receive sufficient creditor support. In February 2018, the secured creditor proposed another, virtually identical, plan of arrangement. It also sought the supervising judge's permission to vote on this new plan in the same class as the debtor companies' unsecured creditors, on the basis that its security was worth nil. Around the

**RÉPERTORIÉ : 9354-9186 QUÉBEC INC. c.
CALLIDUS CAPITAL CORP.**

2020 CSC 10

N° du greffe : 38594.

Audition et jugement : 23 janvier 2020.

Motifs déposés : 8 mai 2020.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite et insolvabilité — Pouvoir discrétionnaire du juge surveillant dans une instance introduite sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Contrôle en appel des décisions du juge surveillant — Le juge surveillant a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement si ce créancier agit dans un but illégitime? — Le juge surveillant peut-il approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.2.

En novembre 2015, les compagnies débitrices déposent une requête en délivrance d'une ordonnance initiale sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »). La requête est accueillie, et l'ordonnance initiale est rendue par un juge surveillant, qui est chargé de surveiller le déroulement de l'instance. Depuis, la quasi-totalité des éléments d'actif de la compagnie débitrice ont été liquidés, à l'exception notable des réclamations réservées en dommages-intérêts contre le seul créancier garanti des compagnies. En septembre 2017, le créancier garanti propose un plan d'arrangement, qui n'obtient pas subséquentement l'appui nécessaire des créanciers. En février 2018, le créancier garanti propose un autre plan d'arrangement, presque identique au premier. Il demande aussi au juge surveillant la permission de voter sur ce nouveau plan dans la même catégorie que

same time, the debtor companies sought interim financing in the form of a proposed third party litigation funding agreement, which would permit them to pursue litigation of the retained claims. They also sought the approval of a related super-priority litigation financing charge.

The supervising judge determined that the secured creditor should not be permitted to vote on the new plan because it was acting with an improper purpose. As a result, the new plan had no reasonable prospect of success and was not put to a creditors' vote. The supervising judge allowed the debtor companies' application, authorizing them to enter into a third party litigation funding agreement. On appeal by the secured creditor and certain of the unsecured creditors, the Court of Appeal set aside the supervising judge's order, holding that he had erred in reaching the foregoing conclusions.

Held: The appeal should be allowed and the supervising judge's order reinstated.

The supervising judge made no error in barring the secured creditor from voting or in authorizing the third party litigating funding agreement. A supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. A supervising judge can also approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*. The Court of Appeal was not justified in interfering with the supervising judge's discretionary decisions in this regard, having failed to treat them with the appropriate degree of deference.

The *CCAA* is one of three principal insolvency statutes in Canada. It pursues an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially catastrophic impacts insolvency can have. These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor's insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor's assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company. The architecture of the *CCAA* leaves the case-specific assessment and balancing of these objectives to the supervising judge.

les créanciers non garantis des compagnies débitrices, au motif que sa sûreté ne vaut rien. À peu près au même moment, les compagnies débitrices demandent un financement temporaire sous forme d'un accord de financement de litige par un tiers qui leur permettrait de poursuivre l'instruction des réclamations réservées. Elles sollicitent également l'approbation d'une charge super-prioritaire pour financer le litige.

Le juge surveillant décide que le créancier garanti ne peut voter sur le nouveau plan parce qu'il agit dans un but illégitime. En conséquence, le nouveau plan n'a aucune possibilité raisonnable d'être avalisé et il n'est pas soumis au vote des créanciers. Le juge surveillant accueille la demande des compagnies débitrices et les autorise à conclure un accord de financement de litige par un tiers. À l'issue d'un appel formé par le créancier garanti et certains des créanciers non garantis, la Cour d'appel annule l'ordonnance du juge surveillant, estimant qu'il est parvenu à tort aux conclusions qui précèdent.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge surveillant est rétablie.

Le juge surveillant n'a commis aucune erreur en empêchant le créancier garanti de voter ou en approuvant l'accord de financement de litige par un tiers. Un juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement s'il décide que le créancier agit dans un but illégitime. Un juge surveillant peut aussi approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l'art. 11.2 de la *LACC*. La Cour d'appel n'était pas justifiée de modifier les décisions discrétionnaires du juge surveillant à cet égard et n'a pas fait preuve de la déférence à laquelle elle était tenue par rapport à ces décisions.

La *LACC* est l'une des trois principales lois canadiennes en matière d'insolvabilité. Elle poursuit un grand nombre d'objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement catastrophiques qui peuvent découler de l'insolvabilité. Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l'insolvabilité d'un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d'un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l'intérêt public; et, dans le contexte d'une insolvabilité commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d'une compagnie. La structure de la *LACC* laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs.

From beginning to end, each proceeding under the CCAA is overseen by a single supervising judge, who has broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case. The anchor of this discretionary authority is s. 11 of the CCAA, which empowers a judge to make any order that they consider appropriate in the circumstances. This discretionary authority is broad, but not boundless. It must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the CCAA and with three baseline considerations in mind: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence. The due diligence consideration discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or position themselves to gain an advantage. A high degree of deference is owed to discretionary decisions made by judges supervising CCAA proceedings and, as such, appellate intervention will only be justified if the supervising judge erred in principle or exercised their discretion unreasonably.

A creditor can generally vote on a plan of arrangement or compromise that affects its rights, subject to any specific provisions of the CCAA that may restrict its voting rights, or a proper exercise of discretion by the supervising judge to constrain or bar the creditor's right to vote. Given that the CCAA regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, the discretion to bar a creditor from voting should only be exercised where the circumstances demand such an outcome. Where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to the remedial objectives of the CCAA — that is, acting for an improper purpose — s. 11 of the CCAA supplies the supervising judge with the discretion to bar that creditor from voting. This discretion parallels the similar discretion that exists under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and advances the basic fairness that permeates Canadian insolvency law and practice. Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that the supervising judge is best-positioned to undertake.

In the instant case, the supervising judge's decision to bar the secured creditor from voting on the new plan discloses no error justifying appellate intervention. When he made this decision, the supervising judge was intimately

Chaque procédure fondée sur la LACC est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant, qui a le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d'ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas. Le point d'ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l'art. 11 de la LACC, lequel confère au juge le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée. Quoique vaste, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC et tenir compte de trois considérations de base : (1) que l'ordonnance demandée est indiquée, et (2) que le demandeur a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue. La considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n'usent pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage. Les décisions discrétionnaires des juges chargés de la supervision des procédures intentées sous le régime de la LACC commandent un degré élevé de déférence. En conséquence, les cours d'appel ne seront justifiées d'intervenir que si le juge surveillant a commis une erreur de principe ou exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable.

En général, un créancier peut voter sur un plan d'arrangement ou une transaction qui a une incidence sur ses droits, sous réserve des dispositions de la LACC qui peuvent limiter son droit de voter, ou de l'exercice justifié par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de limiter ou de supprimer ce droit. Étant donné que le régime de la LACC, dont l'un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l'exigent. Lorsqu'un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer ou à miner les objectifs réparateurs de la LACC ou à aller à l'encontre de ceux-ci — c'est-à-dire à agir dans un but illégitime — l'art. 11 de la LACC confère au juge surveillant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter. Ce pouvoir discrétionnaire s'apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et favorise l'équité fondamentale qui imprègne le droit et la pratique en matière d'insolvabilité au Canada. La question de savoir s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation que le juge surveillant est le mieux placé pour effectuer.

En l'espèce, la décision du juge surveillant d'empêcher le créancier garanti de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Lorsqu'il a rendu sa décision, le juge surveillant

familiar with these proceedings, having presided over them for over 2 years, received 15 reports from the monitor, and issued approximately 25 orders. He considered the whole of the circumstances and concluded that the secured creditor's vote would serve an improper purpose. He was aware that the secured creditor had chosen not to value any of its claim as unsecured prior to the vote on the first plan and did not attempt to vote on that plan, which ultimately failed to receive the other creditors' approval. Between the failure of the first plan and the proposal of the (essentially identical) new plan, none of the factual circumstances relating to the debtor companies' financial or business affairs had materially changed. However, the secured creditor sought to value the entirety of its security at nil and, on that basis, sought leave to vote on the new plan as an unsecured creditor. If the secured creditor were permitted to vote in this way, the new plan would certainly have met the double majority threshold for approval under s. 6(1) of the *CCAA*. The inescapable inference was that the secured creditor was attempting to strategically value its security to acquire control over the outcome of the vote and thereby circumvent the creditor democracy the *CCAA* protects. The secured creditor's course of action was also plainly contrary to the expectation that parties act with due diligence in an insolvency proceeding, which includes acting with due diligence in valuing their claims and security. The secured creditor was therefore properly barred from voting on the new plan.

Whether third party litigation funding should be approved as interim financing is a case-specific inquiry that should have regard to the text of s. 11.2 of the *CCAA* and the remedial objectives of the *CCAA* more generally. Interim financing is a flexible tool that may take on a range of forms. This is apparent from the wording of s. 11.2(1), which is broad and does not mandate any standard form or terms. At its core, interim financing enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets. In some circumstances, like the instant case, litigation funding furthers this basic purpose. Third party litigation funding agreements may therefore be approved as interim financing in *CCAA* proceedings when the supervising judge determines that doing so would be fair and appropriate, having regard to all the circumstances and the objectives of the Act. This requires consideration of the specific factors set out in s. 11.2(4) of the *CCAA*. These factors need not be mechanically applied or individually reviewed by the supervising judge, as not all of them will be significant in every case, nor are they exhaustive.

connaissait très bien les procédures en cause, car il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances. Il a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote du créancier garanti viserait un but illégitime. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, le créancier garanti avait choisi de n'évaluer aucune partie de sa réclamation à titre de créancier non garanti et n'avait pas tenté de voter sur ce plan, qui n'a finalement pas reçu l'aval des autres créanciers. Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan (identique pour l'essentiel au premier plan), les circonstances factuelles se rapportant aux affaires financières ou commerciales des compagnies débitrices n'avaient pas réellement changé. Pourtant, le créancier garanti a tenté d'évaluer la totalité de sa sûreté à zéro et, sur cette base, a demandé l'autorisation de voter sur le nouveau plan à titre de créancier non garanti. Si le créancier garanti avait été autorisé à voter de cette façon, le nouveau plan aurait certainement satisfait au critère d'approbation à double majorité prévu par le par. 6(1) de la *LACC*. La seule conclusion possible était que le créancier garanti tentait d'évaluer stratégiquement la valeur de sa sûreté afin de prendre le contrôle du vote et ainsi contourner la démocratie entre les créanciers que défend la *LACC*. La façon d'agir du créancier garanti était manifestement contraire à l'attente selon laquelle les parties agissent avec diligence dans une procédure d'insolvabilité, ce qui comprend le fait de faire preuve de diligence raisonnable dans l'évaluation de leurs réclamations et sûretés. Le créancier garanti a donc été empêché à bon droit de voter sur le nouveau plan.

La question de savoir s'il y a lieu d'approuver le financement d'un litige par un tiers à titre de financement temporaire commande une analyse fondée sur les faits de l'espèce qui doit tenir compte du libellé de l'art. 11.2 de la *LACC* et des objectifs réparateurs de la *LACC* de façon plus générale. Le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes. Cela ressort du libellé du par. 11.2(1), qui est large et ne prescrit aucune forme ou condition type. Le financement temporaire permet essentiellement de préserver et de réaliser la valeur des éléments d'actif du débiteur. Dans certaines circonstances, comme en l'espèce, le financement de litige favorise la réalisation de cet objectif fondamental. Les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la *LACC* lorsque le juge surveillant estime qu'il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi. Cela implique la prise en considération des facteurs précis énoncés au par. 11.2(4) de la *LACC*. Ces facteurs

Additionally, in order for a third party litigation funding agreement to be approved as interim financing, the agreement must not contain terms that effectively convert it into a plan of arrangement.

In the instant case, there is no basis upon which to interfere with the supervising judge's exercise of his discretion to approve the litigation funding agreement as interim financing. A review of the supervising judge's reasons as a whole, combined with a recognition of his manifest experience with the debtor companies' CCAA proceedings, leads to the conclusion that the factors listed in s. 11.2(4) concern matters that could not have escaped his attention and due consideration. It is apparent that he was focussed on the fairness at stake to all parties, the specific objectives of the CCAA, and the particular circumstances of this case when he approved the litigation funding agreement as interim financing. Further, the litigation funding agreement is not a plan of arrangement because it does not propose any compromise of the creditors' rights. The fact that the creditors may walk away with more or less money at the end of the day does not change the nature or existence of their rights to access the funds generated from the debtor companies' assets, nor can it be said to compromise those rights. Finally, the litigation financing charge does not convert the litigation funding agreement into a plan of arrangement. Holding otherwise would effectively extinguish the supervising judge's authority to approve these charges without a creditors' vote, which is expressly provided for in s. 11.2 of the CCAA.

Cases Cited

By Wagner C.J. and Moldaver J.

Applied: *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; **considered:** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy)*, *Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296; **referred to:** *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes v. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125; *Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund*

ne doivent pas être appliqués machinalement ou examinés individuellement par le juge surveillant, car ils ne seront pas tous importants dans tous les cas, et ils ne sont pas non plus exhaustifs. En outre, pour qu'un accord de financement de litige par un tiers soit approuvé à titre de financement temporaire, il ne doit pas comporter des conditions qui le convertissent effectivement en plan d'arrangement.

En l'espèce, il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. L'examen des motifs du juge surveillant dans leur ensemble, conjugué à la reconnaissance de son expérience évidente des procédures intentées par les compagnies débitrices sous le régime de la LACC, mène à la conclusion que les facteurs énumérés au par. 11.2(4) concernent des questions qui n'auraient pu échapper à son attention et à son examen adéquat. Il est manifeste que le juge surveillant a mis l'accent sur l'équité envers toutes les parties, les objectifs précis de la LACC et les circonstances particulières de la présente affaire lorsqu'il a approuvé l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. De plus, l'accord de financement de litige ne constitue pas un plan d'arrangement parce qu'il ne propose aucune transaction visant les droits des créanciers. Le fait que les créanciers puissent en fin de compte remporter plus ou moins d'argent ne modifie en rien la nature ou l'existence de leurs droits d'avoir accès aux fonds provenant des actifs des compagnies débitrices, pas plus qu'on ne saurait dire qu'il s'agit d'une transaction à l'égard de leurs droits. Enfin, la charge relative au financement de litige ne convertit pas l'accord de financement de litige en plan d'arrangement. Une conclusion contraire aurait pour effet d'annihiler le pouvoir du juge surveillant d'approuver ces charges sans un vote des créanciers, un résultat qui est expressément prévu par l'art. 11.2 de la LACC.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; **arrêts examinés :** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy)*, *Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296; **arrêts mentionnés :** *Bayens c. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes c. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125; *Schenk c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Ernst*

Ltd., 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, aff'g 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada v. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. v. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. v. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Re 1078385 Ontario Ltd.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain v. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry v. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, aff'd 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway v. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

& Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd., 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. c. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. c. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Re 1078385 Ontario Ltd.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry c. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle c. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, conf. par 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway c. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. c. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

Statutes and Regulations Cited

- An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).
Budget Implementation Act, 2019, No. 1, S.C. 2019, c. 29, ss. 133, 138, 140.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2(1), 3(1), 4, 5, 6(1), 7, 11, 11.2(1), (2), (4), (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)(d), (i), 23 to 25, 36.
Winding-up and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 6(1).

Authors Cited

- Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. "Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context" (2017), 59 *Can. Bus. L.J.* 65.
 Canada. Innovation, Science and Economic Development Canada. *Archived — Bill C-55: clause by clause analysis*, last updated December 29, 2016 (online: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/eng/cl00908.html#bill128e>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_eng.pdf).
 Canada. Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. *Bill C-12: Clause by Clause Analysis*, developed by Industry Canada, last updated March 24, 2015 (online: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/eng/br01986.html#a79>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_eng.pdf).
 Canada. Senate. Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa, 2003.
 Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).
 Kaplan, Bill. "Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?," in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*. Toronto: Carswell, 2008, 79.
 Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed. Toronto: Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).
 McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2019.
 Michaud, Guillaume. "New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape", in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*. Toronto: Thomson Reuters, 2019, 221.

Lois et règlements cités

- An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327.
Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019, L.C. 2019, c. 29, art. 133, 138, 140.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 2(1), 3(1), 4, 5, 6(1), 7, 11, 11.2(1), (2), (4), a), b), c), d), e), f), g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)(d), i), 23 à 25, 36.
Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. 1985, c. W-11, art. 6(1).

Doctrine et autres documents cités

- Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. « Beyond Access to Justice : Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context » (2017), 59 *Rev. can. dr. comm.* 65.
 Canada. Bureau du surintendant des faillites Canada. *Projet de loi C-12 : analyse article par article*, élaboré par Industrie Canada, dernière mise à jour 24 mars 2015 (en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01986.html#a77f>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_fra.pdf).
 Canada. Innovation, Sciences et Développement économique Canada. *Archivé — Projet de Loi C-55 : analyse article par article*, dernière mise à jour 29 décembre 2016 (en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/fra/cl00908.html#lacc11-2>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_fra.pdf).
 Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, Ottawa, 2003.
 Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).
 Kaplan, Bill. « Liquidating CCAAs : Discretion Gone Awry? », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*, Toronto, Carswell, 2008, 79.
 Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed., Toronto, Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).
 McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2019.
 Michaud, Guillaume. « New Frontier : The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape », in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual*

Nocilla, Alfonso. “Asset Sales Under the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36” (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 226.

Nocilla, Alfonso. “The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada” (2014), 56 *Can. Bus. L.J.* 73.

Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. “Debtor-In-Possession Financing”, in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007, 227.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2013.

Sarra, Janis P. “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*. Toronto: Thomson Reuters, 2017, 9.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, Schrager and Dumas J.J.A.), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), setting aside a decision of Michaud J., 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Appeals allowed.

Jean-Philippe Groleau, Christian Lachance, Gabriel Lavery Lepage and Hannah Toledano, for the appellants/interveniers 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.

Neil A. Peden, for the appellants/interveniers IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited).

Geneviève Cloutier and Clifton P. Prophet, for the respondent Callidus Capital Corporation.

Jocelyn Perreault, Noah Zucker and François Alexandre Toupin, for the respondents International

Review of Insolvency Law 2018, Toronto, Thomson Reuters, 2019, 221.

Nocilla, Alfonso. « Asset Sales Under the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 226.

Nocilla, Alfonso. « The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73.

Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. « Debtor-In-Possession Financing », in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2007, 227.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.

Sarra, Janis P. « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Thomson Reuters, 2017, 9.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Dutil, Schrager et Dumas), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Michaud, 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Pourvois accueillis.

Jean-Philippe Groleau, Christian Lachance, Gabriel Lavery Lepage et Hannah Toledano, pour les appelantes/intervenantes 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc.

Neil A. Peden, pour les appelantes/intervenantes IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d’Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)).

Geneviève Cloutier et Clifton P. Prophet, pour l’intimée Callidus Capital Corporation.

Jocelyn Perreault, Noah Zucker et François Alexandre Toupin, pour les intimés International

Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier.

Joseph Reynaud and Nathalie Nouvet, for the interveners Ernst & Young Inc.

Sylvain Rigaud, Arad Mojtahedi and Saam Pousht-Mashhad, for the interveners the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

The reasons for judgment of the Court were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER J.—

I. Overview

[1] These appeals arise in the context of an ongoing proceeding instituted under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), in which substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated. The proceeding was commenced well over four years ago. Since then, a single supervising judge has been responsible for its oversight. In this capacity, he has made numerous discretionary decisions.

[2] Two of the supervising judge’s decisions are in issue before us. Each raises a question requiring this Court to clarify the nature and scope of judicial discretion in CCAA proceedings. The first is whether a supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. The second is whether a supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the CCAA.

[3] For the reasons that follow, we would answer both questions in the affirmative, as did the supervising judge. To the extent the Court of Appeal disagreed

Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier.

Joseph Reynaud et Nathalie Nouvet, pour l’intervenante Ernst & Young Inc.

Sylvain Rigaud, Arad Mojtahedi et Saam Pousht-Mashhad, pour les intervenants l’Institut d’insolvabilité du Canada et l’Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation.

Version française des motifs de jugement de la Cour rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Ces pourvois s’inscrivent dans le contexte d’une instance toujours en cours introduite sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »), dans le cadre de laquelle la quasi-totalité des éléments d’actif des compagnies débitrices ont été liquidés. L’instance a été introduite il y a plus de quatre ans. Depuis, un seul juge surveillant a été chargé de sa supervision. À ce titre, il a rendu de nombreuses décisions discrétionnaires.

[2] Deux de ces décisions du juge surveillant font l’objet du présent pourvoi. Chacune d’elles soulève une question exigeant de notre Cour qu’elle précise la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire exercé par les tribunaux dans les instances relevant de la LACC. La première est de savoir si le juge surveillant dispose du pouvoir discrétionnaire d’interdire à un créancier de voter sur un plan d’arrangement s’il estime que ce créancier agit dans un but illégitime. La deuxième porte sur le pouvoir du juge surveillant d’approuver le financement du litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l’art. 11.2 de la LACC.

[3] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis de répondre à ces deux questions par l’affirmative, à l’instar du juge surveillant. Dans la mesure où la

and went on to interfere with the supervising judge's discretionary decisions, we conclude that it was not justified in doing so. In our respectful view, the Court of Appeal failed to treat the supervising judge's decisions with the appropriate degree of deference. In the result, as we ordered at the conclusion of the hearing, these appeals are allowed and the supervising judge's order reinstated.

II. Facts

[4] In 1994, Mr. Gérald Duhamel founded Bluberi Gaming Technologies Inc., which is now one of the appellants, 9354-9186 Québec inc. The corporation manufactured, distributed, installed, and serviced electronic casino gaming machines. It also provided management systems for gambling operations. Its sole shareholder has at all material times been Bluberi Group Inc., which is now another of the appellants, 9354-9178 Québec inc. Through a family trust, Mr. Duhamel controls Bluberi Group Inc. and, as a result, Bluberi Gaming (collectively, "Bluberi").

[5] In 2012, Bluberi sought financing from the respondent, Callidus Capital Corporation ("Callidus"), which describes itself as an "asset-based or distressed lender" (R.F., at para. 26). Callidus extended a credit facility of approximately \$24 million to Bluberi. This debt was secured in part by a share pledge agreement.

[6] Over the next three years, Bluberi lost significant amounts of money, and Callidus continued to extend credit. By 2015, Bluberi owed approximately \$86 million to Callidus — close to half of which Bluberi asserts is comprised of interest and fees.

A. *Bluberi's Institution of CCAA Proceedings and Initial Sale of Assets*

[7] On November 11, 2015, Bluberi filed a petition for the issuance of an initial order under the CCAA. In its petition, Bluberi alleged that its liquidity issues

Cour d'appel s'est dite d'avis contraire et a modifié les décisions discrétionnaires du juge surveillant, nous concluons qu'elle n'était pas justifiée de le faire. Avec égards, la Cour d'appel n'a pas fait preuve de la déférence à laquelle elle était tenue par rapport aux décisions du juge surveillant. C'est pourquoi, comme nous l'avons ordonné à l'issue de l'audience, les pourvois sont accueillis et l'ordonnance du juge surveillant est rétablie.

II. Les faits

[4] En 1994, M. Gérald Duhamel fonde Bluberi Gaming Technologies Inc., qui est devenue l'une des appelantes, 9354-9186 Québec inc. L'entreprise fabriquait, distribuait, installait et entretenait des appareils de jeux électroniques pour casino. Elle offrait aussi des systèmes de gestion dans le domaine des jeux d'argent. Pendant toute la période pertinente, son unique actionnaire était Bluberi Group Inc., qui est devenue une autre des appelantes, 9354-9178 Québec inc. Par l'entremise d'une fiducie familiale, M. Duhamel contrôlait Bluberi Group inc. et, de ce fait, Bluberi Gaming (collectivement, « Bluberi »).

[5] En 2012, Bluberi demande du financement à l'intimée Callidus Capital Corporation (« Callidus »), qui se décrit comme un [TRADUCTION] « prêteur offrant du financement garanti par des actifs ou du financement à des entreprises en difficulté financière » (m.i., par. 26). Callidus lui consent une facilité de crédit d'environ 24 millions de dollars, que Bluberi garantit partiellement en signant une entente par laquelle elle met en gage ses actions.

[6] Au cours des trois années suivantes, Bluberi perd d'importantes sommes d'argent et Callidus continue de lui consentir du crédit. En 2015, Bluberi doit environ 86 millions de dollars à Callidus — Bluberi affirme que près de la moitié de cette somme est composée d'intérêts et de frais.

A. *L'introduction des procédures sous le régime de la LACC par Bluberi et la vente initiale d'actifs*

[7] Le 11 novembre 2015, Bluberi dépose une requête en délivrance d'une ordonnance initiale sous le régime de la LACC. Dans sa requête, Bluberi allègue

were the result of Callidus taking *de facto* control of the corporation and dictating a number of purposefully detrimental business decisions. Bluberi alleged that Callidus engaged in this conduct in order to deplete the corporation's equity value with a view to owning Bluberi and, ultimately, selling it.

[8] Over Callidus's objection, Bluberi's petition succeeded. The supervising judge, Michaud J., issued an initial order under the CCAA. Among other things, the initial order confirmed that Bluberi was a "debtor company" within the meaning of s. 2(1) of the Act; stayed any proceedings against Bluberi or any director or officer of Bluberi; and appointed Ernst & Young Inc. as monitor ("Monitor").

[9] Working with the Monitor, Bluberi determined that a sale of its assets was necessary. On January 28, 2016, it proposed a sale solicitation process, which the supervising judge approved. That process led to Bluberi entering into an asset purchase agreement with Callidus. The agreement contemplated that Callidus would obtain all of Bluberi's assets in exchange for extinguishing almost the entirety of its secured claim against Bluberi, which had ballooned to approximately \$135.7 million. Callidus would maintain an undischarged secured claim of \$3 million against Bluberi. The agreement would also permit Bluberi to retain claims for damages against Callidus arising from its alleged involvement in Bluberi's financial difficulties ("Retained Claims").¹ Throughout these proceedings, Bluberi has asserted that the Retained Claims should amount to over \$200 million in damages.

[10] The supervising judge approved the asset purchase agreement, and the sale of Bluberi's assets to Callidus closed in February 2017. As a result, Callidus effectively acquired Bluberi's business, and has continued to operate it as a going concern.

que ses problèmes de liquidité découlent du fait que Callidus exerce un contrôle de facto à l'égard de son entreprise et lui dicte un certain nombre de décisions d'affaires dans l'intention de lui nuire. Bluberi prétend que Callidus agit ainsi afin de réduire la valeur des actions dans le but de devenir propriétaire de Bluberi et ultimement de la vendre.

[8] Malgré l'objection de Callidus, la requête de Bluberi est accueillie. Le juge surveillant, le juge Michaud, rend une ordonnance initiale sous le régime de la LACC. Celle-ci confirme entre autres que Bluberi est une « compagnie débitrice » au sens du par. 2(1) de la Loi, suspend toute procédure introduite à l'encontre de Bluberi, de ses administrateurs ou dirigeants, et désigne Ernst & Young Inc. pour agir à titre de contrôleur (« contrôleur »).

[9] Travaillant en collaboration avec le contrôleur, Bluberi décide que la vente de ses actifs est nécessaire. Le 28 janvier 2016, elle propose un processus de mise en vente que le juge surveillant approuve. Ce processus débouche sur la conclusion d'une convention d'achat d'actifs entre Bluberi et Callidus. Cette convention prévoit que Callidus obtient l'ensemble des actifs de Bluberi en échange de l'extinction de la presque totalité de la créance garantie qu'elle détient à l'encontre de Bluberi, qui s'élevait à environ 135,7 millions de dollars. Callidus conserve une créance garantie non libérée de 3 millions de dollars contre Bluberi. La convention prévoit aussi que Bluberi se réserve le droit de réclamer des dommages-intérêts à Callidus en raison de l'implication alléguée de celle-ci dans ses difficultés financières (les « réclamations réservées »)¹. Tout au long de ces procédures, Bluberi affirme que la valeur des réclamations ainsi réservées représente plus de 200 millions de dollars en dommages-intérêts.

[10] Le juge surveillant approuve la convention d'achat d'actifs, et la vente des actifs de Bluberi à Callidus est conclue en février 2017. En conséquence, Callidus acquiert l'entreprise de Bluberi et en poursuit l'exploitation.

¹ Bluberi does not appear to have filed this claim yet (see 2018 QCCS 1040, at para. 10 (CanLII)).

¹ Bluberi semble ne pas avoir encore déposé cette action (voir 2018 QCCS 1040, par. 10 (CanLII)).

[11] Since the sale, the Retained Claims have been Bluberi's sole remaining asset and thus the sole security for Callidus's \$3 million claim.

B. The Initial Competing Plans of Arrangement

[12] On September 11, 2017, Bluberi filed an application seeking the approval of a \$2 million interim financing credit facility to fund the litigation of the Retained Claims and other related relief. The lender was a joint venture numbered company incorporated as 9364-9739 Québec inc. This interim financing application was set to be heard on September 19, 2017.

[13] However, one day before the hearing, Callidus proposed a plan of arrangement ("First Plan") and applied for an order convening a creditors' meeting to vote on that plan. The First Plan proposed that Callidus would fund a \$2.5 million (later increased to \$2.63 million) distribution to Bluberi's creditors, except itself, in exchange for a release from the Retained Claims. This would have fully satisfied the claims of Bluberi's former employees and those creditors with claims worth less than \$3000; creditors with larger claims were to receive, on average, 31 percent of their respective claims.

[14] The supervising judge adjourned the hearing of both applications to October 5, 2017. In the meantime, Bluberi filed its own plan of arrangement. Among other things, the plan proposed that half of any proceeds resulting from the Retained Claims, after payment of expenses and Bluberi's creditors' claims, would be distributed to the unsecured creditors, as long as the net proceeds exceeded \$20 million.

[15] On October 5, 2017, the supervising judge ordered that the parties' plans of arrangement could be put to a creditors' vote. He ordered that both parties share the fees and expenses related to the

[11] Depuis la vente, les réclamations réservées sont le seul élément d'actif de Bluberi et représentent donc la seule garantie que possède Callidus pour sa créance de 3 millions de dollars.

B. Les premiers plans d'arrangement concurrents

[12] Le 11 septembre 2017, Bluberi dépose une demande par laquelle elle sollicite l'approbation d'un financement provisoire de 2 millions de dollars sous forme de facilité de crédit afin de financer le coût des procédures liées aux réclamations réservées ainsi que d'autres mesures de réparation accessoires. Le prêteur est une coentreprise constituée sous le numéro 9364-9739 Québec inc. Cette demande de financement provisoire devait être instruite le 19 septembre 2017.

[13] Toutefois, la veille de l'audience, Callidus propose un plan d'arrangement (« premier plan ») et demande une ordonnance pour convoquer les créanciers à une assemblée afin qu'ils votent sur ce plan. Le premier plan proposait que Callidus avance la somme de 2,5 millions de dollars (puis plus tard 2,63 millions de dollars) aux fins de distribution aux créanciers de Bluberi, sauf elle-même, en échange de quoi elle serait libérée des réclamations réservées. Cette somme aurait permis d'acquitter entièrement les créances des anciens employés de Bluberi et toutes celles de moins de 3 000 \$; les créanciers dont la créance était plus élevée devaient recevoir chacun en moyenne 31 pour 100 du montant de leur réclamation.

[14] Le juge surveillant ajourne donc l'audition des deux demandes au 5 octobre 2017. Entre-temps, Bluberi dépose son propre plan d'arrangement dans lequel elle propose notamment que la moitié de toute somme provenant des réclamations réservées, après paiement des dépenses et acquittement des réclamations des créanciers de Bluberi, soit distribuée aux créanciers non garantis, pourvu que la somme nette ainsi obtenue soit supérieure à 20 millions de dollars.

[15] Le 5 octobre 2017, le juge surveillant ordonne que les plans d'arrangement des parties soient soumis au vote des créanciers. Il ordonne que les honoraires et dépenses découlant de la présentation des

presentation of the plans of arrangement at a creditors' meeting, and that a party's failure to deposit those funds with the Monitor would bar the presentation of that party's plan of arrangement. Bluberi elected not to deposit the necessary funds, and, as a result, only Callidus's First Plan was put to the creditors.

C. *Creditors' Vote on Callidus's First Plan*

[16] On December 15, 2017, Callidus submitted its First Plan to a creditors' vote. The plan failed to receive sufficient support. Section 6(1) of the CCAA provides that, to be approved, a plan must receive a "double majority" vote in each class of creditors — that is, a majority in *number* of class members, which also represents two-thirds in *value* of the class members' claims. All of Bluberi's creditors, besides Callidus, formed a single voting class of unsecured creditors. Of the 100 voting unsecured creditors, 92 creditors (representing \$3,450,882 of debt) voted in favour, and 8 voted against (representing \$2,375,913 of debt). The First Plan failed because the creditors voting in favour only held 59.22 percent of the total value being voted, which did not meet the s. 6(1) threshold. Most notably, SMT Hautes Technologies ("SMT"), which held 36.7 percent of Bluberi's debt, voted against the plan.

[17] Callidus did not vote on the First Plan — despite the Monitor explicitly stating that Callidus could have "vote[d] . . . the portion of its claim, assessed by Callidus, to be an unsecured claim" (Joint R.R., vol. III, at p.188).

D. *Bluberi's Interim Financing Application and Callidus's New Plan*

[18] On February 6, 2018, Bluberi filed one of the applications underlying these appeals, seeking authorization of a proposed third party litigation funding agreement ("LFA") with a publicly traded

plans d'arrangement à l'assemblée des créanciers soient partagés entre les parties et qu'il soit interdit à toute partie qui ne dépose pas les fonds nécessaires auprès du contrôleur de présenter son plan d'arrangement. Bluberi choisit de ne pas déposer les fonds nécessaires et, en conséquence, seul le premier plan de Callidus est présenté aux créanciers.

C. *Le vote des créanciers sur le premier plan de Callidus*

[16] Le 15 décembre 2017, Callidus soumet son premier plan au vote des créanciers. Le plan n'obtient pas l'appui nécessaire. Le paragraphe 6(1) de la LACC prévoit que, pour être approuvé, le plan doit obtenir la « double majorité » de chaque catégorie de créanciers — c'est-à-dire, la majorité en *nombre* d'une catégorie de créanciers, qui représente aussi les deux tiers en *valeur* des réclamations de cette catégorie de créanciers. Tous les créanciers de Bluberi, hormis Callidus, forment une seule catégorie de créanciers non garantis ayant droit de vote. Des 100 créanciers non garantis, 92 (qui ont ensemble une créance de 3 450 882 \$) votent en faveur du plan, et 8 votent contre (qui ont ensemble une créance de 2 375 913 \$). Le premier plan échoue parce que les réclamations des créanciers ayant voté en sa faveur ne détiennent que 59,22 p. 100 en valeur des réclamations de ceux ayant voté, ce qui ne respectait pas le seuil établi au par. 6(1). Plus particulièrement, SMT Hautes Technologies (« SMT »), qui détient 36,7 p. 100 de la dette de Bluberi, vote contre le plan.

[17] Callidus ne vote pas sur le premier plan — malgré les propos explicites du contrôleur, selon qui Callidus pouvait [TRADUCTION] « voter [. . .] selon le pourcentage de sa créance qui, de l'avis de Callidus, était non garantie » (dossier conjoint des intimés, vol. III, p. 188).

D. *La demande de financement provisoire de Bluberi et le nouveau plan de Callidus*

[18] Le 6 février 2018, Bluberi dépose une des demandes à l'origine des présents pourvois. Elle demande au tribunal l'autorisation de conclure un accord de financement du litige par un tiers (« AFL »)

litigation funder, IMF Bentham Limited or its Canadian subsidiary, Bentham IMF Capital Limited (collectively, “Bentham”). Bluberi’s application also sought the placement of a \$20 million super-priority charge in favour of Bentham on Bluberi’s assets (“Litigation Financing Charge”).

[19] The LFA contemplated that Bentham would fund Bluberi’s litigation of the Retained Claims in exchange for receiving a portion of any settlement or award after trial. However, were Bluberi’s litigation to fail, Bentham would lose all of its invested funds. The LFA also provided that Bentham could terminate the litigation of the Retained Claims if, acting reasonably, it were no longer satisfied of the merits or commercial viability of the litigation.

[20] Callidus and certain unsecured creditors who voted in favour of its plan (who are now respondents and style themselves the “Creditors’ Group”) contested Bluberi’s application on the ground that the LFA was a plan of arrangement and, as such, had to be submitted to a creditors’ vote.²

[21] On February 12, 2018, Callidus filed the other application underlying these appeals, seeking to put another plan of arrangement to a creditors’ vote (“New Plan”). The New Plan was essentially identical to the First Plan, except that Callidus increased the proposed distribution by \$250,000 (from \$2.63 million to \$2.88 million). Further, Callidus filed an amended proof of claim, which purported to value the security attached to its \$3 million claim at *nil*. Callidus was of the view that this valuation was proper because Bluberi had no assets other than the Retained Claims. On this basis, Callidus asserted that it stood in the position of an unsecured creditor, and sought the supervising judge’s permission to vote on the New Plan with the other unsecured creditors.

² Notably, the Creditors’ Group advised Callidus that it would lend its support to the New Plan. It also asked Callidus to reimburse any legal fees incurred in association with that support. At the same time, the Creditors’ Group did not undertake to vote in any particular way, and confirmed that each of its members would assess all available alternatives individually.

avec un bailleur de fonds de litiges coté en bourse, IMF Bentham Limited ou sa filiale canadienne, Corporation Bentham IMF Capital (collectivement, « Bentham »). Bluberi demande également l’autorisation de grever son actif d’une charge super-prioritaire de 20 millions de dollars en faveur de Bentham (« charge liée au financement du litige »).

[19] L’AFL prévoit que Bentham financera le litige relatif aux réclamations réservées de Bluberi et qu’en retour elle recevra un pourcentage de toute somme convenue par règlement ou accordée à l’issue d’un procès. Toutefois, dans l’éventualité où Bluberi serait déboutée, Bentham perdra la totalité des fonds investis. L’AFL prévoit aussi que Bentham peut mettre fin au recours si, agissant de façon raisonnable, elle n’est plus convaincue du bien-fondé du litige ou de sa viabilité commerciale.

[20] Callidus et certains créanciers non garantis qui ont voté en faveur de son plan (qui sont maintenant intimés au présent pourvoi et se font appeler le « groupe de créanciers ») contestent la demande de Bluberi au motif que l’AFL est un plan d’arrangement et qu’à ce titre, il doit être soumis au vote des créanciers².

[21] Le 12 février 2018, Callidus dépose l’autre demande qui est à l’origine des présents pourvois, laquelle vise à soumettre un autre plan d’arrangement au vote des créanciers (« nouveau plan »). Le nouveau plan est pour l’essentiel identique au premier plan, sauf que Callidus propose que la somme à distribuer soit augmentée de 250 000 \$ (passant de 2,63 millions à 2,88 millions de dollars). Callidus a en outre déposé une preuve de réclamation modifiée qui ramène à *zéro* la valeur de la garantie liée à sa créance de 3 millions de dollars. Callidus considère que cette évaluation est juste parce que Bluberi n’a aucun autre élément d’actif que les revendications réservées. Sur cette base, elle fait valoir qu’elle se trouve dans la situation d’un créancier non garanti et

² Fait à remarquer, le groupe de créanciers a informé Callidus qu’il appuierait le nouveau plan. Il lui a aussi demandé de rembourser tous les frais juridiques découlant de cet appui. Par ailleurs, le groupe de créanciers ne s’est pas engagé à voter d’une certaine façon, et a confirmé que chacun de ses membres évaluerait toutes les possibilités qui s’offraient à lui.

Given the size of its claim, if Callidus were permitted to vote on the New Plan, the plan would necessarily pass a creditors' vote. Bluberi opposed Callidus's application.

[22] The supervising judge heard Bluberi's interim financing application and Callidus's application regarding its New Plan together. Notably, the Monitor supported Bluberi's position.

III. Decisions Below

A. *Quebec Superior Court, 2018 QCCS 1040 (Michaud J.)*

[23] The supervising judge dismissed Callidus's application, declining to submit the New Plan to a creditors' vote. He granted Bluberi's application, authorizing Bluberi to enter into a litigation funding agreement with Bentham on the terms set forth in the LFA and imposing the Litigation Financing Charge on Bluberi's assets.

[24] With respect to Callidus's application, the supervising judge determined Callidus should not be permitted to vote on the New Plan because it was acting with an "improper purpose" (para. 48 (CanLII)). He acknowledged that creditors are generally entitled to vote in their own self-interest. However, given that the First Plan — which was almost identical to the New Plan — had been defeated by a creditors' vote, the supervising judge concluded that Callidus's attempt to vote on the New Plan was an attempt to override the result of the first vote. In particular, he wrote:

Taking into consideration the creditors' interest, the Court accepted, in the fall of 2017, that Callidus' Plan be submitted to their vote with the understanding that, as a secured creditor, Callidus would not cast a vote. However, under the present circumstances, it would serve an improper purpose if Callidus was allowed to vote on its own plan, especially when its vote would very likely result in

demande au juge surveillant la permission de voter sur le nouveau plan avec les autres créanciers non garantis. Vu l'importance de sa réclamation, le plan serait nécessairement adopté par les créanciers si Callidus était autorisée à voter. Bluberi s'oppose à la demande de Callidus.

[22] Le juge surveillant instruit ensemble la demande de financement provisoire de Bluberi ainsi que la demande présentée par Callidus concernant son nouveau plan. Il est à souligner que le contrôleur appuie la position de Bluberi.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2018 QCCS 1040 (le juge Michaud)*

[23] Le juge surveillant rejette la demande de Callidus et refuse de soumettre le nouveau plan au vote des créanciers. Il accueille la demande de Bluberi, l'autorisant ainsi à conclure un accord de financement du litige avec Bentham aux conditions énoncées dans l'AFL et ordonne que les actifs de Bluberi soient grevés de la charge liée au financement du litige.

[24] En ce qui a trait à la demande de Callidus, le juge surveillant décide que cette dernière ne peut voter sur le nouveau plan parce qu'elle agit dans un [TRADUCTION] « but illégitime » (par. 48 (CanLII)). Il reconnaît que les créanciers ont habituellement le droit de voter dans leur propre intérêt. Or, étant donné que le premier plan — qui était presque identique au nouveau plan — a été rejeté par les créanciers, le juge surveillant conclut qu'en demandant à voter sur le nouveau plan, Callidus tentait de contourner le résultat du premier vote. Il écrit notamment :

[TRADUCTION] Tenant compte de leur intérêt, la Cour a accepté à l'automne 2017 que le plan de Callidus soit soumis au vote des créanciers, étant entendu que, en tant que créancière garantie, celle-ci ne voterait pas. Toutefois, si, dans les circonstances actuelles, Callidus était autorisée à voter sur son propre plan, elle le ferait dans un but illégitime d'autant plus qu'il est probable que son vote

the New Plan meeting the two thirds threshold for approval under the CCAA.

As pointed out by SMT, the main unsecured creditor, Callidus' attempt to vote aims only at cancelling SMT's vote which prevented Callidus' Plan from being approved at the creditors' meeting.

It is one thing to let the creditors vote on a plan submitted by a secured creditor, it is another to allow this secured creditor to vote on its own plan in order to exert control over the vote for the sole purpose of obtaining releases. [paras. 45-47]

[25] The supervising judge concluded that, in these circumstances, allowing Callidus to vote would be both "unfair and unreasonable" (para. 47). He also observed that Callidus's conduct throughout the CCAA proceedings "lacked transparency" (at para. 41) and that Callidus was "solely motivated by the [pending] litigation" (para. 44). In sum, he found that Callidus's conduct was contrary to the "requirements of appropriateness, good faith, and due diligence", and ordered that Callidus would not be permitted to vote on the New Plan (para. 48, citing *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 70).

[26] Because Callidus was not permitted to vote on the New Plan and SMT had unequivocally stated its intention to vote against it, the supervising judge concluded that the plan had no reasonable prospect of success. He therefore declined to submit it to a creditors' vote.

[27] With respect to Bluberi's application, the supervising judge considered three issues relevant to these appeals: (1) whether the LFA should be submitted to a creditors' vote; (2) if not, whether the LFA ought to be approved by the court; and (3) if so, whether the \$20 million Litigation Financing Charge should be imposed on Bluberi's assets.

[28] The supervising judge determined that the LFA did not need to be submitted to a creditors' vote because it was not a plan of arrangement. He considered a plan of arrangement to involve "an arrangement

permettrait d'atteindre le seuil de deux tiers nécessaire pour que le nouveau plan soit approuvé en vertu de la LACC.

Comme l'a souligné SMT, la principale créancière non garantie, Callidus souhaite voter afin d'annuler le vote de SMT, qui a empêché que son plan soit approuvé lors de l'assemblée des créanciers.

C'est une chose de laisser les créanciers voter sur un plan présenté par un créancier garanti, c'en est une autre de laisser ce créancier garanti voter sur son propre plan et exercer ainsi un contrôle sur le vote à seule fin d'être libéré de toute responsabilité. [par. 45-47]

[25] Le juge surveillant conclut que, dans les circonstances, permettre à Callidus de voter serait à la fois [TRADUCTION] « injuste et déraisonnable » (par. 47). Il note aussi que, tout au long de la procédure introduite en vertu de la LACC, Callidus a « manqué de transparence » (par. 41) et qu'elle « n'est motivée que par le litige [en cours] » (par. 44). En somme, il conclut que la conduite de Callidus est contraire à « l'opportunité, [à] la bonne foi et [à] la diligence » requises, et il ordonne que Callidus ne puisse pas voter sur le nouveau plan (par. 48, citant *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 70).

[26] Puisque Callidus n'a pas été autorisée à voter sur le nouveau plan et que SMT a manifesté sans équivoque son intention de voter contre celui-ci, le juge surveillant conclut que le plan n'a aucune possibilité raisonnable de recevoir l'aval des créanciers. Il refuse donc de le soumettre au vote des créanciers.

[27] Pour ce qui est de la demande de Bluberi, le juge surveillant examine trois questions qui sont pertinentes pour les présents pourvois : (1) si l'AFL devait être soumis au vote des créanciers; (2) dans la négative, si l'AFL devait être approuvé par le tribunal; et (3) le cas échéant, s'il devait ordonner que la charge liée au financement du litige de 20 millions de dollars grève les actifs de Bluberi.

[28] Le juge surveillant décide qu'il n'est pas nécessaire de soumettre l'AFL au vote des créanciers parce qu'il ne s'agit pas d'un plan d'arrangement. Il considère qu'un tel plan suppose [TRADUCTION] « un

or compromise between a debtor and its creditors” (para. 71, citing *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102, at para. 92 (“*Crystallex*”). In his view, the LFA lacked this essential feature. He also concluded that the LFA did not need to be accompanied by a plan, as Bluberi had stated its intention to file a plan in the future.

[29] After reviewing the terms of the LFA, the supervising judge found it met the criteria for approval of third party litigation funding set out in *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150, at para. 41, and *Hayes v. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125, at para. 4 (CanLII). In particular, he considered Bentham’s percentage of return to be reasonable in light of its level of investment and risk. Further, the supervising judge rejected Callidus and the Creditors’ Group’s argument that the LFA gave too much discretion to Bentham. He found that the LFA did not allow Bentham to exert undue influence on the litigation of the Retained Claims, noting similarly broad clauses had been approved in the CCAA context (para. 82, citing *Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332, at para. 23).

[30] Finally, the supervising judge imposed the Litigation Financing Charge on Bluberi’s assets. While significant, the supervising judge considered the amount to be reasonable given: the amount of damages that would be claimed from Callidus; Bentham’s financial commitment to the litigation; and the fact that Bentham was not charging any interim fees or interest (i.e., it would only profit in the event of successful litigation or settlement). Put simply, Bentham was taking substantial risks, and it was reasonable that it obtain certain guarantees in exchange.

[31] Callidus, again supported by the Creditors’ Group, appealed the supervising judge’s order, impleading Bentham in the process.

arrangement ou une transaction entre un débiteur et ses créanciers » (par. 71, citant *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102, par. 92 (« *Crystallex* »)). À son avis, l’AFL est dépourvu de cette caractéristique essentielle. Il conclut aussi qu’il n’est pas nécessaire que l’AFL soit assorti d’un plan étant donné que Bluberi a exprimé l’intention d’en déposer un plus tard.

[29] Après en avoir examiné les modalités, le juge surveillant conclut que l’AFL respecte le critère d’approbation applicable en matière de financement d’un litige par un tiers qui est établi dans les décisions *Bayens c. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150, par. 41, et *Hayes c. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125, par. 4 (CanLII). Plus particulièrement, il considère que le taux de retour de Bentham est raisonnable eu égard à son niveau d’investissement et de risque. Il rejette en outre l’argument avancé par Callidus et le groupe de créanciers, qui soutenaient que l’AFL donne trop de latitude à Bentham. Il conclut que l’AFL ne permet pas à Bentham d’exercer une influence indue sur le déroulement du litige lié aux réclamations réservées et souligne que des clauses générales semblables à celles qu’il contient ont déjà été approuvées dans le contexte de la LACC (par. 82, citant *Schenk c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332, par. 23).

[30] Enfin, le juge surveillant ordonne que les actifs de Bluberi soient grevés de la charge liée au financement du litige. Il juge que, même s’il est élevé, le montant en question est raisonnable étant donné : le montant des dommages-intérêts qui sont réclamés à Callidus; l’engagement financier de Bentham dans le litige; et le fait que Bentham n’exige aucune provision pour frais ou intérêts (c.-à-d. qu’elle ne tirera profit de l’accord que si le procès ou le règlement est couronné de succès). En termes simples, Bentham prend des risques importants et il est raisonnable qu’elle obtienne certaines garanties en échange.

[31] Callidus, de nouveau appuyée par le groupe de créanciers, interjette appel de l’ordonnance du juge surveillant et met en cause Bentham.

B. *Quebec Court of Appeal, 2019 QCCA 171 (Dutil and Schragger J.J.A. and Dumas J. (ad hoc))*

[32] The Court of Appeal allowed the appeal, finding that “[t]he exercise of the judge’s discretion [was] not founded in law nor on a proper treatment of the facts so that irrespective of the standard of review applied, appellate intervention [was] justified” (para. 48 (CanLII)). In particular, the court identified two errors of relevance to these appeals.

[33] First, the court was of the view that the supervising judge erred in finding that Callidus had an improper purpose in seeking to vote on its New Plan. In its view, Callidus should have been permitted to vote. The court relied heavily on the notion that creditors have a right to vote in their own self-interest. It held that any judicial discretion to preclude voting due to improper purpose should be reserved for the “clearest of cases” (para. 62, referring to *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199, at para. 45). The court was of the view that Callidus’s transparent attempt to obtain a release from Bluberi’s claims against it did not amount to an improper purpose. The court also considered Callidus’s conduct prior to and during the CCAA proceedings to be incapable of justifying a finding of improper purpose.

[34] Second, the court concluded that the supervising judge erred in approving the LFA as interim financing because, in its view, the LFA was not connected to Bluberi’s commercial operations. The court concluded that the supervising judge had both “misconstrued in law the notion of interim financing and misapplied that notion to the factual circumstances of the case” (para. 78).

[35] In light of this perceived error, the court substituted its view that the LFA was a plan of arrangement and, as a result, should have been submitted

B. *Cour d’appel du Québec, 2019 QCCA 171 (les juges Dutil et Schragger et le juge Dumas (ad hoc))*

[32] La Cour d’appel accueille l’appel et conclut que [TRADUCTION] « [l]’exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire [n’était] pas fondé en droit, non plus qu’il ne reposait sur un traitement approprié des faits, de sorte que, peu importe la norme de contrôle appliquée, il [était] justifié d’intervenir en appel » (par. 48 (CanLII)). En particulier, la cour relève deux erreurs qui sont pertinentes pour les présents pourvois.

[33] D’une part, la cour conclut que le juge surveillant a commis une erreur en concluant que Callidus a agi dans un but illégitime en demandant l’autorisation de voter sur son nouveau plan. À son avis, Callidus aurait dû être autorisée à voter. La cour s’appuie grandement sur l’idée que les créanciers ont le droit de voter en fonction de leur propre intérêt. Elle juge que l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui consiste à empêcher un créancier de voter dans un but illégitime devrait être [TRADUCTION] « réservé aux cas les plus évidents » (par. 62, renvoyant à *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199, par. 45). Selon elle, en tentant de façon transparente d’être libérée des réclamations de Bluberi à son égard, Callidus ne pouvait être considérée comme ayant agi dans un but illégitime. La cour conclut également que la conduite de Callidus, avant et pendant la procédure introduite en vertu de la LACC, ne pouvait justifier la conclusion qu’il existe un but illégitime.

[34] D’autre part, la cour conclut que le juge surveillant a eu tort d’approuver l’AFL en tant qu’accord de financement provisoire parce qu’à son avis, il n’est pas lié aux opérations commerciales de Bluberi. Elle conclut que le juge surveillant a [TRADUCTION] « donné à la notion de financement provisoire une interprétation non fondée en droit et qu’il a mal appliqué cette notion aux circonstances factuelles de l’affaire » (par. 78).

[35] À la lumière de ce qu’elle percevait comme une erreur, la cour substitue son opinion selon laquelle l’AFL est un plan d’arrangement et que pour

to a creditors' vote. It held that "[a]n arrangement or proposal can encompass both a compromise of creditors' claims as well as the process undertaken to satisfy them" (para. 85). The court considered the LFA to be a plan of arrangement because it affected the creditors' share in any eventual litigation proceeds, would cause them to wait for the outcome of any litigation, and could potentially leave them with nothing at all. Moreover, the court held that Bluberi's scheme "as a whole", being the prosecution of the Retained Claims and the LFA, should be submitted as a plan to the creditors for their approval (para. 89).

[36] Bluberi and Bentham (collectively, "appellants"), again supported by the Monitor, now appeal to this Court.

IV. Issues

[37] These appeals raise two issues:

- (1) Did the supervising judge err in barring Callidus from voting on its New Plan on the basis that it was acting for an improper purpose?
- (2) Did the supervising judge err in approving the LFA as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the CCAA?

V. Analysis

A. *Preliminary Considerations*

[38] Addressing the above issues requires situating them within the contemporary Canadian insolvency landscape and, more specifically, the CCAA regime. Accordingly, before turning to those issues, we review (1) the evolving nature of CCAA proceedings; (2) the role of the supervising judge in those proceedings; and (3) the proper scope of appellate review of a supervising judge's exercise of discretion.

cette raison, il aurait dû être soumis au vote des créanciers. Elle conclut [TRADUCTION] « [qu']un arrangement ou une proposition peut englober une transaction visant les réclamations des créanciers ainsi que le processus suivi pour y donner suite » (par. 85). La cour juge que l'AFL est un plan d'arrangement parce qu'il a une incidence sur la participation des créanciers à l'indemnité susceptible d'être accordée à la suite d'un litige, qu'il oblige ceux-ci à attendre l'issue de tout litige, et qu'il est possible que les créanciers se retrouvent les mains vides. De plus, la cour conclut que le projet de Bluberi « dans son entièreté », soit la poursuite des réclamations réservées et l'AFL, doit être soumis à l'approbation des créanciers (par. 89).

[36] Bluberi et Bentham (collectivement, les « appelantes »), encore une fois appuyées par le contrôleur, se pourvoient maintenant devant notre Cour.

IV. Questions en litige

[37] Les pourvois soulèvent deux questions :

- (1) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en empêchant Callidus de voter sur son nouveau plan au motif qu'elle agissait dans un but illégitime?
- (2) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en approuvant l'AFL en tant que plan de financement provisoire, selon les termes de l'art. 11.2 de la LACC?

V. Analyse

A. *Considérations préliminaires*

[38] Pour répondre aux questions ci-dessus, nous devons les situer dans le contexte contemporain de l'insolvabilité au Canada, et plus précisément du régime de la LACC. Ainsi, avant de passer à ces questions, nous examinons (1) la nature évolutive des procédures intentées sous le régime de la LACC; (2) le rôle que joue le juge surveillant dans ces procédures; et (3) la portée du contrôle, en appel, de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant.

(1) The Evolving Nature of CCAA Proceedings

[39] The CCAA is one of three principal insolvency statutes in Canada. The others are the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), which covers insolvencies of both individuals and companies, and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 (“WURA”), which covers insolvencies of financial institutions and certain other corporations, such as insurance companies (WURA, s. 6(1)). While both the CCAA and the BIA enable reorganizations of insolvent companies, access to the CCAA is restricted to debtor companies facing total claims in excess of \$5 million (CCAA, s. 3(1)).

[40] Together, Canada’s insolvency statutes pursue an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially “catastrophic” impacts insolvency can have (*Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 1). These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor’s insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor’s assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company (J. P. Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, in J. P. Sarra and B. Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, at pp. 9-10; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at pp. 4-5 and 14; Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act* (2003), at pp. 9-10; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at pp. 4-5).

(1) La nature évolutive des procédures intentées sous le régime de la LACC

[39] La LACC est l’une des trois principales lois canadiennes en matière d’insolvabilité. Les autres sont la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985 c. B-3 (« LFI »), qui traite de l’insolvabilité des personnes physiques et des sociétés, et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985 c. W-11 (« LLR »), qui traite de l’insolvabilité des institutions financières et de certaines autres personnes morales, telles que les compagnies d’assurance (LLR, par. 6(1)). Bien que la LACC et la LFI permettent toutes deux la restructuration de compagnies insolubles, l’accès à la LACC est limité aux sociétés débitrices qui sont aux prises avec des réclamations dont le montant total est supérieur à 5 millions de dollars (LACC, par. 3(1)).

[40] Ensemble, les lois canadiennes sur l’insolvabilité poursuivent un grand nombre d’objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement « catastrophiques » qui peuvent découler de l’insolvabilité (*Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 1). Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l’insolvabilité d’un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d’un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l’intérêt public; et, dans le contexte d’une insolvabilité commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d’une compagnie (J. P. Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », dans J. P. Sarra et B. Romaine, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, p. 9-10; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 4-5 et 14; Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2003), p. 13-14; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 4-5).

[41] Among these objectives, the CCAA generally prioritizes “avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company” (*Century Services*, at para. 70). As a result, the typical CCAA case has historically involved an attempt to facilitate the reorganization and survival of the pre-filing debtor company in an operational state — that is, as a going concern. Where such a reorganization was not possible, the alternative course of action was seen as a liquidation through either a receivership or under the BIA regime. This is precisely the outcome that was sought in *Century Services* (see para. 14).

[42] That said, the CCAA is fundamentally insolvency legislation, and thus it also “has the simultaneous objectives of maximizing creditor recovery, preservation of going-concern value where possible, preservation of jobs and communities affected by the firm’s financial distress . . . and enhancement of the credit system generally” (Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 14; see also *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1 (“*Essar*”), at para. 103). In pursuit of those objectives, CCAA proceedings have evolved to permit outcomes that do not result in the emergence of the pre-filing debtor company in a restructured state, but rather involve some form of liquidation of the debtor’s assets under the auspices of the Act itself (Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at pp. 19-21). Such scenarios are referred to as “liquidating CCAAs”, and they are now commonplace in the CCAA landscape (see *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, at para. 70).

[41] Parmi ces objectifs, la LACC priorise en général le fait d’« éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d’une compagnie insolvable » (*Century Services*, par. 70). C’est pourquoi les affaires types qui relèvent de cette loi ont historiquement facilité la restructuration de l’entreprise débitrice qui n’a pas encore déposé de proposition en la maintenant dans un état opérationnel, c’est-à-dire en permettant qu’elle poursuive ses activités. Lorsqu’une telle restructuration n’était pas possible, on considérait qu’il fallait alors procéder à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la LFI. C’est précisément le résultat qui était recherché dans l’affaire *Century Services* (voir par. 14).

[42] Cela dit, la LACC est fondamentalement une loi sur l’insolvabilité, et à ce titre, elle a aussi [TRADUCTION] « comme objectifs simultanés de maximiser le recouvrement au profit des créanciers, de préserver la valeur d’exploitation dans la mesure du possible, de protéger les emplois et les collectivités touchées par les difficultés financières de l’entreprise [. . .] et d’améliorer le système de crédit de manière générale » (Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, p. 14; voir aussi *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1 (« *Essar* »), par. 103). Afin d’atteindre ces objectifs, les procédures intentées sous le régime de la LACC ont évolué de telle sorte qu’elles permettent des solutions qui évitent l’émergence, sous une forme restructurée, de la société débitrice qui existait avant le début des procédures, mais qui impliquent plutôt une certaine forme de liquidation des actifs du débiteur sous le régime même de la Loi (Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 19-21). Ces cas, qualifiés de [TRADUCTION] « procédures de liquidation sous le régime de la LACC », sont maintenant courants dans le contexte de la LACC (voir *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, par. 70).

[43] Liquidating CCAAs take diverse forms and may involve, among other things: the sale of the debtor company as a going concern; an “en bloc” sale of assets that are capable of being operationalized by a buyer; a partial liquidation or downsizing of business operations; or a piecemeal sale of assets (B. Kaplan, “Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, at pp. 87-89). The ultimate commercial outcomes facilitated by liquidating CCAAs are similarly diverse. Some may result in the continued operation of the business of the debtor under a different going concern entity (e.g., the liquidations in *Indalex* and *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), while others may result in a sale of assets and inventory with no such entity emerging (e.g., the proceedings in *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, at paras. 7 and 31). Others still, like the case at bar, may involve a going concern sale of most of the assets of the debtor, leaving residual assets to be dealt with by the debtor and its stakeholders.

[44] CCAA courts first began approving these forms of liquidation pursuant to the broad discretion conferred by the Act. The emergence of this practice was not without criticism, largely on the basis that it appeared to be inconsistent with the CCAA being a “restructuring statute” (see, e.g., *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, at paras. 15-16, aff’g 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204, at paras. 40-43; A. Nocilla, “The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada” (2014), 56 *Can. Bus. L.J.* 73, at pp. 88-92).

[45] However, since s. 36 of the CCAA came into force in 2009, courts have been using it to effect liquidating CCAAs. Section 36 empowers courts to authorize the sale or disposition of a debtor

[43] Les procédures de liquidation sous le régime de la *LACC* revêtent différentes formes et peuvent, entre autres, inclure la vente de la société débitrice à titre d’entreprise en activité; la vente « en bloc » des éléments d’actif susceptibles d’être exploités par un acquéreur; une liquidation partielle de l’entreprise ou une réduction de ses activités; ou encore une vente de ses actifs élément par élément (B. Kaplan, « Liquidating CCAAs : Discretion Gone Awry? » dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, p. 87-89). Les résultats commerciaux ultimement obtenus à l’issue des procédures de liquidation introduites sous le régime de la *LACC* sont eux aussi variés. Certaines procédures peuvent avoir pour résultat la continuité des activités de la débitrice sous la forme d’une autre entité viable (p. ex., les sociétés liquidées dans *Indalex* et *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (C.J. Ont., Div. gén.)), alors que d’autres peuvent simplement aboutir à la vente des actifs et de l’inventaire sans donner naissance à une nouvelle entité (p. ex., la procédure en cause dans *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, par. 7 et 31). D’autres encore, comme dans le dossier qui nous occupe, peuvent donner lieu à la vente de la plupart des actifs de la débitrice en vue de la poursuite de son activité, laissant à la débitrice et aux parties intéressées le soin de s’occuper des actifs résiduels.

[44] Les tribunaux chargés de l’application de la *LACC* ont d’abord commencé à approuver ces formes de liquidation en exerçant le vaste pouvoir discrétionnaire que leur confère la Loi. L’émergence de cette pratique a fait l’objet de critiques, essentiellement parce qu’elle semblait incompatible avec l’objectif de « restructuration » de la *LACC* (voir, p. ex., *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, par. 15-16, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204, par. 40-43; A. Nocilla, « The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73, p. 88-92).

[45] Toutefois, depuis que l’art. 36 de la *LACC* est entré en vigueur en 2009, les tribunaux l’utilisent pour consentir à une liquidation sous le régime de la *LACC*. L’article 36 confère aux tribunaux le pouvoir

company's assets outside the ordinary course of business.³ Significantly, when the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce recommended the adoption of s. 36, it observed that liquidation is not necessarily inconsistent with the remedial objectives of the CCAA, and that it may be a means to “raise capital [to facilitate a restructuring], eliminate further loss for creditors or focus on the solvent operations of the business” (p. 147). Other commentators have observed that liquidation can be a “vehicle to restructure a business” by allowing the business to survive, albeit under a different corporate form or ownership (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at p. 169; see also K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4th ed. 2019), at p. 311). Indeed, in *Indalex*, the company sold its assets under the CCAA in order to preserve the jobs of its employees, despite being unable to survive as their employer (see para. 51).

[46] Ultimately, the relative weight that the different objectives of the CCAA take on in a particular case may vary based on the factual circumstances, the stage of the proceedings, or the proposed solutions that are presented to the court for approval. Here, a parallel may be drawn with the BIA context. In *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150, at para. 67, this Court explained that, as a general matter, the BIA serves two purposes: (1) the bankrupt's financial rehabilitation and (2) the equitable distribution of the bankrupt's assets among creditors. However,

³ We note that while s. 36 now codifies the jurisdiction of a supervising court to grant a sale and vesting order, and enumerates factors to guide the court's discretion to grant such an order, it is silent on when courts ought to approve a liquidation under the CCAA as opposed to requiring the parties to proceed to liquidation under a receivership or the BIA regime (see Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 167-68; A. Nocilla, “Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36” (2012) 52 *Can. Bus. L.J.* 226, at pp. 243-44 and 247). This issue remains an open question and was not put to this Court in either *Indalex* or these appeals.

d'autoriser la vente ou la disposition des actifs d'une compagnie débitrice hors du cours ordinaire de ses affaires³. Fait important, lorsque le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a recommandé l'adoption de l'art. 36, il a fait observer que la liquidation n'est pas nécessairement incompatible avec les objectifs réparateurs de la LACC et qu'il pourrait s'agir d'un moyen « soit pour obtenir des capitaux [et faciliter la restructuration] ou éviter des pertes plus graves aux créanciers, soit pour se concentrer sur ses activités solvables » (p. 163). D'autres auteurs ont observé que la liquidation peut [TRADUCTION] « être un moyen de restructurer une entreprise » en lui permettant de survivre, quoique sous une forme corporative différente ou sous la gouverne de propriétaires différents (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 169; voir aussi K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4^e éd. 2019), p. 311). D'ailleurs, dans l'arrêt *Indalex*, la compagnie a vendu ses actifs sous le régime de la LACC afin de protéger les emplois de son personnel, même si elle ne pouvait demeurer leur employeur (voir par. 51).

[46] En définitive, le poids relatif attribué aux différents objectifs de la LACC dans une affaire donnée peut varier en fonction des circonstances factuelles, de l'étape des procédures ou des solutions qui sont présentées à la cour pour approbation. En l'espèce, il est possible d'établir un parallèle avec le contexte de la LFI. Dans l'arrêt *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150, par. 67, notre Cour a expliqué que, de façon générale, la LFI vise deux objectifs : (1) la réhabilitation financière du failli, et (2) le partage équitable des actifs du failli entre les créanciers. Or, dans les cas où

³ Mentionnons que, bien que l'art. 36 codifie désormais le pouvoir du juge surveillant de rendre une ordonnance de vente et de dévolution, et qu'il énonce les facteurs devant orienter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une telle ordonnance, il est muet quant aux circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent approuver une liquidation sous le régime de la LACC plutôt que d'exiger des parties qu'elles procèdent à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la LFI (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 167-168; A. Nocilla, « Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012) 52 *Rev. can. dr. comm.* 226, p. 243-244 et 247). Cette question demeure ouverte et n'a pas été soumise à la Cour dans *Indalex* non plus que dans les présents pourvois.

in circumstances where a debtor corporation will never emerge from bankruptcy, only the latter purpose is relevant (see para. 67). Similarly, under the CCAA, when a reorganization of the pre-filing debtor company is not a possibility, a liquidation that preserves going-concern value and the ongoing business operations of the pre-filing company may become the predominant remedial focus. Moreover, where a reorganization or liquidation is complete and the court is dealing with residual assets, the objective of maximizing creditor recovery from those assets may take centre stage. As we will explain, the architecture of the CCAA leaves the case-specific assessment and balancing of these remedial objectives to the supervising judge.

(2) The Role of a Supervising Judge in CCAA Proceedings

[47] One of the principal means through which the CCAA achieves its objectives is by carving out a unique supervisory role for judges (see Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 18-19). From beginning to end, each CCAA proceeding is overseen by a single supervising judge. The supervising judge acquires extensive knowledge and insight into the stakeholder dynamics and the business realities of the proceedings from their ongoing dealings with the parties.

[48] The CCAA capitalizes on this positional advantage by supplying supervising judges with broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case and “meet contemporary business and social needs” (*Century Services*, at para. 58) in “real-time” (para. 58, citing R. B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 484). The anchor of this discretionary authority is s. 11, which empowers a judge “to make any order that [the judge] considers appropriate in the circumstances”. This section has been described as “the engine” driving the statutory scheme (*Stelco*

la société débitrice ne s’extirpera jamais de la faillite, seul le dernier objectif est pertinent (voir par. 67). Dans la même veine, sous le régime de la LACC, lorsque la restructuration d’une société débitrice qui n’a pas déposé de proposition est impossible, une liquidation visant à protéger sa valeur d’exploitation et à maintenir ses activités courantes peut devenir l’objectif réparateur principal. En outre, lorsque la restructuration ou la liquidation est terminée et que le tribunal doit décider du sort des actifs résiduels, l’objectif de maximiser le recouvrement des créanciers à partir de ces actifs peut passer au premier plan. Comme nous l’expliquerons, la structure de la LACC laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs réparateurs.

(2) Le rôle du juge surveillant dans les procédures intentées sous le régime de la LACC

[47] Un des principaux moyens par lesquels la LACC atteint ses objectifs réside dans le rôle particulier de surveillance qu’elle réserve aux juges (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 18-19). Chaque procédure fondée sur la LACC est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant. En raison de ses rapports continus avec les parties, ce dernier acquiert une connaissance approfondie de la dynamique entre les intéressés et des réalités commerciales entourant la procédure.

[48] La LACC mise sur la position avantageuse qu’occupe le juge surveillant en lui accordant le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d’ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas et de « [s’adapter] aux besoins commerciaux et sociaux contemporains » (*Century Services*, par. 58) en « temps réel » (par. 58, citant R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 484). Le point d’ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l’art. 11, qui confère au juge le pouvoir de « rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée ». Cette disposition a été décrite

Inc. (Re) (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (Ont. C.A.), at para. 36).

[49] The discretionary authority conferred by the CCAA, while broad in nature, is not boundless. This authority must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the CCAA, which we have explained above (see *Century Services*, at para. 59). Additionally, the court must keep in mind three “baseline considerations” (at para. 70), which the applicant bears the burden of demonstrating: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence (para. 69).

[50] The first two considerations of appropriateness and good faith are widely understood in the CCAA context. Appropriateness “is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the CCAA” (para. 70). Further, the well-established requirement that parties must act in good faith in insolvency proceedings has recently been made express in s. 18.6 of the CCAA, which provides:

Good faith

18.6 (1) Any interested person in any proceedings under this Act shall act in good faith with respect to those proceedings.

Good faith — powers of court

(2) If the court is satisfied that an interested person fails to act in good faith, on application by an interested person, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances.

(See also *BIA*, s. 4.2; *Budget Implementation Act, 2019, No. 1*, S.C. 2019, c. 29, ss. 133 and 140.)

[51] The third consideration of due diligence requires some elaboration. Consistent with the CCAA regime generally, the due diligence consideration discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or

comme étant le « moteur » du régime législatif (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (C.A. Ont.), par. 36).

[49] Quoique vaste, le pouvoir discrétionnaire conféré par la LACC n’est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC, que nous avons expliqués ci-dessus (voir *Century Services*, par. 59). En outre, la cour doit garder à l’esprit les trois « considérations de base » (par. 70) qu’il incombe au demandeur de démontrer : (1) que l’ordonnance demandée est indiquée, et (2) qu’il a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue (par. 69).

[50] Les deux premières considérations, l’opportunité et la bonne foi, sont largement connues dans le contexte de la LACC. Le tribunal « évalue l’opportunité de l’ordonnance demandée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs de politique générale qui sous-tendent la Loi » (par. 70). Par ailleurs, l’exigence bien établie selon laquelle les parties doivent agir de bonne foi dans les procédures d’insolvabilité est depuis peu mentionnée de façon expresse à l’art. 18.6 de la LACC, qui dispose :

Bonne foi

18.6 (1) Tout intéressé est tenu d’agir de bonne foi dans le cadre d’une procédure intentée au titre de la présente loi.

Bonne foi — pouvoirs du tribunal

(2) S’il est convaincu que l’intéressé n’agit pas de bonne foi, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée.

(Voir aussi *LFI*, art. 4.2; *Loi n° 1 d’exécution du budget de 2019*, L.C. 2019, c. 29, art. 133 et 140.)

[51] La troisième considération, celle de la diligence, requiert qu’on s’y attarde. Conformément au régime de la LACC en général, la considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n’usent

position themselves to gain an advantage (*Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at p. 31). The procedures set out in the CCAA rely on negotiations and compromise between the debtor and its stakeholders, as overseen by the supervising judge and the monitor. This necessarily requires that, to the extent possible, those involved in the proceedings be on equal footing and have a clear understanding of their respective rights (see *McElcheran*, at p. 262). A party's failure to participate in CCAA proceedings in a diligent and timely fashion can undermine these procedures and, more generally, the effective functioning of the CCAA regime (see, e.g., *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, at paras. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada v. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276, at para. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, at paras. 51-52, in which the courts seized on a party's failure to act diligently).

[52] We pause to note that supervising judges are assisted in their oversight role by a court appointed monitor whose qualifications and duties are set out in the CCAA (see ss. 11.7, 11.8 and 23 to 25). The monitor is an independent and impartial expert, acting as “the eyes and the ears of the court” throughout the proceedings (*Essar*, at para. 109). The core of the monitor's role includes providing an advisory opinion to the court as to the fairness of any proposed plan of arrangement and on orders sought by parties, including the sale of assets and requests for interim financing (see CCAA, s. 23(1)(d) and (i); *Sarra, Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 566 and 569).

pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage (*Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (C.J. Ont. (Div. gén.)), p. 31). La procédure prévue par la LACC se fonde sur les négociations et les transactions entre le débiteur et les intéressés, le tout étant supervisé par le juge surveillant et le contrôleur. Il faut donc nécessairement que, dans la mesure du possible, ceux qui participent au processus soient sur un pied d'égalité et aient une compréhension claire de leurs droits respectifs (voir *McElcheran*, p. 262). La partie qui, dans le cadre d'une procédure fondée sur la LACC, n'agit pas avec diligence et en temps utile risque de compromettre le processus et, de façon plus générale, de nuire à l'efficacité du régime de la Loi (voir, p. ex., *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6 par. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276 par. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, par. 51-52, où les tribunaux se sont penchés sur le manque de diligence d'une partie).

[52] Nous soulignons que les juges surveillants s'acquittent de leur rôle de supervision avec l'aide d'un contrôleur qui est nommé par le tribunal et dont les compétences et les attributions sont énoncées dans la LACC (voir art. 11.7, 11.8 et 23 à 25). Le contrôleur est un expert indépendant et impartial qui agit comme [TRADUCTION] « les yeux et les oreilles du tribunal » tout au long de la procédure (*Essar*, par. 109). Il a essentiellement pour rôle de donner au tribunal des avis consultatifs sur le caractère équitable de tout plan d'arrangement proposé et sur les ordonnances demandées par les parties, y compris celles portant sur la vente d'actifs et le financement provisoire (voir LACC, al. 23(1)d) et i); *Sarra, Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 566 et 569).

(3) Appellate Review of Exercises of Discretion by a Supervising Judge

[53] A high degree of deference is owed to discretionary decisions made by judges supervising CCAA proceedings. As such, appellate intervention will only be justified if the supervising judge erred in principle or exercised their discretion unreasonably (see *Grant Forest Products Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426, at para. 98; *Bridging Finance Inc. v. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175, at para. 23). Appellate courts must be careful not to substitute their own discretion in place of the supervising judge's (*New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338, at para. 20).

[54] This deferential standard of review accounts for the fact that supervising judges are steeped in the intricacies of the CCAA proceedings they oversee. In this respect, the comments of Tysoe J.A. in *Canadian Metropolitan Properties Corp. v. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339 (“*Re Edgewater Casino Inc.*”), at para. 20, are apt:

... one of the principal functions of the judge supervising the CCAA proceeding is to attempt to balance the interests of the various stakeholders during the reorganization process, and it will often be inappropriate to consider an exercise of discretion by the supervising judge in isolation of other exercises of discretion by the judge in endeavoring to balance the various interests. ... CCAA proceedings are dynamic in nature and the supervising judge has intimate knowledge of the reorganization process. The nature of the proceedings often requires the supervising judge to make quick decisions in complicated circumstances.

[55] With the foregoing in mind, we turn to the issues on appeal.

(3) Le contrôle en appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant

[53] Les décisions discrétionnaires des juges chargés de la supervision des procédures intentées sous le régime de la LACC commandent un degré élevé de déférence. Ainsi, les cours d'appel ne seront justifiées d'intervenir que si le juge surveillant a commis une erreur de principe ou exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable (voir *Grant Forest Products Inc. c. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426, par. 98; *Bridging Finance Inc. c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175, par. 23). Elles doivent prendre garde de ne pas substituer leur propre pouvoir discrétionnaire à celui du juge surveillant (*New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338, par. 20).

[54] Cette norme déférente de contrôle tient compte du fait que le juge surveillant possède une connaissance intime des procédures intentées sous le régime de la LACC dont il assure la supervision. À cet égard, les observations formulées par le juge Tysoe dans *Canadian Metropolitan Properties Corp. c. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339 (« *Re Edgewater Casino Inc.* »), par. 20, sont pertinentes :

[TRADUCTION] ... une des fonctions principales du juge chargé de la supervision de la procédure fondée sur la LACC est d'essayer d'établir un équilibre entre les intérêts des différents intéressés durant le processus de restructuration, et il sera bien souvent inopportun d'examiner une des décisions qu'il aura rendues à cet égard isolément des autres. [...] Les procédures intentées sous le régime de la LACC sont de nature dynamique et le juge surveillant a une connaissance intime du processus de restructuration. La nature du processus l'oblige souvent à prendre des décisions rapides dans des situations complexes.

[55] En gardant ce qui précède à l'esprit, nous passons maintenant aux questions soulevées par le présent pourvoi.

B. *Callidus Should Not Be Permitted to Vote on Its New Plan*

[56] A creditor can generally vote on a plan of arrangement or compromise that affects its rights, subject to any specific provisions of the *CCAA* that may restrict its voting rights (e.g., s. 22(3)), or a proper exercise of discretion by the supervising judge to constrain or bar the creditor's right to vote. We conclude that one such constraint arises from s. 11 of the *CCAA*, which provides supervising judges with the discretion to bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose. Supervising judges are best-placed to determine whether this discretion should be exercised in a particular case. In our view, the supervising judge here made no error in exercising his discretion to bar Callidus from voting on the New Plan.

(1) Parameters of Creditors' Right to Vote on Plans of Arrangement

[57] Creditor approval of any plan of arrangement or compromise is a key feature of the *CCAA*, as is the supervising judge's oversight of that process. Where a plan is proposed, an application may be made to the supervising judge to order a creditors' meeting to vote on the proposed plan (*CCAA*, ss. 4 and 5). The supervising judge has the discretion to determine whether to order the meeting. For the purposes of voting at a creditors' meeting, the debtor company may divide the creditors into classes, subject to court approval (*CCAA*, s. 22(1)). Creditors may be included in the same class if "their interests or rights are sufficiently similar to give them a commonality of interest" (*CCAA*, s. 22(2); see also L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 4, at §149). If the requisite "double majority" in each class of creditors — again, a majority in *number* of class members, which also represents two-thirds in *value* of the class members' claims — vote in favour of the plan, the supervising judge may sanction the plan (*Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135, at para. 34; see *CCAA*, s. 6). The supervising judge will conduct what is

B. *Callidus ne devrait pas être autorisée à voter sur son nouveau plan*

[56] En général, un créancier peut voter sur un plan d'arrangement ou une transaction qui a une incidence sur ses droits, sous réserve des dispositions de la *LACC* qui peuvent limiter son droit de voter (p. ex., par. 22(3)), ou de l'exercice justifié par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de limiter ou de supprimer ce droit. Nous concluons qu'une telle limite découle de l'art. 11 de la *LACC*, qui confère au juge surveillant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter lorsqu'il agit dans un but illégitime. Le juge surveillant est mieux placé que quiconque pour déterminer s'il doit exercer ce pouvoir dans un cas donné. À notre avis, le juge surveillant n'a, en l'espèce, commis aucune erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour empêcher Callidus de voter sur le nouveau plan.

(1) Les paramètres du droit d'un créancier de voter sur un plan d'arrangement

[57] L'approbation par les créanciers d'un plan d'arrangement ou d'une transaction est l'une des principales caractéristiques de la *LACC*, tout comme la supervision du processus assurée par le juge surveillant. Lorsqu'un plan est proposé, le juge surveillant peut, sur demande, ordonner que soit convoquée une assemblée des créanciers pour que ceux-ci puissent voter sur le plan proposé (*LACC*, art. 4 et 5). Le juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire de décider ou non d'ordonner qu'une assemblée soit convoquée. Pour les besoins du vote à l'assemblée des créanciers, la compagnie débitrice peut établir des catégories de créanciers, sous réserve de l'approbation du tribunal (*LACC*, par. 22(1)). Peuvent faire partie de la même catégorie les créanciers « ayant des droits ou intérêts à ce point semblables [. . .] qu'on peut en conclure qu'ils ont un intérêt commun » (*LACC*, par. 22(2); voir aussi L. W. Houlden, G. B. Morawetz, et J. P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 4, §149). Si la « double majorité » requise dans chaque catégorie de créanciers — rappelons qu'il s'agit de la majorité en *nombre* d'une catégorie, qui représente aussi les deux-tiers en *valeur* des réclamations de cette catégorie — vote

commonly referred to as a “fairness hearing” to determine, among other things, whether the plan is fair and reasonable (Wood, at pp. 490-92; see also Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 529; Houlden, Morawetz and Sarra at §45). Once sanctioned by the supervising judge, the plan is binding on each class of creditors that participated in the vote (CCAA, s. 6(1)).

[58] Creditors with a provable claim against the debtor whose interests are affected by a proposed plan are usually entitled to vote on plans of arrangement (Wood, at p. 470). Indeed, there is no express provision in the CCAA barring such a creditor from voting on a plan of arrangement, including a plan it sponsors.

[59] Notwithstanding the foregoing, the appellants submit that a purposive interpretation of s. 22(3) of the CCAA reveals that, as a general matter, a creditor should be precluded from voting on its own plan. Section 22(3) provides:

Related creditors

(3) A creditor who is related to the company may vote against, but not for, a compromise or arrangement relating to the company.

The appellants note that s. 22(3) was meant to harmonize the CCAA scheme with s. 54(3) of the BIA, which provides that “[a] creditor who is related to the debtor may vote against but not for the acceptance of the proposal.” The appellants point out that, under s. 50(1) of the BIA, only debtors can sponsor plans; as a result, the reference to “debtor” in s. 54(3) captures *all* plan sponsors. They submit that if s. 54(3) captures all plan sponsors, s. 22(3) of the CCAA must do the same. On this basis, the appellants ask us to extend the voting restriction in s. 22(3) to apply not only to creditors who are “related to the company”, as the provision states, but to any

en faveur du plan, le juge surveillant peut homologuer celui-ci (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135, par. 34; voir la LACC, art. 6). Le juge surveillant tiendra ce qu’on appelle communément une [TRADUCTION] « audience d’équité » pour décider, entre autres choses, si le plan est juste et raisonnable (Wood, p. 490-492; Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, p. 529; Houlden, Morawetz et Sarra, §45). Une fois homologué par le juge surveillant, le plan lie chaque catégorie de créanciers qui a participé au vote (LACC, par. 6(1)).

[58] Les créanciers qui ont une réclamation prouvable contre le débiteur et dont les intérêts sont touchés par un plan d’arrangement proposé ont habituellement le droit de voter sur un tel plan (Wood, p. 470). En fait, aucune disposition expresse de la LACC n’interdit à un créancier de voter sur un plan d’arrangement, y compris sur un plan dont il fait la promotion.

[59] Nonobstant ce qui précède, les appelantes soutiennent qu’une interprétation téléologique du par. 22(3) de la LACC révèle que, de façon générale, un créancier ne devrait pas pouvoir voter sur son propre plan. Le paragraphe 22(3) prévoit :

Créancier lié

(3) Le créancier lié à la compagnie peut voter contre, mais non pour, l’acceptation de la transaction ou de l’arrangement.

Les appelantes font remarquer que le par. 22(3) devait permettre d’harmoniser le régime de la LACC avec le par. 54(3) de la LFI, qui dispose que « [u]n créancier qui est lié au débiteur peut voter contre, mais non pour, l’acceptation de la proposition. » Elles soulignent que, en vertu du par. 50(1) de la LFI, seuls les débiteurs peuvent faire la promotion d’un plan; ainsi, le « débiteur » auquel renvoie le par. 54(3) s’entend de *tous* les promoteurs de plan. Elles soutiennent que, si le par. 54(3) vise tous les promoteurs de plan, le par. 22(3) de la LACC doit également les viser. Pour cette raison, les appelantes nous demandent d’étendre la restriction au droit de

creditor who sponsors a plan. They submit that this interpretation gives effect to the underlying intention of both provisions, which they say is to ensure that a creditor who has a conflict of interest cannot “dilute” or overtake the votes of other creditors.

[60] We would not accept this strained interpretation of s. 22(3). Section 22(3) makes no mention of conflicts of interest between creditors and plan sponsors generally. The wording of s. 22(3) only places voting restrictions on creditors who are “related to the [debtor] company”. These words are “precise and unequivocal” and, as such, must “play a dominant role in the interpretive process” (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10). In our view, the appellants’ analogy to the *BIA* is not sufficient to overcome the plain wording of this provision.

[61] While the appellants are correct that s. 22(3) was enacted to harmonize the treatment of related parties in the *CCAA* and *BIA*, its history demonstrates that it is not a general conflict of interest provision. Prior to the amendments incorporating s. 22(3) into the *CCAA*, the *CCAA* clearly allowed creditors to put forward a plan of arrangement (see Houlden, Morawetz and Sarra, at §33, *Red Cross; Re 1078385 Ontario Inc.* (2004), 206 O.A.C. 17). In contrast, under the *BIA*, only debtors could make proposals. Parliament is presumed to have been aware of this obvious difference between the two statutes (see *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 59; see also *Third Eye*, at para. 57). Despite this difference, Parliament imported, with necessary modification, the wording of the *BIA* related creditor provision into the *CCAA*. Going beyond this language entails accepting that Parliament failed to choose the right words to give effect to its intention, which we do not.

voter imposée par le par. 22(3) de manière à ce qu’elle s’applique non seulement aux créanciers « lié[s] à la compagnie », comme le prévoit la disposition, mais aussi à tous les créanciers qui font la promotion d’un plan. Elles soutiennent que cette interprétation donne effet à l’intention sous-jacente aux deux dispositions, intention qui, de dire les appelantes, est de faire en sorte qu’un créancier qui est en conflit d’intérêts ne puisse pas « diluer » ou supplanter le vote des autres créanciers.

[60] Nous n’acceptons pas cette interprétation forcée du par. 22(3). Il n’est nullement question dans cette disposition de conflit d’intérêts entre les créanciers et les promoteurs d’un plan en général. Les restrictions au droit de voter imposées par le par. 22(3) ne s’appliquent qu’aux créanciers qui sont « lié[s] à la compagnie [débitrice] ». Ce libellé est « précis et non équivoque », et il doit ainsi « jouer un rôle primordial dans le processus d’interprétation » (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10). À notre avis, l’analogie que les appelantes font avec la *LFI* ne suffit pas à écarter le libellé clair de cette disposition.

[61] Bien que les appelantes aient raison de dire que l’adoption du par. 22(3) visait à harmoniser le traitement réservé aux parties liées par la *LACC* et la *LFI*, son historique montre qu’il ne s’agit pas d’une disposition générale relative aux conflits d’intérêts. Avant qu’elle soit modifiée et qu’on y incorpore le par. 22(3), la *LACC* permettait clairement aux créanciers de présenter un plan d’arrangement (voir Houlden, Morawetz et Sarra, §33, *Red Cross; Re 1078385 Ontario Inc.* (2004), 206 O.A.C. 17). À l’opposé, en vertu de la *LFI*, seuls les débiteurs pouvaient déposer une proposition. Il faut présumer que le législateur était au fait de cette différence évidente entre les deux lois (voir *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 59; voir aussi *Third Eye*, par. 57). Le législateur a malgré tout importé dans la *LACC*, avec les adaptations nécessaires, le texte de la disposition de la *LFI* portant sur les créanciers liés. Aller au-delà de ce libellé suppose d’accepter que le législateur n’a pas choisi les bons mots pour donner effet à son intention, ce que nous ne ferons pas.

[62] Indeed, Parliament did not mindlessly reproduce s. 54(3) of the *BIA* in s. 22(3) of the *CCAA*. Rather, it made two modifications to the language of s. 54(3) to bring it into conformity with the language of the *CCAA*. First, it changed “proposal” (a defined term in the *BIA*) to “compromise or arrangement” (a term used throughout the *CCAA*). Second, it changed “debtor” to “company”, recognizing that companies are the only kind of debtor that exists in the *CCAA* context.

[63] Our view is further supported by Industry Canada’s explanation of the rationale for s. 22(3) as being to “reduce the ability of debtor companies to organize a restructuring plan that confers additional benefits to related parties” (Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada, *Bill C-12: Clause by Clause Analysis* (online), cl. 71, s. 22 (emphasis added); see also Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, at p. 151).

[64] Finally, we note that the *CCAA* contains other mechanisms that attenuate the concern that a creditor with conflicting legal interests with respect to a plan it proposes may distort the creditors’ vote. Although we reject the appellants’ interpretation of s. 22(3), that section still bars creditors who are related to the debtor company from voting in favour of *any* plan. Additionally, creditors who do not share a sufficient commonality of interest may be forced to vote in separate classes (s. 22(1) and (2)), and, as we will explain, a supervising judge may bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

(2) Discretion to Bar a Creditor From Voting in Furtherance of an Improper Purpose

[65] There is no dispute that the *CCAA* is silent on when a creditor who is otherwise entitled to vote on a plan can be barred from voting. However, *CCAA* supervising judges are often called upon “to sanction measures for which there is no explicit authority in the *CCAA*” (*Century Services*, at para. 61; see also para. 62). In *Century Services*, this Court endorsed

[62] En fait, le législateur n’a pas reproduit de façon irréfléchie, au par. 22(3) de la *LACC*, le texte du par. 54(3) de la *LFI*. Au contraire, il a apporté deux modifications au libellé du par. 54(3) pour l’adapter à celui employé dans la *LACC*. Premièrement, il a remplacé le terme « proposition » (défini dans la *LFI*) par les mots « transaction ou arrangement » (employés tout au long dans la *LACC*). Deuxièmement, il a remplacé « débiteur » par « compagnie », reconnaissant ainsi que les compagnies sont les seuls débiteurs qui existent dans le contexte de la *LACC*.

[63] Notre opinion est en outre appuyée par Industrie Canada, selon qui l’adoption du par. 22(3) se justifie par la volonté de « réduire la capacité des compagnies débitrices d’établir un plan de restructuration apportant des avantages supplémentaires à des personnes qui leur sont liées » (Bureau du surintendant des faillites Canada, *Projet de loi C-12 : analyse article par article* (en ligne), cl. 71, art. 22 (nous soulignons); voir aussi Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, p. 166).

[64] Enfin, nous soulignons que la *LACC* prévoit d’autres mécanismes qui réduisent le risque qu’un créancier en situation de conflit d’intérêts par rapport au plan qu’il propose puisse biaiser le vote des créanciers. Bien que nous rejetions l’interprétation donnée par les appelantes au par. 22(3), ce paragraphe interdit tout de même aux créanciers liés à la compagnie débitrice de voter en faveur de *tout* plan. De plus, les créanciers qui n’ont pas suffisamment d’intérêts en commun pourraient être contraints de voter dans des catégories distinctes (par. 22(1) et (2)); et, comme nous l’expliquerons, le juge surveillant peut empêcher un créancier de voter si ce dernier agit dans un but illégitime.

(2) Le pouvoir discrétionnaire d’interdire à un créancier de voter dans un but illégitime

[65] Il est acquis aux débats que la *LACC* ne contient aucune disposition énonçant les circonstances dans lesquelles un créancier, autrement admissible à voter sur un plan, peut être empêché de le faire. Toutefois, les juges chargés d’appliquer la *LACC* sont souvent appelés à « sanctionner des mesures non expressément prévues par la *LACC* »

a “hierarchical” approach to determining whether jurisdiction exists to sanction a proposed measure: “. . . courts [must] rely first on an interpretation of the provisions of the *CCAA* text before turning to inherent or equitable jurisdiction to anchor measures taken in a *CCAA* proceeding” (para. 65). In most circumstances, a purposive and liberal interpretation of the provisions of the *CCAA* will be sufficient “to ground measures necessary to achieve its objectives” (para. 65).

[66] Applying this approach, we conclude that jurisdiction exists under s. 11 of the *CCAA* to bar a creditor from voting on a plan of arrangement or compromise where the creditor is acting for an improper purpose.

[67] Courts have long recognized that s. 11 of the *CCAA* signals legislative endorsement of the “broad reading of *CCAA* authority developed by the jurisprudence” (*Century Services*, at para. 68). Section 11 states:

General power of court

11 Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

On the plain wording of the provision, the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the *CCAA* itself, and the requirement that the order made be “appropriate in the circumstances”.

[68] Where a party seeks an order relating to a matter that falls within the supervising judge’s purview, and for which there is no *CCAA* provision conferring more specific jurisdiction, s. 11 necessarily is the

(*Century Services*, par. 61; voir aussi par. 62). Dans l’arrêt *Century Services*, notre Cour a souscrit à l’approche « hiérarchisée » qui vise à déterminer si le tribunal a compétence pour sanctionner une mesure proposée : « . . . les tribunaux procédèrent d’abord à une interprétation des dispositions de la *LACC* avant d’invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour justifier des mesures prises dans le cadre d’une procédure fondée sur la *LACC* » (par. 65). Dans la plupart des cas, une interprétation téléologique et large des dispositions de la *LACC* suffira à « justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs » (par. 65).

[66] Après avoir appliqué cette approche, nous concluons que l’art. 11 de la *LACC* confère au tribunal le pouvoir d’interdire à un créancier de voter sur un plan d’arrangement ou une transaction s’il agit dans un but illégitime.

[67] Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que le libellé de l’art. 11 de la *LACC* indique que le législateur a sanctionné « l’interprétation large du pouvoir conféré par la *LACC* qui a été élaborée par la jurisprudence » (*Century Services*, par. 68). L’article 11 est ainsi libellé :

Pouvoir général du tribunal

11 Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie débitrice, rendre, sur demande d’un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu’il estime indiquée.

Selon le libellé clair de la disposition, le pouvoir conféré par l’art. 11 n’est limité que par les restrictions imposées par la *LACC* elle-même, ainsi que par l’exigence que l’ordonnance soit « indiquée » dans les circonstances.

[68] Lorsqu’une partie sollicite une ordonnance relativement à une question qui entre dans le champ de compétence du juge surveillant, mais pour laquelle aucune disposition de la *LACC* ne confère plus

provision of first resort in anchoring jurisdiction. As Blair J.A. put it in *Stelco*, s. 11 “for the most part supplants the need to resort to inherent jurisdiction” in the CCAA context (para. 36).

[69] Oversight of the plan negotiation, voting, and approval process falls squarely within the supervising judge’s purview. As indicated, there are no specific provisions in the CCAA which govern when a creditor who is otherwise eligible to vote on a plan may nonetheless be barred from voting. Nor is there any provision in the CCAA which suggests that a creditor has an absolute right to vote on a plan that cannot be displaced by a proper exercise of judicial discretion. However, given that the CCAA regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, creditors should only be barred from voting where the circumstances demand such an outcome. In other words, it is necessarily a discretionary, circumstance-specific inquiry.

[70] Thus, it is apparent that s. 11 serves as the source of the supervising judge’s jurisdiction to issue a discretionary order barring a creditor from voting on a plan of arrangement. The exercise of this discretion must further the remedial objectives of the CCAA and be guided by the baseline considerations of appropriateness, good faith, and due diligence. This means that, where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to those objectives — that is, acting for an “improper purpose” — the supervising judge has the discretion to bar that creditor from voting.

[71] The discretion to bar a creditor from voting in furtherance of an improper purpose under the CCAA parallels the similar discretion that exists under the BIA, which was recognized in *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296. In *Laserworks*, the Nova Scotia

précisément compétence, l’art. 11 est nécessairement la disposition à laquelle on peut recourir d’emblée pour fonder la compétence du tribunal. Comme l’a dit le juge Blair dans l’arrêt *Stelco*, l’art. 11 [TRA-DUCTION] « fait en sorte que la plupart du temps, il est inutile de recourir à la compétence inhérente » dans le contexte de la LACC (par. 36).

[69] La supervision des négociations entourant le plan, tout comme le vote et le processus d’approbation, relève nettement de la compétence du juge surveillant. Comme nous l’avons dit, aucune disposition de la LACC ne vise le cas où un créancier par ailleurs admissible à voter sur un plan peut néanmoins être empêché de le faire. Il n’existe non plus aucune disposition de la LACC selon laquelle le droit que possède un créancier de voter sur un plan est absolu et que ce droit ne peut pas être écarté par l’exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Toutefois, étant donné le régime de la LACC, dont l’un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l’exigent. Autrement dit, il faut nécessairement procéder à un examen discrétionnaire axé sur les circonstances propres à chaque situation.

[70] L’article 11 constitue donc manifestement la source de la compétence du juge surveillant pour rendre une ordonnance discrétionnaire empêchant un créancier de voter sur un plan d’arrangement. L’exercice du pouvoir discrétionnaire doit favoriser la réalisation des objets réparateurs de la LACC et être fondé sur les considérations de base que sont l’opportunité, la bonne foi et la diligence. Cela signifie que, lorsqu’un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer, à miner ces objectifs ou à aller à l’encontre de ceux-ci — c’est-à-dire à agir dans un « but illégitime » — le juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d’empêcher le créancier de voter.

[71] Le pouvoir discrétionnaire d’empêcher un créancier de voter dans un but illégitime au sens de la LACC s’apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la LFI, lequel a été reconnu dans l’arrêt *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R.

Court of Appeal concluded that the discretion to bar a creditor from voting in this way stemmed from the court's power, inherent in the scheme of the *BIA*, to supervise “[e]ach step in the bankruptcy process” (at para. 41), as reflected in ss. 43(7), 108(3), and 187(9) of the Act. The court explained that s. 187(9) specifically grants the power to remedy a “substantial injustice”, which arises “when the *BIA* is used for an improper purpose” (para. 54). The court held that “[a]n improper purpose is any purpose collateral to the purpose for which the bankruptcy and insolvency legislation was enacted by Parliament” (para. 54).

[72] While not determinative, the existence of this discretion under the *BIA* lends support to the existence of similar discretion under the *CCAA* for two reasons.

[73] First, this conclusion would be consistent with this Court's recognition that the *CCAA* “offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion” than the *BIA* (*Century Services*, at para. 14 (emphasis added)).

[74] Second, this Court has recognized the benefits of harmonizing the two statutes to the extent possible. For example, in *Indalex*, the Court observed that “in order to avoid a race to liquidation under the *BIA*, courts will favour an interpretation of the *CCAA* that affords creditors analogous entitlements” to those received under the *BIA* (para. 51; see also *Century Services*, at para. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, at paras. 34-46). Thus, where the statutes are capable of bearing a harmonious interpretation, that interpretation ought to be preferred “to avoid the ills that can arise from [insolvency] ‘statute-shopping’” (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, at para. 78; see also para. 73). In our view, the articulation of “improper purpose” set out in *Laserworks* — that is, any purpose collateral to the purpose of insolvency legislation — is entirely harmonious with the nature and scope of judicial discretion afforded by the *CCAA*. Indeed, as we have explained, this

(2d) 296. Dans *Laserworks*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter de cette façon découlait du pouvoir du tribunal, inhérent au régime établi par la *LFI*, de superviser [TRADUCTION] « [c]haque étape du processus de faillite » (par. 41), comme l'indiquent les par. 43(7), 108(3) et 187(9) de la Loi. La cour a expliqué que le par. 187(9) confère expressément le pouvoir de remédier à une « injustice grave », laquelle se produit « lorsque la *LFI* est utilisée dans un but illégitime » (par. 54). La cour a statué que « [l]e but illégitime est un but qui est accessoire à l'objet pour lequel la loi en matière de faillite et d'insolvabilité a été adoptée par le législateur » (par. 54).

[72] Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'existence de ce pouvoir discrétionnaire en vertu de la *LFI* étaye l'existence d'un pouvoir discrétionnaire semblable en vertu de la *LACC* pour deux raisons.

[73] D'abord, cette conclusion serait compatible avec le fait que la Cour a reconnu que la *LACC* « établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire » que sous le régime de la *LFI* (*Century Services*, par. 14 (nous soulignons)).

[74] Ensuite, la Cour a reconnu les bienfaits de l'harmonisation, dans la mesure du possible, des deux lois. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Indalex*, la Cour a souligné que « pour éviter de précipiter une liquidation sous le régime de la *LFI*, les tribunaux privilégieront une interprétation de la *LACC* qui confère [. . .] aux créanciers [des droits analogues] » à ceux dont ils jouissent en vertu de la *LFI* (par. 51; voir également *Century Services*, par. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, par. 34-46). Ainsi, lorsque les lois permettent une interprétation harmonieuse, il y a lieu de retenir cette interprétation [TRADUCTION] « afin d'écartier les embûches pouvant découler du choix des créanciers de “recourir à la loi la plus favorable” [en matière d'insolvabilité] » (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, par. 78; voir aussi par. 73). À notre avis, la manière dont a été formulé le « but illégitime » dans l'arrêt *Laserworks* — c'est-à-dire un but accessoire à l'objet de la loi en

discretion is to be exercised in accordance with the CCAA's objectives as an insolvency statute.

[75] We also observe that the recognition of this discretion under the CCAA advances the basic fairness that “permeates Canadian insolvency law and practice” (Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at p. 27; see also *Century Services*, at paras. 70 and 77). As Professor Sarra observes, fairness demands that supervising judges be in a position to recognize and meaningfully address circumstances in which parties are working against the goals of the statute:

The Canadian insolvency regime is based on the assumption that creditors and the debtor share a common goal of maximizing recoveries. The substantive aspect of fairness in the insolvency regime is based on the assumption that all involved parties face real economic risks. Unfairness resides where only some face these risks, while others actually benefit from the situation . . . If the CCAA is to be interpreted in a purposive way, the courts must be able to recognize when people have conflicting interests and are working actively against the goals of the statute. [Emphasis added.]

(“The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at p. 30)

In this vein, the supervising judge’s oversight of the CCAA voting regime must not only ensure strict compliance with the Act, but should further its goals as well. We are of the view that the policy objectives of the CCAA necessitate the recognition of the discretion to bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

matière d’insolvabilité — s’harmonise parfaitement avec la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire judiciaire que confère la LACC. En effet, comme nous l’avons expliqué, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux objets de la LACC en tant que loi en matière d’insolvabilité.

[75] Nous soulignons également que la reconnaissance de l’existence de ce pouvoir discrétionnaire sous le régime de la LACC favorise l’équité fondamentale qui [TRADUCTION] « imprègne le droit et la pratique en matière d’insolvabilité au Canada » (Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 27; voir également *Century Services*, par. 70 et 77). Comme le fait observer la professeure Sarra, l’équité commande que les juges surveillants soient en mesure de reconnaître les situations où les parties empêchent la réalisation des objectifs de la loi et de prendre des mesures utiles à leur égard :

[TRADUCTION] Le régime d’insolvabilité canadien repose sur la présomption que les créanciers et le débiteur ont pour objectif commun de maximiser les recouvrements. L’aspect substantiel de la justice dans le régime d’insolvabilité repose sur la présomption que toutes les parties concernées sont exposées à de réels risques économiques. L’injustice réside dans les situations où seules certaines personnes sont exposées aux risques, tandis que d’autres tirent en fait avantage de la situation. [. . .] Si l’on veut que la LACC reçoive une interprétation téléologique, les tribunaux doivent être en mesure de reconnaître les situations où les gens ont des intérêts opposés et s’emploient activement à contrecarrer les objectifs de la loi. [Nous soulignons.]

(« The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 30)

Dans le même ordre d’idées, la surveillance du régime de droit de vote prévu par la LACC qu’exerce le juge surveillant ne doit pas seulement assurer une application stricte de la Loi, mais doit aussi favoriser la réalisation de ses objectifs. Nous estimons que la réalisation des objectifs de politique de la LACC nécessite la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire d’empêcher un créancier de voter s’il agit dans un but illégitime.

[76] Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that must balance the various objectives of the CCAA. As this case demonstrates, the supervising judge is best-positioned to undertake this inquiry.

(3) The Supervising Judge Did Not Err in Prohibiting Callidus From Voting

[77] In our view, the supervising judge’s decision to bar Callidus from voting on the New Plan discloses no error justifying appellate intervention. As we have explained, discretionary decisions like this one must be approached from the appropriate posture of deference. It bears mentioning that, when he made this decision, the supervising judge was intimately familiar with Bluberi’s CCAA proceedings. He had presided over them for over 2 years, received 15 reports from the Monitor, and issued approximately 25 orders.

[78] The supervising judge considered the whole of the circumstances and concluded that Callidus’s vote would serve an improper purpose (paras. 45 and 48). We agree with his determination. He was aware that, prior to the vote on the First Plan, Callidus had chosen not to value *any* of its claim as unsecured and later declined to vote at all — despite the Monitor explicitly inviting it to do so.⁴ The supervising judge was also aware that Callidus’s First Plan had failed to receive the other creditors’ approval at the creditors’ meeting of December 15, 2017, and that Callidus had chosen not to take the opportunity to amend or increase the value of its plan at that time, which it was entitled to do (see CCAA, ss. 6 and 7; Monitor, I.F., at para. 17). Between the failure of the First Plan and the proposal of the New Plan — which was identical to the First Plan, save for a modest increase of \$250,000 — none of the factual circumstances relating to Bluberi’s financial or business

⁴ It bears noting that the Monitor’s statement in this regard did not decide whether Callidus would ultimately have been entitled to vote on the First Plan. Because Callidus did not even attempt to vote on the First Plan, this question was never put to the supervising judge.

[76] La question de savoir s’il y a lieu d’exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation qui doit mettre en balance les divers objectifs de la LACC. Comme le démontre le présent dossier, le juge surveillant est le mieux placé pour procéder à cette analyse.

(3) Le juge surveillant n’a pas commis d’erreur en interdisant à Callidus de voter

[77] À notre avis, la décision du juge surveillant d’empêcher Callidus de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l’intervention d’une cour d’appel. Comme nous l’avons expliqué, il faut adopter l’attitude de déférence appropriée à l’égard des décisions discrétionnaires de ce genre. Il convient de mentionner que, lorsqu’il a rendu sa décision, le juge surveillant connaissait très bien les procédures fondées sur la LACC relatives à Bluberi. Il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances.

[78] Le juge surveillant a tenu compte de l’ensemble des circonstances et a conclu que le vote de Callidus viserait un but illégitime (par. 45 et 48). Nous sommes d’accord avec cette conclusion. Il savait qu’avant le vote sur le premier plan, Callidus avait choisi de n’évaluer *aucune partie* de sa réclamation à titre de créancier non garanti et s’était par la suite abstenue de voter — bien que le contrôleur l’ait expressément invité à le faire⁴. Le juge surveillant savait aussi que le premier plan de Callidus n’avait pas reçu l’aval des autres créanciers à l’assemblée des créanciers tenue le 15 décembre 2017, et que Callidus avait choisi de ne pas profiter de l’occasion pour modifier ou augmenter la valeur de son plan à ce moment-là, ce qu’elle était en droit de faire (voir LACC, art. 6 et 7; contrôleur, m.i., par. 17). Entre l’insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan — qui était identique au premier plan, hormis la modeste augmentation de 250 000 \$ — les

⁴ Il convient de souligner que la déclaration du contrôleur à cet égard ne permettait pas de décider si Callidus aurait finalement eu le droit de voter sur le premier plan. Comme Callidus n’a même pas essayé de voter sur le premier plan, cette question n’a jamais été soumise au juge surveillant.

affairs had materially changed. However, Callidus sought to value the *entirety* of its security at *nil* and, on that basis, sought leave to vote on the New Plan as an unsecured creditor. If Callidus were permitted to vote in this way, the New Plan would certainly have met the s. 6(1) threshold for approval. In these circumstances, the inescapable inference was that Callidus was attempting to strategically value its security to acquire control over the outcome of the vote and thereby circumvent the creditor democracy the CCAA protects. Put simply, Callidus was seeking to take a “second kick at the can” and manipulate the vote on the New Plan. The supervising judge made no error in exercising his discretion to prevent Callidus from doing so.

[79] Indeed, as the Monitor observes, “[o]nce a plan of arrangement or proposal has been submitted to the creditors of a debtor for voting purposes, to order a second creditors’ meeting to vote on a substantially similar plan would not advance the policy objectives of the CCAA, nor would it serve and enhance the public’s confidence in the process or otherwise serve the ends of justice” (I.F., at para. 18). This is particularly the case given that the cost of having another meeting to vote on the New Plan would have been upwards of \$200,000 (see supervising judge’s reasons, at para. 72).

[80] We add that Callidus’s course of action was plainly contrary to the expectation that parties act with due diligence in an insolvency proceeding — which, in our view, includes acting with due diligence in valuing their claims and security. At all material times, Bluberi’s Retained Claims have been the sole asset securing Callidus’s claim. Callidus has pointed to nothing in the record that indicates that the value of the Retained Claims has changed. Had Callidus been of the view that the Retained Claims had no value, one would have expected Callidus to have valued its security accordingly prior to the vote on the First Plan, if not earlier. Parenthetically, we note that, irrespective of the timing, an attempt at

circonstances factuelles se rapportant aux affaires financières ou commerciales de Bluberi n’avaient pas réellement changé. Pourtant, Callidus a tenté d’évaluer la *totalité* de sa sûreté à *zéro* et, sur cette base, a demandé l’autorisation de voter sur le nouveau plan à titre de créancier non garanti. Si Callidus avait été autorisée à voter de cette façon, le nouveau plan aurait certainement satisfait au critère d’approbation prévu par le par. 6(1). Dans ces circonstances, la seule conclusion possible était que Callidus tentait d’évaluer stratégiquement la valeur de sa sûreté afin de prendre le contrôle du vote et ainsi contourner la démocratie entre les créanciers que défend la LACC. En termes simples, Callidus cherchait à « se donner une seconde chance » et à manipuler le vote sur le nouveau plan. Le juge surveillant n’a pas commis d’erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour empêcher Callidus de le faire.

[79] En effet, comme le fait observer le contrôleur, [TRADUCTION] « [u]ne fois que le plan d’arrangement ou la proposition ont été présentés aux créanciers du débiteur aux fins d’un vote, le fait d’ordonner la tenue d’une seconde assemblée des créanciers pour voter sur un plan à peu près semblable ne favoriserait pas la réalisation des objectifs de politique de la LACC, pas plus qu’il ne servirait ou n’accroîtrait la confiance du public dans le processus ou ne servirait par ailleurs les fins de la justice » (m.i., par. 18). C’est particulièrement le cas en l’espèce étant donné que la tenue d’une autre assemblée pour voter sur le nouveau plan aurait coûté plus de 200 000 \$ (voir les motifs du juge surveillant, par. 72).

[80] Ajoutons que la façon d’agir de Callidus était manifestement contraire à l’attente selon laquelle les parties agissent avec diligence dans les procédures d’insolvabilité — ce qui, à notre avis, comprend le fait de faire preuve de diligence raisonnable dans l’évaluation de leurs réclamations et sûretés. Pendant toute la période pertinente, les réclamations retenues de Bluberi ont constitué les seuls éléments d’actif garantissant la réclamation de Callidus. Cette dernière n’a rien relevé dans le dossier qui indique que la valeur des réclamations retenues a changé. Si Callidus estimait que les réclamations retenues n’avaient aucune valeur, on se serait attendu à ce qu’elle ait évalué sa sûreté en conséquence avant

such a valuation may well have failed. This would have prevented Callidus from voting as an unsecured creditor, even in the absence of Callidus's improper purpose.

[81] As we have indicated, discretionary decisions attract a highly deferential standard of review. Deference demands that review of a discretionary decision begin with a proper characterization of the basis for the decision. Respectfully, the Court of Appeal failed in this regard. The Court of Appeal seized on the supervising judge's somewhat critical comments relating to Callidus's goal of being released from the Retained Claims and its conduct throughout the proceedings as being incapable of grounding a finding of improper purpose. However, as we have explained, these considerations did not drive the supervising judge's conclusion. His conclusion was squarely based on Callidus' attempt to manipulate the creditors' vote to ensure that its New Plan would succeed where its First Plan had failed (see supervising judge's reasons, at paras. 45-48). We see nothing in the Court of Appeal's reasons that grapples with this decisive impropriety, which goes far beyond a creditor merely acting in its own self-interest.

[82] In sum, we see nothing in the supervising judge's reasons on this point that would justify appellate intervention. Callidus was properly barred from voting on the New Plan.

[83] Before moving on, we note that the Court of Appeal addressed two further issues: whether Callidus is "related" to Bluberi within the meaning of s. 22(3) of the *CCAA*; and whether, if permitted to vote, Callidus should be ordered to vote in a separate class from Bluberi's other creditors (see *CCAA*, s. 22(1) and (2)). Given our conclusion that the supervising judge did not err in barring Callidus from voting on the New Plan on the basis that Callidus was acting for an improper purpose, it is unnecessary to

le vote sur le premier plan, voire même plus tôt. Nous ouvrons une parenthèse pour souligner que, peu importe le moment, la tentative d'évaluer ainsi la sûreté aurait pu fort bien échouer. Cela aurait empêché Callidus de voter à titre de créancier non garanti même si elle ne poursuivait pas de but illégitime.

[81] Comme nous l'avons indiqué, les décisions discrétionnaires appellent une norme de contrôle empreinte d'une grande déférence. La déférence commande que l'examen d'une décision discrétionnaire commence par la qualification appropriée du fondement de la décision. Soit dit en tout respect, la Cour d'appel a échoué à cet égard. La Cour d'appel s'est saisie des commentaires quelque peu critiques formulés par le juge surveillant à l'égard de l'objectif de Callidus d'être libérée des réclamations retenues et de la conduite de celle-ci tout au long des procédures pour affirmer qu'il ne s'agissait pas de considérations pouvant donner lieu à une conclusion de but illégitime. Toutefois, comme nous l'avons expliqué, ce ne sont pas ces considérations qui ont amené le juge surveillant à tirer sa conclusion. Sa conclusion reposait nettement sur la tentative de Callidus de manipuler le vote des créanciers pour faire en sorte que son nouveau plan soit retenu alors que son premier plan ne l'avait pas été (voir les motifs du juge surveillant, par. 45-48). Nous ne voyons rien dans les motifs de la Cour d'appel qui s'attaque à cette irrégularité déterminante, qui va beaucoup plus loin que le simple fait pour un créancier d'agir dans son propre intérêt.

[82] En résumé, nous ne voyons rien dans les motifs du juge surveillant sur ce point qui justifie l'intervention d'une cour d'appel. Callidus a été à juste titre empêchée de voter sur le nouveau plan.

[83] Avant de passer au prochain point, soulignons que la Cour d'appel a abordé deux questions supplémentaires : Callidus est-elle « liée » à Bluberi au sens du par. 22(3) de la *LACC*? Si Callidus est autorisée à voter, convient-il de lui ordonner de voter dans une catégorie distincte des autres créanciers de Bluberi (voir la *LACC*, par. 22(1) et (2))? Vu notre conclusion que le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en interdisant à Callidus de voter sur le nouveau plan au motif qu'elle avait agi dans un but illégitime, il n'est

address either of these issues. However, nothing in our reasons should be read as endorsing the Court of Appeal’s analysis of them.

C. Bluberi’s LFA Should Be Approved as Interim Financing

[84] In our view, the supervising judge made no error in approving the LFA as interim financing pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*. Interim financing is a flexible tool that may take on a range of forms. As we will explain, third party litigation funding may be one such form. Whether third party litigation funding should be approved as interim financing is a case-specific inquiry that should have regard to the text of s. 11.2 and the remedial objectives of the *CCAA* more generally.

(1) Interim Financing and Section 11.2 of the *CCAA*

[85] Interim financing, despite being expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*, is not defined in the Act. Professor Sarra has described it as “refer[ring] primarily to the working capital that the debtor corporation requires in order to keep operating during restructuring proceedings, as well as to the financing to pay the costs of the workout process” (*Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 197). Interim financing used in this way — sometimes referred to as “debtor-in-possession” financing — protects the going-concern value of the debtor company while it develops a workable solution to its insolvency issues (p. 197; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at paras. 7, 9 and 24; *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (Que. Sup. Ct.), at para. 32). That said, interim financing is not limited to providing debtor companies with immediate operating capital. Consistent with the remedial objectives of the *CCAA*, interim financing

pas nécessaire de se prononcer sur l’une ou l’autre de ces questions. Cependant, rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme souscrivant à l’analyse que la Cour d’appel a faite de ces questions.

C. L’AFL de Bluberi devrait être approuvé à titre de financement temporaire

[84] À notre avis, le juge surveillant n’a commis aucune erreur en approuvant l’AFL à titre de financement temporaire en vertu de l’art. 11.2 de la *LACC*. Le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes. Comme nous l’expliquerons, le financement d’un litige par un tiers peut constituer l’une de ces formes. La question de savoir s’il y a lieu d’approuver le financement d’un litige par un tiers à titre de financement temporaire commande une analyse fondée sur les faits de l’espèce qui doit tenir compte du libellé de l’art. 11.2 et des objectifs réparateurs de la *LACC* de façon plus générale.

(1) Le financement temporaire et l’art. 11.2 de la *LACC*

[85] Bien qu’il soit expressément prévu par l’art. 11.2 de la *LACC*, le financement temporaire n’est pas défini dans la Loi. La professeure Sarra l’a décrit comme [TRADUCTION] « vis[ant] principalement le fonds de roulement dont a besoin la société débitrice pour continuer de fonctionner pendant la restructuration ainsi que les fonds nécessaires pour payer les frais liés au processus de sauvetage » (*Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, p. 197). Utilisé de cette façon, le financement temporaire — parfois appelé financement de [TRADUCTION] « débiteur-exploitant » — protège la valeur d’exploitation de la compagnie débitrice pendant qu’elle met au point une solution viable à ses problèmes d’insolvabilité (p. 197; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 7, 9 et 24; *Boutiques San Francisco Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (C.S. Qc), par. 32). Cela dit, le financement temporaire ne se limite pas à fournir un fonds de roulement

at its core enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets.

[86] Since 2009, s. 11.2(1) of the CCAA has codified a supervising judge's discretion to approve interim financing, and to grant a corresponding security or charge in favour of the lender in the amount the judge considers appropriate:

Interim financing

11.2 (1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, a court may make an order declaring that all or part of the company's property is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in favour of a person specified in the order who agrees to lend to the company an amount approved by the court as being required by the company, having regard to its cash-flow statement. The security or charge may not secure an obligation that exists before the order is made.

[87] The breadth of a supervising judge's discretion to approve interim financing is apparent from the wording of s. 11.2(1). Aside from the protections regarding notice and pre-filing security, s. 11.2(1) does not mandate any standard form or terms.⁵ It simply provides that the financing must be in an amount that is "appropriate" and "required by the company, having regard to its cash-flow statement".

⁵ A further exception has been codified in the 2019 amendments to the CCAA, which create s. 11.2(5) (see *Budget Implementation Act, 2019, No. 1*, s. 138). This section provides that at the time an initial order is sought, "no order shall be made under subsection [11.2](1) unless the court is also satisfied that the terms of the loan are limited to what is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business during that period". This provision does not apply in this case, and the parties have not relied on it. However, it may be that it restricts the ability of supervising judges to approve LFAs as interim financing at the time of granting an Initial Order.

immédiat aux compagnies débitrices. Conformément aux objectifs réparateurs de la LACC, le financement temporaire permet essentiellement de préserver et de réaliser la valeur des éléments d'actif du débiteur.

[86] Depuis 2009, le par. 11.2(1) de la LACC a codifié le pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver le financement temporaire et d'accorder une charge ou une sûreté correspondante, d'un montant qu'il estime indiqué, en faveur du prêteur :

Financement temporaire

11.2 (1) Sur demande de la compagnie débitrice, le tribunal peut par ordonnance, sur préavis de la demande aux créanciers garantis qui seront vraisemblablement touchés par la charge ou sûreté, déclarer que tout ou partie des biens de la compagnie sont grevés d'une charge ou sûreté — d'un montant qu'il estime indiqué — en faveur de la personne nommée dans l'ordonnance qui accepte de prêter à la compagnie la somme qu'il approuve compte tenu de l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de celle-ci. La charge ou sûreté ne peut garantir qu'une obligation postérieure au prononcé de l'ordonnance.

[87] L'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver le financement temporaire ressort du libellé du par. 11.2(1). Abstraction faite des protections concernant le préavis et les sûretés constituées avant le dépôt des procédures, le par. 11.2(1) ne prescrit aucune forme ou condition type⁵. Il prévoit simplement que le financement doit être d'un montant qui est « indiqué » et qui tient compte de « l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de [la compagnie] ».

⁵ Une autre exception a été codifiée dans les modifications apportées en 2019 à la LACC qui créent le par. 11.2(5) (voir *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019*, art. 138). Cet article prévoit que, lorsqu'une ordonnance relative à la demande initiale a été demandée, « le tribunal ne rend l'ordonnance visée au paragraphe [11.2](1) que s'il est également convaincu que les modalités du financement temporaire demandé sont limitées à ce qui est normalement nécessaire à la continuation de l'exploitation de la compagnie débitrice dans le cours ordinaire de ses affaires durant cette période ». Cette disposition ne s'applique pas en l'espèce, et les parties ne l'ont pas invoquée. Toutefois, il se peut qu'elle ait pour effet d'empêcher les juges surveillants d'approuver des AFL à titre de financement temporaire au moment où l'ordonnance relative à la demande initiale est rendue.

[88] The supervising judge may also grant the lender a “super-priority charge” that will rank in priority over the claims of any secured creditors, pursuant to s. 11.2(2):

Priority — secured creditors

(2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

[89] Such charges, also known as “priming liens”, reduce lenders’ risks, thereby incentivizing them to assist insolvent companies (Innovation, Science and Economic Development Canada, *Archived — Bill C-55: clause by clause analysis*, last updated December 29, 2016 (online), cl. 128, s. 11.2; Wood, at p. 387). As a practical matter, these charges are often the only way to encourage this lending. Normally, a lender protects itself against lending risk by taking a security interest in the borrower’s assets. However, debtor companies under CCAA protection will often have pledged all or substantially all of their assets to other creditors. Accordingly, without the benefit of a super-priority charge, an interim financing lender would rank behind those other creditors (McElcheran, at pp. 298-99). Although super-priority charges do subordinate secured creditors’ security positions to the interim financing lender’s — a result that was controversial at common law — Parliament has indicated its general acceptance of the trade-offs associated with these charges by enacting s. 11.2(2) (see M. B. Rotsztain and A. Dostal, “Debtor-In-Possession Financing”, in S. Ben-Ishai and A. Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond* (2007), 227, at pp. 228-29 and 240-50). Indeed, this balance was expressly considered by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce that recommended codifying interim financing in the CCAA (pp. 100-104).

[90] Ultimately, whether proposed interim financing should be approved is a question that the supervising judge is best-placed to answer. The CCAA

[88] Le juge surveillant peut également accorder au prêteur une « charge super prioritaire » qui aura priorité sur toute réclamation des créanciers garantis, en vertu du par. 11.2(2) :

Priorité — créanciers garantis

(2) Le tribunal peut préciser, dans l’ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie.

[89] Ces charges, également appelées « superprivilèges », réduisent les risques des prêteurs, les incitant ainsi à aider les compagnies insolvables (Innovation, Sciences et Développement économique Canada, *Archivé — Projet de loi C-55 : analyse article par article*, dernière mise à jour le 29 décembre 2016 (en ligne), cl. 128, art. 11.2; Wood, p. 387). Sur le plan pratique, ces charges constituent souvent le seul moyen d’encourager ce type de prêt. Généralement, le prêteur se protège contre le risque de crédit en prenant une sûreté sur les éléments d’actifs de l’emprunteur. Or, les compagnies débitrices qui sont sous la protection de la LACC ont souvent donné en gage la totalité ou la presque totalité de leurs actifs à d’autres créanciers. En l’absence d’une charge super prioritaire, le prêteur qui accepte d’apporter un financement temporaire prendrait rang derrière les autres créanciers (McElcheran, p. 298-299). Bien que la charge super prioritaire subordonne les sûretés des créanciers garantis à celle du prêteur qui apporte un financement temporaire — un résultat qui a suscité la controverse en common law — le législateur a signifié son acceptation générale des transactions allant de pair avec ces charges en adoptant le par. 11.2(2) (voir M. B. Rotsztain et A. Dostal, « Debtor-In-Possession Financing », dans S. Ben-Ishai et A. Duggan, dir., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond* (2007), 227, p. 228-229 et 240-250). En effet, cet équilibre a été expressément pris en considération par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, qui a recommandé la codification du financement temporaire dans la LACC (p. 111-115).

[90] Au bout du compte, la question de savoir s’il y a lieu d’approuver le financement temporaire projeté est une question à laquelle le juge surveillant est le

sets out a number of factors that help guide the exercise of this discretion. The inclusion of these factors in s. 11.2 was informed by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce’s view that they would help meet the “fundamental principles” that have guided the development of Canadian insolvency law, including “fairness, predictability and efficiency” (p. 103; see also Innovation, Science and Economic Development Canada, cl. 128, s. 11.2). In deciding whether to grant interim financing, the supervising judge is to consider the following non-exhaustive list of factors:

Factors to be considered

(4) In deciding whether to make an order, the court is to consider, among other things,

- (a) the period during which the company is expected to be subject to proceedings under this Act;
- (b) how the company’s business and financial affairs are to be managed during the proceedings;
- (c) whether the company’s management has the confidence of its major creditors;
- (d) whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company;
- (e) the nature and value of the company’s property;
- (f) whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the security or charge; and
- (g) the monitor’s report referred to in paragraph 23(1)(b), if any.

(CCAA, s. 11.2(4))

[91] Prior to the coming into force of the above provisions in 2009, courts had been using the general discretion conferred by s. 11 to authorize interim financing and associated super-priority charges

mieux placé pour répondre. La LACC énonce un certain nombre de facteurs qui encadrent l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. L’inclusion de ces facteurs dans le par. 11.2 reposait sur le point de vue du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce selon lequel ils permettraient de respecter les « principes fondamentaux » ayant guidé la conception des lois en matière d’insolvabilité au Canada, notamment « l’équité, la prévisibilité et l’efficience » (p. 115; voir également Innovation, Sciences et Développement économique Canada, cl. 128, art. 11.2). Pour décider s’il y a lieu d’accorder le financement temporaire, le juge surveillant doit prendre en considération les facteurs non exhaustifs suivants :

Facteurs à prendre en considération

(4) Pour décider s’il rend l’ordonnance, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants :

- a) la durée prévue des procédures intentées à l’égard de la compagnie sous le régime de la présente loi;
- b) la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures;
- c) la question de savoir si ses dirigeants ont la confiance de ses créanciers les plus importants;
- d) la question de savoir si le prêt favorisera la conclusion d’une transaction ou d’un arrangement viable à l’égard de la compagnie;
- e) la nature et la valeur des biens de la compagnie;
- f) la question de savoir si la charge ou sûreté causera un préjudice sérieux à l’un ou l’autre des créanciers de la compagnie;
- g) le rapport du contrôleur visé à l’alinéa 23(1)b).

(LACC, par. 11.2(4))

[91] Avant l’entrée en vigueur en 2009 des dispositions susmentionnées, les tribunaux utilisaient le pouvoir discrétionnaire général que confère l’art. 11 pour autoriser le financement temporaire

(*Century Services*, at para. 62). Section 11.2 largely codifies the approaches those courts have taken (Wood, at p. 388; McElcheran, at p. 301). As a result, where appropriate, guidance may be drawn from the pre-codification interim financing jurisprudence.

[92] As with other measures available under the CCAA, interim financing is a flexible tool that may take different forms or attract different considerations in each case. Below, we explain that third party litigation funding may, in appropriate cases, be one such form.

(2) Supervising Judges May Approve Third Party Litigation Funding as Interim Financing

[93] Third party litigation funding generally involves “a third party, otherwise unconnected to the litigation, agree[ing] to pay some or all of a party’s litigation costs, in exchange for a portion of that party’s recovery in damages or costs” (R. K. Agarwal and D. Fenton, “Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context” (2017), 59 *Can. Bus. L.J.* 65, at p. 65). Third party litigation funding can take various forms. A common model involves the litigation funder agreeing to pay a plaintiff’s disbursements and indemnify the plaintiff in the event of an adverse cost award in exchange for a share of the proceeds of any successful litigation or settlement (see *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Bayens*).

[94] Outside of the CCAA context, the approval of third party litigation funding agreements has been somewhat controversial. Part of that controversy arises from the potential of these agreements to offend the common law doctrines of champerty and

et la constitution des charges super prioritaires s’y rattachant (*Century Services*, par. 62). L’article 11.2 codifie en grande partie les approches adoptées par ces tribunaux (Wood, p. 388; McElcheran, p. 301). En conséquence, il est possible, le cas échéant, de s’inspirer de la jurisprudence relative au financement temporaire antérieure à la codification.

[92] Comme c’est le cas pour les autres mesures susceptibles d’être prises sous le régime de la LACC, le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes ou faire intervenir différentes considérations dans chaque cas. Comme nous l’expliquerons plus loin, le financement d’un litige par un tiers peut, dans les cas qui s’y prêtent, constituer l’une de ces formes.

(2) Les juges surveillants peuvent approuver le financement d’un litige par un tiers à titre de financement temporaire

[93] Le financement d’un litige par un tiers met généralement en cause [TRADUCTION] « un tiers, n’ayant par ailleurs aucun lien avec le litige, [qui] accepte de payer une partie ou la totalité des frais de litige d’une partie, en échange d’une portion de la somme recouvrée par cette partie au titre des dommages-intérêts ou des dépens » (R. K. Agarwal et D. Fenton, « Beyond Access to Justice : Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context » (2017), 59 *Rev. can. dr. comm.* 65, p. 65). Le financement d’un litige par un tiers peut revêtir diverses formes. Un modèle courant met en cause un bailleur de fonds de litiges qui s’engage à payer les débours du demandeur et à indemniser ce dernier dans l’éventualité d’une adjudication des dépens défavorable, en échange d’une partie de la somme obtenue dans le cadre d’un procès ou d’un règlement couronné de succès (voir *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Bayens*).

[94] En dehors du cadre de la LACC, l’approbation des accords de financement d’un litige par un tiers a été quelque peu controversée. Une partie de cette controverse découle de la possibilité que ces accords portent atteinte aux doctrines de common

maintenance.⁶ The tort of maintenance prohibits “officious intermeddling with a lawsuit which in no way belongs to one” (L. N. Klar et al., *Remedies in Tort* (loose-leaf), vol. 1, by L. Berry, ed., at p. 14-11, citing *Langtry v. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644 (Ch. Div.), at p. 661). Champerty is a species of maintenance that involves an agreement to share in the proceeds or otherwise profit from a successful suit (*McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193 (Ont. C.A.), at para. 26).

[95] Building on jurisprudence holding that *contingency fee* arrangements are not champertous where they are not motivated by an improper purpose (e.g., *McIntyre Estate*), lower courts have increasingly come to recognize that *litigation funding* agreements are also not *per se* champertous. This development has been focussed within class action proceedings, where it arose as a response to barriers like adverse cost awards, which were stymieing litigants’ access to justice (see *Dugal*, at para. 33; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, at paras. 43-44 (CanLII); *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, at para. 52, aff’d 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739 (Div. Ct.); see also *Stanway v. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192, at para. 13). The jurisprudence on the approval of third party litigation funding agreements in the class action context — and indeed, the parameters of their legality generally — is still evolving, and no party before this Court has invited us to evaluate it.

⁶ The extent of this controversy varies by province. In Ontario, champertous agreements are forbidden by statute (see *An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327). In Quebec, concerns associated with champerty and maintenance do not arise as acutely because champerty and maintenance are not part of the law as such (see *Montgrain v. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; G. Michaud, “New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape” in J. P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 221, at p. 231).

law concernant la champartie (*champerty*) et le soutien abusif (*maintenance*)⁶. Le délit de soutien abusif interdit [TRADUCTION] « l’immixtion trop empressée dans une action avec laquelle on n’a rien à voir » (L. N. Klar et autres, *Remedies in Tort* (feuilles mobiles), vol. 1, par L. Berry, dir., p. 14-11, citant *Langtry c. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644 (Ch. Div.), p. 661). La champartie est une sorte de soutien abusif qui comporte un accord prévoyant le partage de la somme obtenue ou de tout autre profit réalisé dans le cadre d’une action réussie (*McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A. Ont.), par. 26).

[95] S’appuyant sur la jurisprudence voulant que les conventions d’honoraires conditionnels ne constituent pas de la champartie lorsqu’elles ne sont pas motivées par un but illégitime (p. ex., *McIntyre Estate*), les tribunaux d’instance inférieure en sont venus progressivement à reconnaître que les accords de *financement d’un litige* ne constituent pas non plus de la champartie *en soi*. Cette évolution s’est opérée surtout dans le contexte des recours collectifs, en réaction aux obstacles, comme les adjudications de dépens défavorables, qui entravaient l’accès des parties à la justice (voir *Dugal*, par. 33; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, par. 43-44 (CanLII); *Houle c. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, par. 52, conf. par 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739 (C. div.); voir également *Stanway c. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192, par. 13). La jurisprudence relative à l’approbation des accords de financement de litige par un tiers dans le contexte des recours collectifs — et même les paramètres de leur légalité en général — continue d’évoluer, et aucune des parties au présent pourvoi ne nous a invités à l’analyser.

⁶ L’ampleur de la controverse varie selon les provinces. En Ontario, les accords de champartie sont interdits par la loi (voir *An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327). Au Québec, les questions relatives à la champartie et au soutien abusif ne se posent pas de façon aussi aiguë parce que la champartie et le soutien abusif ne font pas partie du droit comme tel (voir *Montgrain c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; G. Michaud, « New Frontier : The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvabilité Landscape » dans J. P. Sarra et autres, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 221, p. 231).

[96] That said, insofar as third party litigation funding agreements are not *per se* illegal, there is no principled basis upon which to restrict supervising judges from approving such agreements as interim financing in appropriate cases. We acknowledge that this funding differs from more common forms of interim financing that are simply designed to help the debtor “keep the lights on” (see *Royal Oak*, at paras. 7 and 24). However, in circumstances like the case at bar, where there is a single litigation asset that could be monetized for the benefit of creditors, the objective of maximizing creditor recovery has taken centre stage. In those circumstances, litigation funding furthers the basic purpose of interim financing: allowing the debtor to realize on the value of its assets.

[97] We conclude that third party litigation funding agreements may be approved as interim financing in CCAA proceedings when the supervising judge determines that doing so would be fair and appropriate, having regard to all the circumstances and the objectives of the Act. This requires consideration of the specific factors set out in s. 11.2(4) of the CCAA. That said, these factors need not be mechanically applied or individually reviewed by the supervising judge. Indeed, not all of them will be significant in every case, nor are they exhaustive. Further guidance may be drawn from other areas in which third party litigation funding agreements have been approved.

[98] The foregoing is consistent with the practice that is already occurring in lower courts. Most notably, in *Crystallex*, the Ontario Court of Appeal approved a third party litigation funding agreement in circumstances substantially similar to the case at bar. *Crystallex* involved a mining company that had the right to develop a large gold deposit in Venezuela. *Crystallex* eventually became insolvent and (similar to *Bluberi*) was left with only a single significant asset: a US\$3.4 billion arbitration claim against Venezuela. After entering CCAA protection,

[96] Cela dit, dans la mesure où les accords de financement de litige par un tiers ne sont pas illégaux *en soi*, il n’y a aucune raison de principe qui permet d’empêcher les juges surveillants d’approuver ce type d’accord à titre de financement temporaire dans les cas qui s’y prêtent. Nous reconnaissons que cette forme de financement diffère des formes plus courantes de financement temporaire qui visent simplement à aider le débiteur à [TRADUCTION] « payer les frais courants » (voir *Royal Oak*, par. 7 et 24). Toutefois, dans des circonstances semblables à celles en l’espèce, lorsqu’il existait un seul élément d’actif susceptible de monétisation au bénéfice des créanciers, l’objectif visant à maximiser le recouvrement des créanciers a occupé le devant de la scène. En pareilles circonstances, le financement de litige favorise la réalisation de l’objectif fondamental du financement temporaire : permettre au débiteur de réaliser la valeur de ses éléments d’actif.

[97] Nous concluons que les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la LACC lorsque le juge surveillant estime qu’il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l’ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi. Cela implique la prise en considération des facteurs précis énoncés au par. 11.2(4) de la LACC. Cela dit, ces facteurs ne doivent pas être appliqués machinalement ou examinés individuellement par le juge surveillant. En effet, ils ne seront pas tous importants dans tous les cas, et ils ne sont pas non plus exhaustifs. Des enseignements supplémentaires peuvent être tirés d’autres domaines où des accords de financement de litige par un tiers ont été approuvés.

[98] Ce qui précède est compatible avec la pratique qui a déjà cours devant les tribunaux d’instance inférieure. Plus particulièrement, dans *Crystallex*, la Cour d’appel de l’Ontario a approuvé un accord de financement de litige par un tiers dans des circonstances très semblables à celles en l’espèce. Cette affaire mettait en cause une société minière ayant le droit d’exploiter un grand gisement d’or au Venezuela. *Crystallex* est finalement devenue insolvable, et (comme *Bluberi*) il ne lui restait plus qu’un seul élément d’actif important : une réclamation

Crystallex sought the approval of a third party litigation funding agreement. The agreement contemplated that the lender would advance substantial funds to finance the arbitration in exchange for, among other things, a percentage of the net proceeds of any award or settlement. The supervising judge approved the agreement as interim financing pursuant to s. 11.2. The Court of Appeal unanimously found no error in the supervising judge's exercise of discretion. It concluded that s. 11.2 "does not restrict the ability of the supervising judge, where appropriate, to approve the grant of a charge securing financing before a plan is approved that may continue after the company emerges from CCAA protection" (para. 68).

[99] A key argument raised by the creditors in *Crystallex* — and one that Callidus and the Creditors' Group have put before us now — was that the litigation funding agreement at issue was a plan of arrangement and not interim financing. This was significant because, if the agreement was in fact a plan, it would have had to be put to a creditors' vote pursuant to ss. 4 and 5 of the CCAA prior to receiving court approval. The court in *Crystallex* rejected this argument, as do we.

[100] There is no definition of plan of arrangement in the CCAA. In fact, the CCAA does not refer to plans at all — it only refers to an "arrangement" or "compromise" (see ss. 4 and 5). The authors of *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* offer the following general definition of these terms, relying on early English case law:

A "compromise" presupposes some dispute about the rights compromised and a settling of that dispute on terms that are satisfactory to the debtor and the creditor. An agreement to accept less than 100¢ on the dollar would be a compromise where the debtor disputes the debt or lacks the means to pay it. "Arrangement" is a broader word

d'arbitrage de 3,4 milliards de dollars américains contre le Venezuela. Après s'être placée sous la protection de la LACC, Crystallex a demandé l'approbation d'un accord de financement de litige par un tiers. L'accord prévoyait que le prêteur avancerait des fonds importants pour financer l'arbitrage en échange, notamment, d'un pourcentage de la somme nette obtenue à la suite d'une sentence ou d'un règlement. Le juge surveillant a approuvé l'accord à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le juge surveillant n'avait commis aucune erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Elle a conclu que l'art. 11.2 [TRADUCTION] « n'empêche pas le juge surveillant d'approuver, s'il y a lieu, avant qu'un plan soit approuvé, l'octroi d'une charge garantissant un financement qui pourra continuer après que la compagnie aura émergé de la protection de la LACC » (par. 68).

[99] Dans *Crystallex*, l'un des principaux arguments soulevés par les créanciers — et l'un de ceux qu'ont soulevés Callidus et le groupe de créanciers dans le présent pourvoi — était que l'accord de financement de litige en cause était un plan d'arrangement et non pas un financement temporaire. Il s'agissait d'un argument important car, si l'accord était en fait un plan, il aurait dû être soumis à un vote des créanciers conformément aux art. 4 et 5 de la LACC avant de recevoir l'aval du tribunal. La cour, dans *Crystallex*, a rejeté cet argument, et nous en faisons autant.

[100] La LACC ne définit pas le plan d'arrangement. En fait, la LACC ne fait aucunement allusion aux plans — elle fait uniquement état d'un « arrangement » ou d'une « transaction » (voir art. 4 et 5). S'appuyant sur l'ancienne jurisprudence anglaise, les auteurs de *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* proposent la définition générale suivante de ces termes :

[TRADUCTION] La « transaction » suppose d'emblée l'existence d'un différend au sujet des droits visés par la transaction et d'un règlement de ce différend selon des conditions jugées satisfaisantes par le débiteur et le créancier. L'accord visant à accepter une somme inférieure à 100 ¢ par dollar constituerait une transaction lorsque

than “compromise” and is not limited to something analogous to a compromise. It would include any scheme for reorganizing the affairs of the debtor: *Re Guardian Assur. Co.*, [1917] 1 Ch. 431, 61 Sol. Jo 232, [1917] H.B.R. 113 (C.A.); *Re Refund of Dues under Timber Regulations*, [1935] A.C. 185 (P.C.).

(Houlden, Morawetz and Sarra, at §33)

[101] The apparent breadth of these terms notwithstanding, they do have some limits. More recent jurisprudence suggests that they require, at minimum, some compromise of creditors’ rights. For example, in *Crystallex* the litigation funding agreement at issue (known as the Tenor DIP facility) was held not to be a plan of arrangement because it did not “compromise the terms of [the creditors’] indebtedness or take away . . . their legal rights” (para. 93). The Court of Appeal adopted the following reasoning from the lower court’s decision, with which we substantially agree:

A “plan of arrangement” or a “compromise” is not defined in the CCAA. It is, however, to be an arrangement or compromise between a debtor and its creditors. The Tenor DIP facility is not on its face such an arrangement or compromise between *Crystallex* and its creditors. Importantly the rights of the noteholders are not taken away from them by the Tenor DIP facility. The noteholders are unsecured creditors. Their rights are to sue to judgment and enforce the judgment. If not paid, they have a right to apply for a bankruptcy order under the BIA. Under the CCAA, they have the right to vote on a plan of arrangement or compromise. None of these rights are taken away by the Tenor DIP.

(*Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169, at para. 50)

[102] Setting out an exhaustive definition of plan of arrangement or compromise is unnecessary to resolve these appeals. For our purposes, it is sufficient to conclude that plans of arrangement require at least

le débiteur conteste la dette ou n’a pas les moyens de la payer. Le mot « arrangement » a un sens plus large que le mot « transaction » et ne se limite pas à quelque chose qui ressemble à une transaction. Il viserait tout plan de réorganisation des affaires du débiteur : *Re Guardian Assur. Co.*, [1917] 1 Ch. 431, 61 Sol. Jo 232, [1917] H.B.R. 113 (C.A.); *Re Refund of Dues under Timber Regulations*, [1935] A.C. 185 (C.P.).

(Houlden, Morawetz et Sarra, §33)

[101] Malgré leur vaste portée apparente, ces termes connaissent quand même certaines limites. Selon une jurisprudence plus récente, ils exigeraient, à tout le moins, une certaine transaction à l’égard des droits des créanciers. Dans *Crystallex*, par exemple, on a conclu que l’accord de financement de litige en cause (également appelé [TRADUCTION] « facilité de DE Tenor ») ne constituait pas un plan d’arrangement parce qu’il ne comportait pas [TRADUCTION] « une transaction visant les conditions [des] dettes envers [des créanciers] ni ne [. . .] privait [ceux-ci] de [. . .] leurs droits reconnus par la loi » (par. 93). La Cour d’appel a fait sien le raisonnement suivant du tribunal de première instance, auquel nous souscrivons pour l’essentiel :

[TRADUCTION] Le « plan d’arrangement » et la « transaction » ne sont pas définis dans la LACC. Il doit toutefois s’agir d’un arrangement ou d’une transaction entre un débiteur et ses créanciers. La facilité de DE Tenor ne constitue pas, à première vue, un arrangement ou une transaction entre *Crystallex* et ses créanciers. Fait important, les détenteurs de billets ne sont pas privés de leurs droits par la facilité de DE Tenor. Les détenteurs de billets sont des créanciers non garantis. Leurs droits se résument à poursuivre en vue d’obtenir un jugement et à faire exécuter ce jugement. S’ils ne sont pas payés, ils ont le droit de demander une ordonnance de faillite en vertu de la LFI. Sous le régime de la LACC, ils ont le droit de voter sur un plan d’arrangement ou une transaction. La facilité de DE Tenor ne les prive d’aucun de ces droits.

(*Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169, par. 50)

[102] Il n’est pas nécessaire de définir exhaustivement les notions de plan d’arrangement ou de transaction pour trancher les présents pourvois. Il suffit de conclure que les plans d’arrangement doivent au

some compromise of creditors' rights. It follows that a third party litigation funding agreement aimed at extending financing to a debtor company to realize on the value of a litigation asset does not necessarily constitute a plan of arrangement. We would leave it to supervising judges to determine whether, in the particular circumstances of the case before them, a particular third party litigation funding agreement contains terms that effectively convert it into a plan of arrangement. So long as the agreement does not contain such terms, it may be approved as interim financing pursuant to s. 11.2 of the CCAA.

[103] We add that there may be circumstances in which a third party litigation funding agreement may contain or incorporate a plan of arrangement (e.g., if it contemplates a plan for distribution of litigation proceeds among creditors). Alternatively, a supervising judge may determine that, despite an agreement itself not being a plan of arrangement, it should be packaged with a plan and submitted to a creditors' vote. That said, we repeat that third party litigation funding agreements are not necessarily, or even generally, plans of arrangement.

[104] None of the foregoing is seriously contested before us. The parties essentially agree that third party litigation funding agreements *can* be approved as interim financing. The dispute between them focusses on whether the supervising judge erred in exercising his discretion to approve the LFA in the absence of a vote of the creditors, either because it was a plan of arrangement or because it should have been accompanied by a plan of arrangement. We turn to these issues now.

(3) The Supervising Judge Did Not Err in Approving the LFA

[105] In our view, there is no basis upon which to interfere with the supervising judge's exercise of his discretion to approve the LFA as interim financing.

moins comporter une certaine transaction à l'égard des droits des créanciers. Il s'ensuit que l'accord de financement de litige par un tiers visant à apporter un financement à la compagnie débitrice pour réaliser la valeur d'un élément d'actif ne constitue pas nécessairement un plan d'arrangement. Nous sommes d'avis de laisser aux juges surveillants le soin de déterminer si, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire dont ils sont saisis, l'accord de financement de litige par un tiers comporte des conditions qui le convertissent effectivement en plan d'arrangement. Si l'accord ne comporte pas de telles conditions, il peut être approuvé à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2 de la LACC.

[103] Ajoutons que, dans certaines circonstances, l'accord de financement de litige par un tiers peut contenir ou incorporer un plan d'arrangement (p. ex., s'il contient un plan prévoyant la distribution aux créanciers des sommes obtenues dans le cadre du litige). Subsidiairement, le juge surveillant peut décider que, bien que l'accord lui-même ne constitue pas un plan d'arrangement, il y a lieu de l'accompagner d'un plan et de le soumettre à un vote des créanciers. Cela dit, nous le répétons, les accords de financement de litige par un tiers ne constituent pas nécessairement, ni même généralement, des plans d'arrangement.

[104] Rien de ce qui précède n'est sérieusement contesté en l'espèce. Les parties s'entendent essentiellement pour dire que les accords de financement de litige par un tiers *peuvent* être approuvés à titre de financement temporaire. Le différend qui les oppose porte sur la question de savoir si le juge surveillant a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'AFL en l'absence d'un vote des créanciers, soit parce qu'il constituait un plan d'arrangement, soit parce qu'il aurait dû être accompagné d'un plan d'arrangement. Nous abordons maintenant cette question.

(3) Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en approuvant l'AFL

[105] À notre avis, il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'AFL à titre de

The supervising judge considered the LFA to be fair and reasonable, drawing guidance from the principles relevant to approving similar agreements in the class action context (para. 74, citing *Bayens*, at para. 41; *Hayes*, at para. 4). In particular, he canvassed the terms upon which Bentham and Bluberi's lawyers would be paid in the event the litigation was successful, the risks they were taking by investing in the litigation, and the extent of Bentham's control over the litigation going forward (paras. 79 and 81). The supervising judge also considered the unique objectives of CCAA proceedings in distinguishing the LFA from ostensibly similar agreements that had not received approval in the class action context (paras. 81-82, distinguishing *Houle*). His consideration of those objectives is also apparent from his reliance on *Crystallex*, which, as we have explained, involved the approval of interim financing in circumstances substantially similar to the case at bar (see paras. 67 and 71). We see no error in principle or unreasonableness to this approach.

[106] While the supervising judge did not canvass each of the factors set out in s. 11.2(4) of the CCAA individually before reaching his conclusion, this was not itself an error. A review of the supervising judge's reasons as a whole, combined with a recognition of his manifest experience with Bluberi's CCAA proceedings, leads us to conclude that the factors listed in s. 11.2(4) concern matters that could not have escaped his attention and due consideration. It bears repeating that, at the time of his decision, the supervising judge had been seized of these proceedings for well over two years and had the benefit of the Monitor's assistance. With respect to each of the s. 11.2(4) factors, we note that:

- the judge's supervisory role would have made him aware of the potential length of Bluberi's CCAA proceedings and the extent of creditor support for Bluberi's management (s. 11.2(4)(a) and (c)), though we observe that these factors

financement temporaire. Se fondant sur les principes applicables à l'approbation d'accords semblables dans le contexte des recours collectifs (par. 74, citant *Bayens*, par. 41; *Hayes*, par. 4), le juge surveillant a estimé que l'AFL était juste et raisonnable. Plus particulièrement, il a examiné soigneusement les conditions selon lesquelles les avocats de Bentham et de Bluberi seraient payés si le litige était couronné de succès, les risques qu'ils prenaient en investissant dans le litige et l'étendue du contrôle qu'exercerait désormais Bentham sur le litige (par. 79 et 81). Le juge surveillant a également pris en compte les objectifs uniques des procédures fondées sur la LACC en établissant une distinction entre l'AFL et des accords apparemment semblables qui n'avaient pas été approuvés dans le contexte des recours collectifs (par. 81-82, établissant une distinction avec l'affaire *Houle*). Sa prise en compte de ces objectifs ressort également du fait qu'il s'est fondé sur *Crystallex*, qui, comme nous l'avons expliqué, portait sur l'approbation d'un financement temporaire dans des circonstances très semblables à celles en l'espèce (voir par. 67 et 71). Nous ne voyons aucune erreur de principe ni rien de déraisonnable dans cette approche.

[106] Certes, le juge surveillant n'a pas examiné à fond chacun des facteurs énoncés au par. 11.2(4) de la LACC de façon individuelle avant de tirer sa conclusion, mais cela ne constituait pas une erreur en soi. L'examen des motifs du juge surveillant dans leur ensemble, conjugué à la reconnaissance de son expérience évidente des procédures intentées par Bluberi sous le régime de la LACC, nous mène à conclure que les facteurs énumérés au par. 11.2(4) concernent des questions qui n'auraient pu échapper à son attention et à son examen adéquat. Il convient de rappeler qu'au moment où il a rendu sa décision, le juge surveillant était saisi des procédures en question depuis plus de deux ans et avait pu bénéficier de l'aide du contrôleur. En ce qui a trait à chacun des facteurs énoncés au par. 11.2(4), nous soulignons ce qui suit :

- le rôle de surveillance du juge lui aurait permis de connaître la durée prévue des procédures intentées par Bluberi sous le régime de la LACC ainsi que la mesure dans laquelle les dirigeants de Bluberi bénéficiaient du soutien des créanciers

appear to be less significant than the others in the context of this particular case (see para. 96);

- the LFA itself explains “how the company’s business and financial affairs are to be managed during the proceedings” (s. 11.2(4)(b));
- the supervising judge was of the view that the LFA would enhance the prospect of a viable plan, as he accepted (1) that Bluberi intended to submit a plan and (2) Bluberi’s submission that approval of the LFA would assist it in finalizing a plan “with a view towards achieving maximum realization” of its assets (para. 68, citing 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.’s application, at para. 99; s. 11.2(4)(d));
- the supervising judge was apprised of the “nature and value” of Bluberi’s property, which was clearly limited to the Retained Claims (s. 11.2(4)(e));
- the supervising judge implicitly concluded that the creditors would not be materially prejudiced by the Litigation Financing Charge, as he stated that “[c]onsidering the results of the vote [on the First Plan], and given the particular circumstances of this matter, the only potential recovery lies with the lawsuit that the Debtors will launch” (para. 91 (emphasis added); s. 11.2(4)(f)); and
- the supervising judge was also well aware of the Monitor’s reports, and drew from the most recent report at various points in his reasons (see, e.g., paras. 64-65 and fn. 1; s. 11.2(4)(g)). It is worth noting that the Monitor supported approving the LFA as interim financing.

[107] In our view, it is apparent that the supervising judge was focussed on the fairness at stake to all parties, the specific objectives of the CCAA, and the particular circumstances of this case when he approved the LFA as interim financing. We cannot say that he erred in the exercise of his discretion.

(al. 11.2(4)a et c)), mais nous constatons que ces facteurs semblent revêtir beaucoup moins d’importance que les autres dans le contexte de la présente affaire (voir par. 96);

- l’AFL lui-même indique « la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures » (al. 11.2(4)b);
- le juge surveillant était d’avis que l’AFL favoriserait la conclusion d’un plan viable, car il a accepté (1) le fait que Bluberi avait l’intention de présenter un plan et (2) l’argument de Bluberi selon lequel l’approbation de l’AFL l’aiderait à conclure un plan [TRADUCTION] « visant à atteindre une réalisation maximale » de ses éléments d’actif (par. 68, citant la demande de 9354-9186 Québec inc. et de 9354-9178 Québec inc., par. 99; al. 11.2(4)d));
- le juge surveillant était au courant de la « nature et [de] la valeur » des biens de Bluberi, qui se limitaient clairement aux réclamations retenues (al. 11.2(4)e));
- le juge surveillant a conclu implicitement que la charge relative au financement de litige ne causerait pas un préjudice sérieux aux créanciers, car il a affirmé que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu du résultat du vote [sur le premier plan] et des circonstances particulières de la présente affaire, la seule possibilité de recouvrement réside dans l’action que vont tenter les débiteurs » (par. 91 (nous soulignons); al. 11.2(4)f));
- le juge surveillant était aussi bien au fait des rapports du contrôleur, et s’est appuyé sur le plus récent d’entre eux à divers endroits dans ses motifs (voir, p. ex., par. 64-65 et note 1; al. 11.2(4)g)). Il convient de souligner que le contrôleur appuyait l’approbation de l’AFL à titre de financement temporaire.

[107] À notre avis, il est manifeste que le juge surveillant a mis l’accent sur l’équité envers toutes les parties, les objectifs précis de la LACC et les circonstances particulières de la présente affaire lorsqu’il a approuvé l’AFL à titre de financement temporaire. Nous ne pouvons affirmer qu’il a commis une erreur

Although we are unsure whether the LFA was as favourable to Bluberi’s creditors as it might have been — to some extent, it does prioritize Bentham’s recovery over theirs — we nonetheless defer to the supervising judge’s exercise of discretion.

[108] To the extent the Court of Appeal held otherwise, we respectfully do not agree. Generally speaking, our view is that the Court of Appeal again failed to afford the supervising judge the necessary deference. More specifically, we wish to comment on three of the purported errors in the supervising judge’s decision that the Court of Appeal identified.

[109] First, it follows from our conclusion that LFAs can constitute interim financing that the Court of Appeal was incorrect to hold that approving the LFA as interim financing “transcended the nature of such financing” (para. 78).

[110] Second, in our view, the Court of Appeal was wrong to conclude that the LFA was a plan of arrangement, and that *Crystallex* was distinguishable on its facts. The Court of Appeal held that the LFA and associated super-priority Litigation Financing Charge formed a plan because they subordinated the rights of Bluberi’s creditors to those of Bentham.

[111] We agree with the supervising judge that the LFA is not a plan of arrangement because it does not propose any compromise of the creditors’ rights. To borrow from the Court of Appeal in *Crystallex*, Bluberi’s litigation claim is akin to a “pot of gold” (para. 4). Plans of arrangement determine how to distribute that pot. They do not generally determine what a debtor company should do to fill it. The fact that the creditors may walk away with more or less money at the end of the day does not change the nature or existence of their rights to access the pot once it is filled, nor can it be said to “compromise” those rights. When the “pot of gold” is secure — that

dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Nous ne savons pas avec certitude si l’AFL était aussi favorable aux créanciers de Bluberi qu’il aurait pu l’être — dans une certaine mesure, il donne priorité au recouvrement de Bentham sur le leur — mais nous nous en remettons néanmoins à l’exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire.

[108] Dans la mesure où la Cour d’appel a conclu le contraire, en toute déférence, nous ne sommes pas d’accord. De façon générale, nous estimons que la Cour d’appel a encore une fois omis de faire preuve de la déférence nécessaire à l’égard du juge surveillant. Plus particulièrement, nous souhaitons faire des observations sur trois des erreurs qu’aurait décelées la Cour d’appel dans la décision du juge surveillant.

[109] Premièrement, il découle de notre conclusion selon laquelle les AFL peuvent constituer un financement temporaire que la Cour d’appel a eu tort de conclure que l’approbation de l’AFL à titre de financement temporaire [TRADUCTION] « transcendait la nature de ce type de financement » (par. 78).

[110] Deuxièmement, à notre avis, la Cour d’appel a eu tort de conclure que l’AFL était un plan d’arrangement, et qu’il était possible d’établir une distinction entre l’espèce et les faits de l’affaire *Crystallex*. La Cour d’appel a conclu que l’AFL et la charge relative au financement de litige super prioritaire s’y rattachant constituaient un plan parce qu’ils subordonnaient les droits des créanciers de Bluberi à ceux de Bentham.

[111] Nous souscrivons à l’opinion du juge surveillant selon laquelle l’AFL ne constitue pas un plan d’arrangement parce qu’il ne propose aucune transaction visant les droits des créanciers. Pour reprendre la formule qu’a employée la Cour d’appel dans *Crystallex*, la réclamation de Bluberi s’apparente à une [TRADUCTION] « marmite d’or » (par. 4). Les plans d’arrangement établissent la façon dont le contenu de cette marmite sera distribué. Ils n’indiquent généralement pas ce que la compagnie débitrice devra faire pour la remplir. Le fait que les créanciers puissent en fin de compte remporter plus ou moins d’argent ne modifie en rien la nature ou

is, in the event of any litigation or settlement — the net funds will be distributed to the creditors. Here, if the Retained Claims generate funds in excess of Bluberi’s total liabilities, the creditors will be paid in full; if there is a shortfall, a plan of arrangement or compromise will determine how the funds are distributed. Bluberi has committed to proposing such a plan (see supervising judge’s reasons, at para. 68, distinguishing *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577).

[112] This is the very same conclusion that was reached in *Crystallex* in similar circumstances:

The facts of this case are unusual: there is a single “pot of gold” asset which, if realized, will provide significantly more than required to repay the creditors. The supervising judge was in the best position to balance the interests of all stakeholders. I am of the view that the supervising judge’s exercise of discretion in approving the Tenor DIP Loan was reasonable and appropriate, despite having the effect of constraining the negotiating position of the creditors.

...

... While the approval of the Tenor DIP Loan affected the Noteholders’ leverage in negotiating a plan, and has made the negotiation of a plan more complex, it did not compromise the terms of their indebtedness or take away any of their legal rights. It is accordingly not an arrangement, and a creditor vote was not required. [paras. 82 and 93]

[113] We disagree with the Court of Appeal that *Crystallex* should be distinguished on the basis that it involved a single option for creditor recovery (i.e., the arbitration) while this case involves two (i.e., litigation of the Retained Claims and Callidus’s New

l’existence de leurs droits d’avoir accès à la marmite une fois qu’elle est remplie, pas plus qu’on ne saurait dire qu’il s’agit d’une « transaction » à l’égard de leurs droits. Lorsque la « marmite d’or » aura été obtenue — c’est-à-dire dans l’éventualité d’une action ou d’un règlement — les sommes nettes seront distribuées aux créanciers. En l’espèce, si les réclamations retenues permettent de recouvrer des sommes qui dépassent le total des dettes de Bluberi, les créanciers seront payés en entier; si les sommes sont insuffisantes, un plan d’arrangement ou une transaction établira la façon dont les sommes seront distribuées. Bluberi s’est engagée à proposer un tel plan (voir les motifs du juge surveillant, par. 68, établissant une distinction avec *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577).

[112] C’est exactement la même conclusion qui a été tirée dans *Crystallex* dans des circonstances semblables :

[TRADUCTION] Les faits de l’espèce sont inhabituels : la « marmite d’or » ne contient qu’un seul élément d’actif qui, s’il est réalisé, rapportera beaucoup plus que ce qui est nécessaire pour rembourser les créanciers. Le juge surveillant était le mieux placé pour établir un équilibre entre les intérêts de toutes les parties intéressées. J’estime que l’exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d’approuver le prêt de DE Tenor était raisonnable et approprié, bien qu’il ait eu pour effet de limiter la position de négociation des créanciers.

...

... L’approbation du prêt de DE Tenor a certes amoindri l’influence que pouvaient exercer les détenteurs de billets lors de la négociation d’un plan, et rendu plus complexe la négociation d’un plan, mais ce prêt ne constituait pas une transaction visant les conditions de leurs dettes ni ne les privait de l’un de leurs droits reconnus par la loi. Il ne s’agit donc pas d’un arrangement, et un vote des créanciers n’était pas nécessaire. [par. 82 et 93]

[113] Nous ne souscrivons pas à l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle il y a lieu d’établir une distinction avec *Crystallex* parce que, dans cette affaire, les créanciers disposaient d’un seul moyen de recouvrement (c.-à-d. l’arbitrage) tandis que, dans la

Plan). Given the supervising judge's conclusion that Callidus could not vote on the New Plan, that plan was not a viable alternative to the LFA. This left the LFA and litigation of the Retained Claims as the "only potential recovery" for Bluberi's creditors (supervising judge's reasons, at para. 91). Perhaps more significantly, even if there were multiple options for creditor recovery in either *Crystallex* or this case, the mere presence of those options would not necessarily have changed the character of the third party litigation funding agreements at issue or converted them into plans of arrangement. The question for the supervising judge in each case is whether the agreement before them ought to be approved as interim financing. While other options for creditor recovery may be relevant to that discretionary decision, they are not determinative.

[114] We add that the Litigation Financing Charge does not convert the LFA into a plan of arrangement by "subordinat[ing]" creditors' rights (C.A. reasons, at para. 90). We accept that this charge would have the effect of placing secured creditors like Callidus behind in priority to Bentham. However, this result is expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*. This "subordination" does not convert statutorily authorized interim financing into a plan of arrangement. Accepting this interpretation would effectively extinguish the supervising judge's authority to approve these charges without a creditors' vote pursuant to s. 11.2(2).

[115] Third, we are of the view that the Court of Appeal was wrong to decide that the supervising judge should have submitted the LFA together with a plan to the creditors for their approval (para. 89). As we have indicated, whether to insist that a debtor package their third party litigation funding agreement

présente affaire, il y en a deux (c.-à-d. l'introduction d'une action à l'égard des réclamations retenues et le nouveau plan de Callidus). Étant donné que le juge surveillant avait conclu que Callidus ne pouvait pas voter sur le nouveau plan, ce plan ne constituait pas une solution de rechange viable à l'AFL. La [TRADUCTION] « seule possibilité de recouvrement » qui s'offrait aux créanciers de Bluberi résidait donc dans l'AFL et l'introduction d'une action à l'égard des réclamations retenues (motifs du juge surveillant, par. 91). Fait peut-être plus important, même si les créanciers avaient disposé de plusieurs moyens de recouvrement, tant dans l'affaire *Crystallex* que dans la présente affaire, la simple existence de ces moyens n'aurait pas nécessairement modifié la nature des accords de financement de litige par un tiers en cause ni n'aurait eu pour effet de les convertir en plans d'arrangement. La question que doit se poser le juge surveillant dans chaque affaire est de savoir si l'accord qui lui est soumis doit être approuvé à titre de financement temporaire. Certes, les autres moyens de recouvrement dont disposent les créanciers peuvent entrer en ligne de compte dans la prise de cette décision discrétionnaire, mais ils ne sont pas déterminants.

[114] Ajoutons que la charge relative au financement de litige ne convertit pas l'AFL en plan d'arrangement en [TRADUCTION] « subordonn[ant] » les droits des créanciers (motifs de la Cour d'appel, par. 90). Nous reconnaissons que cette charge aurait pour effet de placer les créanciers garantis comme Callidus derrière Bentham dans l'ordre de priorité, mais ce résultat est expressément prévu par l'art. 11.2 de la *LACC*. Cette « subordination » ne convertit pas le financement temporaire autorisé par la loi en plan d'arrangement. Retenir cette interprétation aurait pour effet d'annihiler le pouvoir du juge surveillant d'approuver ces charges sans un vote des créanciers en vertu du par. 11.2(2).

[115] Troisièmement, nous estimons que la Cour d'appel a eu tort de conclure que le juge surveillant aurait dû soumettre l'AFL accompagné d'un plan à l'approbation des créanciers (par. 89). Comme nous l'avons indiqué, la décision d'exiger que le débiteur accompagne d'un plan son accord de financement

with a plan is a discretionary decision for the supervising judge to make.

[116] Finally, at the appellants' insistence, we point out that the Court of Appeal's suggestion that the LFA is somehow "akin to an equity investment" was unhelpful and potentially confusing (para. 90). That said, this characterization was clearly *obiter dictum*. To the extent that the Court of Appeal relied on it as support for the conclusion that the LFA was a plan of arrangement, we have already explained why we believe the Court of Appeal was mistaken on this point.

VI. Conclusion

[117] For these reasons, at the conclusion of the hearing we allowed these appeals and reinstated the supervising judge's order. Costs were awarded to the appellants in this Court and the Court of Appeal.

Appeals allowed with costs in the Court and in the Court of Appeal.

Solicitors for the appellants/intervenors 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the appellants/intervenors IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited): Woods, Montréal.

Solicitors for the respondent Callidus Capital Corporation: Gowling WLG (Canada), Montréal.

Solicitors for the respondents International Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the intervenor Ernst & Young Inc.: Stikeman Elliott, Montréal.

de litige par un tiers est une décision discrétionnaire qui appartient au juge surveillant.

[116] Enfin, sur les instances des appelantes, nous soulignons que l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle l'AFL [TRADUCTION] « s'apparente [en quelque sorte] à un placement à échéance non déterminée » était inutile et pouvait prêter à confusion (par. 90). Cela dit, il s'agissait manifestement d'une remarque incidente. Dans la mesure où la Cour d'appel s'est fondée sur cette qualification pour conclure que l'AFL constituait un plan d'arrangement, nous avons déjà expliqué pourquoi nous croyons que la Cour d'appel a fait erreur sur ce point.

VI. Conclusion

[117] Pour ces motifs, à l'issue de l'audience, nous avons accueilli les pourvois et rétabli l'ordonnance du juge surveillant. Les dépens devant notre Cour et la Cour d'appel ont été adjugés aux appelantes.

Pourvois accueillis avec dépens devant la Cour et la Cour d'appel.

Procureurs des appelantes/intervenantes 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc. : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs des appelantes/intervenantes IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d'Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)) : Woods, Montréal.

Procureurs de l'intimée Callidus Capital Corporation : Gowling WLG (Canada), Montréal.

Procureurs des intimés International Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Ernst & Young Inc. : Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the interveners the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs des intervenants l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca