



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2021 Vol. 3

2^e cahier, 2021 Vol. 3

Cited as [2021] 3 S.C.R. 285-530

Renvoi [2021] 3 R.C.S. 285-530

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

J. DAVID POWER

Acting Registrar, Supreme Court of Canada / Registrataire par intérim de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
EMILY K. MOREAU

MARYAM ARZANI	Legal Counsel / Conseillers juridiques ANDRÉ GOLDENBERG	JACQUELINE STENCEL
AUDREY-ANNE BERGERON	LEE ANN GORMAN	ANDREA SUURLAND
LAURENCE CARON	LAUREN KOSHURBA	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	KAREN LEVASSEUR	CAMERON TAYLOR
ANNE DES ORMEAUX	IDA SMITH	DIANE THERRIEN

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

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	AUDRA POIRIER
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD	JULIE BOULANGER	MARIE RODRIGUE
	LAURENCE ENDALE	

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques CATHERINE BALOGH	SAMUEL DUVAL
MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS	CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS

Administrative Support Officer / Agente au soutien administratif
KATHERINE LAURIN

Administrative Assistants / Adjoints administratifs SÉBASTIEN GAGNÉ	KATHIA SÉGUIN
--	---------------

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

H.M.B. Holdings Ltd. v. Antigua and Barbuda 285

Private international law — Foreign judgments — Reciprocal enforcement — Registration — Carrying on business — Foreign judgment awarding compensation to judgment creditor for expropriation of lands by judgment debtor — Judgment creditor successfully obtaining default judgment in British Columbia to enforce foreign judgment — Judgment creditor then applying for registration of default judgment in reciprocating jurisdiction of Ontario — Application dismissed on basis that judgment debtor not carrying on business in British Columbia — Whether judgment creditor is precluded from having default judgment registered in Ontario — Reciprocal Enforcement of Judgments Act, R.S.O. 1990, c. R.5, s. 3(b).

R. v. Cowan 323

Criminal law — Parties to offence — Abetting — Counselling — Accused acquitted of armed robbery as party or principal — Court of Appeal holding that trial judge erred in law in assessing accused's liability as party for having abetted or counselled commission of offence by requiring Crown to prove that two specific individuals were principal offenders — Court of Appeal determining that error had material bearing on acquittal, setting aside acquittal and ordering new trial limited to theory of party liability — Whether trial judge erred in assessment of accused's guilt as party on basis of abetting or counselling — If so, whether error had material bearing on acquittal such that new trial warranted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1)(c), 22(1).

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused acquitted of armed robbery as party or principal — Court of Appeal setting aside acquittal and ordering new trial limited to theory of party liability — Whether Court of Appeal erred in restricting scope of new trial to question of whether accused was guilty as party on basis

Continued on next page

SOMMAIRE

H.M.B. Holdings Ltd. c. Antigua-et-Barbuda 285

Droit international privé — Jugements étrangers — Exécution réciproque — Enregistrement — Exercice d'activités — Jugement étranger portant indemnisation du créancier en vertu du jugement pour l'expropriation d'un terrain par le débiteur en vertu du jugement — Obtention, par le créancier en vertu du jugement, d'un jugement par défaut en Colombie-Britannique pour faire exécuter le jugement étranger — Requête présentée ensuite par le créancier en vertu du jugement pour faire enregistrer le jugement par défaut dans le ressort accordant la réciprocité qu'est l'Ontario — Requête rejetée au motif que le débiteur en vertu du jugement n'exerçait pas ses activités en Colombie-Britannique — Le créancier en vertu du jugement est-il empêché d'obtenir l'enregistrement du jugement par défaut en Ontario? — Loi sur l'exécution réciproque des jugements, L.R.O. 1990, c. R.5, art. 3b).

R. c. Cowan 323

Droit criminel — Parties à l'infraction — Encourager une personne à perpétrer une infraction — Conseiller à une personne de perpétrer une infraction — Accusé acquitté de l'accusation d'avoir commis un vol à main armée à titre de participant ou d'auteur principal — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès a commis une erreur de droit lors de son évaluation de la responsabilité de l'accusé à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction en exigeant que la Couronne prouve que deux personnes précises étaient les auteurs principaux — Conclusion de la Cour d'appel suivant laquelle l'erreur avait eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement, annulant l'acquiescement et ordonnant la tenue d'un nouveau procès portant uniquement sur la responsabilité à titre de participant — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans l'évaluation de la culpabilité de l'accusé à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction? — Dans l'affirmative, l'erreur a-t-elle eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement de sorte que la tenue d'un nouveau procès est justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 21(1)(c), 22(1).

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Accusé acquitté de l'accusation d'avoir commis un vol à main armée à titre de participant ou d'auteur principal — Cour d'appel annulant l'acquiescement et ordonnant la tenue d'un nouveau procès portant uniquement sur la responsabilité à titre de participant — La Cour d'appel

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

of abetting or counselling — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(8).

R. v. Parranto 366

Criminal law — Sentencing — Starting points — Sentencing ranges — Standard of review in sentencing appeals — Accused sentenced for offence of wholesale trafficking in fentanyl — Crown appealing sentences — Court of Appeal setting starting point for sentence for offence and increasing sentences — Role played by starting points and sentencing ranges in appellate review of sentences — Whether accused's sentences demonstrably unfit.

Trial Lawyers Association of British Columbia v. Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada 490

Insurance — Motor vehicle insurance — Promissory estoppel — Third party claim — Insured killed in motorcycle accident — Insured had alcohol in his system at time of accident in breach of insurance policy — Insurer becoming aware of insured's policy breach three years after accident and after having defended insured's estate in lawsuits relating to accident — Insurer ceasing to defend insured's estate and denying coverage — Third party injured in accident seeking to recover judgment against insured's estate from insurer — Whether insurer estopped from denying coverage by its conduct before it had actual knowledge of material facts that constituted breach.

SOMMAIRE (Fin)

a-t-elle commis une erreur en limitant la portée du nouveau procès à la question de savoir si l'accusé était coupable à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(8).

R. c. Parranto 366

Droit criminel — Détermination de la peine — Points de départ — Fourchettes de peines — Norme de contrôle applicable aux appels interjetés contre des peines — Accusés condamnés pour l'infraction de trafic de fentanyl à grande échelle — Appels formés contre les peines par la Couronne — Cour d'appel fixant un point de départ pour l'infraction et augmentant les peines — Rôle joué par les points de départ et les fourchettes de peines dans le contrôle des peines en appel — Les peines infligées aux accusés étaient-elles manifestement non indiquées?

Trial Lawyers Association of British Columbia c. Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances 490

Assurances — Assurance automobile — Préclusion promissoire — Demande émanant d'un tiers — Assuré décédé lors d'un accident de motocyclette — Présence d'alcool dans le sang de l'assuré au moment de l'accident en contravention de la police d'assurance — Assureur informé de la contravention à la police d'assurance trois ans après l'accident et après avoir défendu la succession de l'assuré dans des poursuites liées à l'accident — Assureur cessant de défendre la succession de l'assuré et refusant la couverture — Tiers blessé dans l'accident réclamant à l'assureur le paiement du jugement rendu en sa faveur contre la succession de l'assuré — L'assureur est-il préclus de refuser la couverture en raison de sa conduite avant qu'il n'ait eu véritablement connaissance des faits matériels qui constituaient la contravention?

H.M.B. Holdings Limited *Appellant*

v.

Attorney General of Antigua and Barbuda
Respondent

**INDEXED AS: H.M.B. HOLDINGS LTD. v.
ANTIGUA AND BARBUDA**

2021 SCC 44

File No.: 39130.

2021: April 20; 2021: November 4.

Present: Wagner C.J. and Karakatsanis, Côté, Rowe and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Private international law — Foreign judgments — Reciprocal enforcement — Registration — Carrying on business — Foreign judgment awarding compensation to judgment creditor for expropriation of lands by judgment debtor — Judgment creditor successfully obtaining default judgment in British Columbia to enforce foreign judgment — Judgment creditor then applying for registration of default judgment in reciprocating jurisdiction of Ontario — Application dismissed on basis that judgment debtor not carrying on business in British Columbia — Whether judgment creditor is precluded from having default judgment registered in Ontario — Reciprocal Enforcement of Judgments Act, R.S.O. 1990, c. R.5, s. 3(b).

Antigua and Barbuda (“Antigua”), a country comprised of several islands in the Caribbean, expropriated property owned by H.M.B. Holdings Limited (“HMB”), a private company incorporated in Antigua. Litigation ensued at the Judicial Committee of the Privy Council, and Antigua was ordered to compensate HMB for the expropriation. Years later, HMB brought a common law action in British Columbia to enforce the foreign judgment in that province. Antigua did not defend the action, and as a result, HMB obtained a default judgment. HMB then commenced an application in Ontario to enforce the British Columbia judgment by having it registered under the *Reciprocal Enforcement of Judgments Act* (“REJA”). The application judge found that ss. 3(b) and 3(g) of the REJA — which

H.M.B. Holdings Limited *Appelante*

c.

Attorney General of Antigua and Barbuda
Intimé

**RÉPERTORIÉ : H.M.B. HOLDINGS LTD. c.
ANTIGUA-ET-BARBUDA**

2021 CSC 44

N° du greffe : 39130.

2021 : 20 avril; 2021 : 4 novembre.

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

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

Droit international privé — Jugements étrangers — Exécution réciproque — Enregistrement — Exercice d’activités — Jugement étranger portant indemnisation du créancier en vertu du jugement pour l’expropriation d’un terrain par le débiteur en vertu du jugement — Obtention, par le créancier en vertu du jugement, d’un jugement par défaut en Colombie-Britannique pour faire exécuter le jugement étranger — Requête présentée ensuite par le créancier en vertu du jugement pour faire enregistrer le jugement par défaut dans le ressort accordant la réciprocité qu’est l’Ontario — Requête rejetée au motif que le débiteur en vertu du jugement n’exerçait pas ses activités en Colombie-Britannique — Le créancier en vertu du jugement est-il empêché d’obtenir l’enregistrement du jugement par défaut en Ontario? — Loi sur l’exécution réciproque des jugements, L.R.O. 1990, c. R.5, art. 3b).

Antigua-et-Barbuda (« Antigua »), un pays constitué de plusieurs îles des Caraïbes, a exproprié une propriété appartenant à H.M.B. Holdings Limited (« HMB »), une société privée constituée en personne morale à Antigua. Des procédures judiciaires ont été engagées devant le Comité judiciaire du Conseil privé, et Antigua a été condamnée à dédommager HMB pour l’expropriation. Des années plus tard, HMB a intenté une action en common law en Colombie-Britannique pour faire exécuter le jugement étranger dans cette province. Antigua n’a pas contesté l’action et, en conséquence, HMB a obtenu un jugement par défaut. HMB a par la suite introduit une requête en Ontario en vue de faire exécuter le jugement de la Colombie-Britannique en demandant qu’il soit enregistré

prescribe, as conditions of registration, that the judgment debtor be carrying on business within the jurisdiction of the original court and that the judgment debtor have no good defence on the original judgment — barred registration. A majority of the Court of Appeal upheld the application judge's conclusion on the basis of s. 3(b) alone.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Karakatsanis, Rowe and Kasirer JJ.: Section 3(b) of the *REJA* effectively bars HMB from registering the British Columbia judgment in Ontario. The term “carrying on business” set out in s. 3(b) was given a generous and liberal interpretation by the courts below consistent with the Court's jurisprudence. There is no error of law in their interpretation of s. 3(b), nor is there any palpable and overriding error in the conclusion that Antigua was not carrying on business in British Columbia. In light of this finding, it is unnecessary to consider whether s. 3(g) also bars HMB from registering the British Columbia judgment under the *REJA*.

The *REJA* allows a person who has obtained a judgment in another jurisdiction (the “judgment creditor”) to apply to register the judgment in Ontario and creates a process by which the person against whom the judgment was obtained (the “judgment debtor”) can resist its registration. A judgment registered under the *REJA* is treated as if it were a judgment originally issued by an Ontario court. Though not the only route available to applicants, the *REJA* constitutes an easy, economical and expedient mechanism for enforcing foreign judgments. It provides a number of statutory benefits, such as registration without notice to the judgment debtor and a short window, following notice of registration, during which the judgment debtor can seek to set aside the registration. However, this process occurs at a cost: only judgments from reciprocating jurisdictions may be registered under the *REJA*. Moreover, recognition of judgments under the *REJA* is subject to seven defences, set out in s. 3. If any one defence is established, the judgment cannot be registered.

The section 3(b) defence to registration places two burdens on a judgment debtor. First, the judgment debtor

en vertu de la *Loi sur l'exécution réciproque des jugements* (« *LERJ* »). Le juge de première instance a conclu que les al. 3b) et 3g) de la *LERJ* — lesquels disposent, à titre de conditions d'enregistrement, que le débiteur en vertu du jugement exerce ses activités dans le ressort du tribunal d'origine et que le débiteur en vertu du jugement ne dispose pas d'un moyen de défense valable contre le jugement initial — interdisaient l'enregistrement. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé à la majorité la conclusion du juge de première instance sur le seul fondement de l'al. 3b).

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Rowe et Kasirer : L'alinéa 3b) de la *LERJ* empêche effectivement HMB de faire enregistrer le jugement de la Colombie-Britannique en Ontario. Les juridictions inférieures ont interprété la notion d'« exercice d'activités » que l'on retrouve à l'al. 3b) d'une façon souple et libérale conformément à la jurisprudence de la Cour. L'interprétation qu'elles ont faite de l'al. 3b) n'est entachée d'aucune erreur de droit, et la conclusion selon laquelle Antigua n'exerçait pas ses activités en Colombie-Britannique ne comporte pas non plus d'erreur manifeste et déterminante. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de se demander si l'al. 3g) empêche lui aussi HMB de faire enregistrer le jugement de la Colombie-Britannique en vertu de la *LERJ*.

La *LERJ* permet à une personne qui a obtenu un jugement dans un autre ressort (le « créancier en vertu du jugement ») de demander l'enregistrement du jugement en Ontario, et instaure une procédure permettant à la personne contre qui le jugement a été rendu (le « débiteur en vertu du jugement ») de s'opposer à son enregistrement. Le jugement enregistré en vertu de la *LERJ* a la même valeur qu'un jugement rendu par un tribunal ontarien. Bien qu'elle ne soit pas la seule voie de recours ouverte aux demandeurs, la *LERJ* constitue un moyen facile, économique et rapide de faire exécuter les jugements étrangers. Elle présente plusieurs avantages, comme l'enregistrement sans préavis au débiteur en vertu du jugement, et un court délai après la signification de l'avis d'enregistrement dans lequel le débiteur en vertu du jugement peut faire annuler l'enregistrement. Mais ce processus n'est pas sans conséquence : seuls les jugements provenant de ressorts accordant la réciprocité peuvent être enregistrés en vertu de la *LERJ*. De plus, la reconnaissance des jugements en vertu de la *LERJ* est assujettie à sept moyens de défense, qui sont énumérés à l'art. 3. Si l'un de ces moyens est établi, le jugement ne peut être enregistré.

Le moyen d'opposition à l'enregistrement prévu par l'al. 3b) oblige le débiteur en vertu du jugement à

must establish that they were not carrying on business or ordinarily resident in the jurisdiction of the original court. Second, the judgment debtor must also show that they did not voluntarily appear or otherwise submit to the original court's jurisdiction during the proceedings the judgment creditor brought in that court. If the judgment debtor shows the Ontario court that these two conditions are met, then s. 3(b) bars the registration of the judgment.

The *REJA* does not define “carrying on business” for the purposes of s. 3(b), but this concept has a long history at common law. As a matter of statutory interpretation, common law terms and concepts are presumed to retain their common law meaning when used in legislation. At common law, the concept of “carrying on business” forms part of the law on the traditional bases of jurisdiction, which recognize and enforce a foreign judgment only if the defendant in the original action had been present in the foreign jurisdiction or had consented in some way to the foreign court's jurisdiction. Section 3(b) codifies the traditional common law bases of jurisdiction as a prerequisite for registration. The Canadian common law of recognition and enforcement has however developed beyond the traditional bases of jurisdiction to recognize the judgment of a court in one province in another province on the basis of a “real and substantial connection” to the original jurisdiction. Nonetheless, the common law bases of presence and consent remain important, and are critical to understanding s. 3(b) of the *REJA*.

To determine whether a defendant is carrying on business in a jurisdiction, the court must inquire into whether it has some direct or indirect presence in the jurisdiction, accompanied by a degree of business activity that is sustained for a period of time. Whether or not a corporation is carrying on business is a question of fact assessed in reference to a number of indicia. Some kind of actual presence, whether direct or indirect, is required. A physical presence in the form of maintenance of physical premises will be compelling, but a virtual presence that falls short of an actual presence will not suffice. “Carrying on business” for the purpose of establishing traditional presence-based jurisdiction is a stricter standard than “carrying on business” as a mere presumptive connecting factor for assumed

s'acquitter de deux fardeaux. Premièrement, le débiteur en vertu du jugement doit démontrer qu'il n'exerçait pas ses activités ni ne résidait ordinairement dans le ressort du tribunal d'origine. Deuxièmement, le débiteur en vertu du jugement doit également établir qu'il n'a pas comparu volontairement ni autrement reconnu la compétence du tribunal d'origine durant l'instance introduite par le créancier en vertu du jugement devant ce tribunal. Si le débiteur en vertu du jugement démontre au tribunal ontarien que ces deux conditions sont satisfaites, l'al. 3b) empêche alors l'enregistrement du jugement.

La *LERJ* ne définit pas la notion d'« exercice d'activités » pour l'application de l'al. 3b), mais ce concept existe depuis longtemps en common law. Du point de vue de l'interprétation des lois, lorsqu'ils sont utilisés dans une disposition législative, les termes et concepts empruntés à la common law sont présumés conserver le sens qu'ils ont en common law. En common law, le concept d'« exercice d'activités » fait partie des fondements traditionnels de la compétence des tribunaux, qui ne reconnaissent et font exécuter un jugement étranger que si le défendeur dans l'action initiale était présent à l'époque où l'action a été intentée dans l'État étranger où le jugement a été rendu ou s'il a reconnu d'une façon ou d'une autre la compétence du tribunal étranger. L'alinéa 3b) codifie les règles relatives aux fondements traditionnels de la compétence en common law à titre de condition préalable à l'enregistrement. La common law canadienne en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements s'est toutefois développée au-delà des fondements traditionnels de la compétence pour reconnaître le jugement du tribunal d'une province dans une autre province au motif qu'il existait un « lien réel et substantiel » avec la province où le jugement avait été rendu. Néanmoins, les fondements traditionnels de la compétence en common law que sont la présence et le consentement demeurent importants et, en l'espèce, ils sont essentiels pour comprendre l'al. 3b) de la *LERJ*.

Pour déterminer si un défendeur exploite une entreprise (exerce ses activités) dans une province, le tribunal doit vérifier s'il a une présence directe ou indirecte dans cette province et s'il s'y livre à des activités commerciales soutenues pendant un certain temps. La question de savoir si une société exploite une entreprise est une question de fait sur laquelle il faut se prononcer au regard de plusieurs indices. Ce concept exige une forme de présence effective, qu'elle soit directe ou indirecte. Une présence physique sous la forme de la tenue d'un bureau sera un facteur convaincant, mais une présence virtuelle qui ne correspond pas à une présence effective ne suffira pas. L'expression « exploitation d'une entreprise » servant à établir la compétence traditionnelle fondée sur la

jurisdiction. Despite these differences, the requirements for “carrying on business” under the standard of assumed jurisdiction must also apply for the purposes of traditional presence-based jurisdiction. In both cases, some form of tangible presence in the jurisdiction is required, such as maintaining a physical office.

The *REJA* applies only to a judgment or an order of a court in any civil proceedings whereby any sum of money is payable. It remains an open question whether a derivative judgment — which in itself enforces a judgment of a non-reciprocating jurisdiction — falls within the definition of “judgment” in s. 1(1) of the *REJA* and can therefore be registered under the statute.

Per Côté J.: There is agreement with the majority’s analysis under s. 3(b) of the *REJA*, and with its disposition of the appeal. However, to the extent that the majority’s reasons suggest the *REJA* might not apply to derivative judgments, there is divergence of opinion. A judgment resulting from a common law action that recognizes a foreign judgment, such as the British Columbia judgment in this case, falls squarely within the broad definition of “judgment” in s. 1(1) of the *REJA*, provided that the recognition judgment was rendered in a reciprocating jurisdiction.

Statutory interpretation entails discerning legislative intent by examining statutory text in its entire context and in its grammatical and ordinary sense, in harmony with the statute’s scheme and objects. The *REJA* contains a plain language provision that defines the judgments to which it applies. Under s. 1(1) of the *REJA*, “judgment” means a judgment or an order of a court in any civil proceedings whereby any sum of money is payable. Understood in its grammatical and ordinary sense, the definition undoubtedly encompasses recognition judgments such as the British Columbia judgment. Reading into s. 1(1) an exception applicable to derivative judgments is counter-intuitive and supported neither by the text nor by the ordinary rules of statutory interpretation.

The *REJA*’s overarching purpose is to provide a convenient and inexpensive mechanism to register foreign judgments that saves creditors and courts time and

présence est une norme plus exigeante que l’« exploitation d’une entreprise » à titre de simple facteur de rattachement créant une présomption en ce qui concerne une déclaration de compétence. Malgré ces différences, les exigences relatives à l’« exploitation d’une entreprise » selon la norme de la déclaration de compétence doivent également s’appliquer pour déterminer la compétence traditionnelle fondée sur la présence. Dans les deux cas, une forme de présence tangible dans le ressort en question est requise, par exemple le fait d’y tenir un bureau.

La *LERJ* ne s’applique qu’au jugement ou à l’ordonnance d’un tribunal dans une instance civile portant condamnation au paiement d’une somme d’argent. Il reste à voir si un jugement dérivé — lequel exécute lui-même un jugement émanant d’un État qui n’accorde pas la réciprocité — répond à la définition du terme « jugement » au par. 1(1) de la *LERJ* et peut donc être enregistré en vertu de cette loi.

La juge Côté : Il y a accord avec l’analyse des juges majoritaires fondée sur l’al. 3b) de la *LERJ* et le dispositif du présent arrêt. Il y a toutefois divergence d’opinions dans la mesure où les motifs de la majorité laissent entendre que la *LERJ* pourrait ne pas s’appliquer aux jugements dérivés. Le jugement qui est rendu à l’issue d’une action en common law et qui reconnaît un jugement étranger, comme celui de la Colombie-Britannique en l’espèce, répond parfaitement à la définition large que le par. 1(1) de la *LERJ* donne du mot « jugement », pourvu que le jugement de reconnaissance ait été rendu dans un État accordant la réciprocité.

L’interprétation des lois consiste à dégager l’intention du législateur en examinant les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie et l’objet de cette loi. La *LERJ* renferme une disposition rédigée en termes clairs et simples qui définit les jugements auxquels elle s’applique. Aux termes du par. 1(1) de la *LERJ*, le mot « jugement » s’entend d’un jugement ou d’une ordonnance d’un tribunal dans une instance civile, portant condamnation au paiement d’une somme d’argent. Interprétée selon son sens ordinaire et grammatical, la définition du mot « jugement » englobe sans aucun doute les jugements de reconnaissance tels que celui de la Colombie-Britannique. L’ajout par interprétation d’une exception au par. 1(1) s’appliquant aux jugements dérivés est contre-intuitif, en plus de n’être justifié ni par le texte ni par les règles ordinaires d’interprétation des lois.

La *LERJ* a pour objectif fondamental de prévoir un mécanisme pratique et peu coûteux pour l’enregistrement des jugements étrangers qui permet aux créanciers

resources. Such advantages promote access to justice and are particularly valuable to judgment creditors who are less familiar with Ontario's legal environment. The main benefit of the *REJA*'s registration mechanism is that it reverses the litigation burden by permitting registration unless the debtor succeeds in an action to set it aside. Comity between reciprocating jurisdictions is crucial to attain this purpose. Relying on the legally non-existent notion of derivative judgments would do little to keep the *REJA*'s mechanism accessible and convenient to judgment creditors.

This interpretation meets the standard of commercial certainty, and accords with the Court's jurisprudence acknowledging that recognition judgments are capable of being registered in other provinces. But there is an important caveat. While the *REJA* permits the registration of recognition judgments, it forbids the registration of a judgment that has itself been registered, as the latter does not make money payable. Allowing registration of judgments that have themselves been registered would unduly expand the list of jurisdictions to which the *REJA* applies by including all of the jurisdictions that are reciprocal to those listed in accordance with the statute.

Cases Cited

By Wagner C.J.

Considered: *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, [2015] 3 S.C.R. 69; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Adams v. Cape Industries Plc.*, [1990] 1 Ch. 433; **referred to:** *Wilson v. Hull* (1995), 128 D.L.R. (4th) 403; *T.D.I. Hospitality Management Consultants Inc. v. Browne* (1994), 117 D.L.R. (4th) 289; *Impagination Inc. v. Baird* (2001), 202 Nfld. & P.E.I.R. 300; *Owen v. Rocketinfo Inc.*, 2008 BCCA 502, 86 B.C.L.R. (4th) 64; *Strategic Technologies Pte Ltd. v. Procurement Bureau of the Republic of China Ministry of National Defence*, [2020] EWCA Civ 1604, [2021] 2 W.L.R. 448; *Vizcaya Partners Ltd. v. Picard*, [2016] UKPC 5, [2016] 3 All E.R. 181.

By Côté J.

Applied: *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, [2015] 3 S.C.R. 69; **distinguished:** *Owen v. Rocketinfo*

et aux tribunaux d'économiser du temps et des ressources. Ces avantages favorisent l'accès à la justice et sont particulièrement précieux pour les créanciers en vertu du jugement, qui connaissent moins le contexte juridique ontarien. Le principal avantage du mécanisme d'enregistrement instauré par la *LERJ* est qu'il inverse le fardeau du procès en permettant l'enregistrement, à moins que le débiteur n'obtienne gain de cause dans une action visant à l'annuler. La courtoisie entre les ressorts accordant la réciprocité est essentielle pour atteindre cet objectif. Le fait de s'appuyer sur la notion juridiquement inexistante de jugements dérivés n'aiderait guère les créanciers en vertu du jugement à se prévaloir du mécanisme accessible et pratique de la *LERJ*.

Cette interprétation satisfait à la norme de la certitude commerciale, et elle s'accorde avec la jurisprudence où la Cour reconnaît que les jugements de reconnaissance peuvent être enregistrés dans une autre province. Une mise en garde importante s'impose toutefois. Si la *LERJ* autorise l'enregistrement d'un jugement de reconnaissance, elle interdit l'enregistrement d'un jugement qui a lui-même été enregistré, car celui-ci ne porte pas condamnation au paiement d'une somme d'argent. Permettre l'enregistrement de jugements qui ont eux-mêmes déjà été enregistrés allongerait indûment la liste des ressorts auxquels s'applique la *LERJ* en incluant tous les ressorts accordant la réciprocité aux ressorts désignés conformément à la loi.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner

Arrêts examinés : *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; *Chevron Corp. c. Yaiguaje*, 2015 CSC 42, [2015] 3 R.C.S. 69; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Adams c. Cape Industries Plc.*, [1990] 1 Ch. 433; **arrêts mentionnés :** *Wilson c. Hull* (1995), 128 D.L.R. (4th) 403; *T.D.I. Hospitality Management Consultants Inc. c. Browne* (1994), 117 D.L.R. (4th) 289; *Impagination Inc. c. Baird* (2001), 202 Nfld. & P.E.I.R. 300; *Owen c. Rocketinfo Inc.*, 2008 BCCA 502, 86 B.C.L.R. (4th) 64; *Strategic Technologies Pte Ltd. c. Procurement Bureau of the Republic of China Ministry of National Defence*, [2020] EWCA Civ 1604, [2021] 2 W.L.R. 448; *Vizcaya Partners Ltd. c. Picard*, [2016] UKPC 5, [2016] 3 All E.R. 181.

Citée par la juge Côté

Arrêt appliqué : *Chevron Corp. c. Yaiguaje*, 2015 CSC 42, [2015] 3 R.C.S. 69; **distinction d'avec l'arrêt :**

Inc., 2008 BCCA 502, 86 B.C.L.R. (4th) 64; **disapproved:** *Strategic Technologies Pte Ltd. v. Procurement Bureau of the Republic of China Ministry of National Defence*, [2020] EWCA Civ 1604, [2021] 2 W.L.R. 448; **referred to:** *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *C.M. Callow Inc. v. Zollinger*, 2020 SCC 45, [2020] 3 S.C.R. 908; *Reference re Code of Civil Procedure (Que.)*, art. 35, 2021 SCC 27, 2 S.C.R. 291; *MediaQMI inc. v. Kamel*, 2021 SCC 23, [2021] 1 S.C.R. 899; *Michel v. Graydon*, 2020 SCC 24, [2020] 2 S.C.R. 763; *Solehdin v. Stern Estate*, 2014 BCCA 482, 364 B.C.A.C. 128; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416; *Girsberger v. Kresz*, [1999] 7 W.W.R. 761, aff'd [2000] 1 W.W.R. 101; *Tracy (Litigation guardian of) v. Iranian Ministry of Information and Security*, 2016 ONSC 3759, 400 D.L.R. (4th) 670, aff'd 2017 ONCA 549, 415 D.L.R. (4th) 314.

Statutes and Regulations Cited

Administration of Justice Act, 1920 (U.K.), 10 & 11 Geo. 5, c. 81, s. 9(2)(b).
Land Acquisition Act (Atg.), 1958, c. 233.
Limitation Act, S.B.C. 2012, c. 13, s. 7.
Limitations Act, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, s. 4.
Reciprocal Enforcement of Judgments Act, R.S.O. 1990, c. R.5, ss. 1(1) “judgment”, “judgment creditor”, “judgment debtor”, “original court”, “registering court”, 2, 3, 4, 6, 7, 8.

Authors Cited

Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation. *Proceedings of the Seventh Annual Meeting of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada*, App. G, *The Reciprocal Enforcement of Judgments Act*. Ottawa, 1924.
 Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
 Pitel, Stephen G. A., et al. *Private International Law in Common Law Canada: Cases, Text and Materials*, 4th ed. Toronto: Emond Montgomery, 2016.
 Scalia, Antonin, and Bryan A. Garner. *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. St. Paul: Thomson/West, 2012.

Owen c. Rocketinfo Inc., 2008 BCCA 502, 86 B.C.L.R. (4th) 64; **arrêt désapprouvé :** *Strategic Technologies Pte Ltd. c. Procurement Bureau of the Republic of China Ministry of National Defence*, [2020] EWCA Civ 1604, [2021] 2 W.L.R. 448; **arrêts mentionnés :** *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *C.M. Callow Inc. c. Zollinger*, 2020 CSC 45, [2020] 3 R.C.S. 908; *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art. 35, 2021 CSC 27, [2021] 2 R.C.S. 291; *MédiaQMI inc. c. Kamel*, 2021 CSC 23, [2021] 1 R.C.S. 899; *Michel c. Graydon*, 2020 CSC 24, [2020] 2 R.C.S. 763; *Solehdin c. Stern Estate*, 2014 BCCA 482, 364 B.C.A.C. 128; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Beals c. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416; *Girsberger c. Kresz*, [1999] 7 W.W.R. 761, conf. par [2000] 1 W.W.R. 101; *Tracy (Litigation guardian of) c. Iranian Ministry of Information and Security*, 2016 ONSC 3759, 400 D.L.R. (4th) 670, conf. par 2017 ONCA 549, 415 D.L.R. (4th) 314.

Lois et règlements cités

Administration of Justice Act, 1920 (R.-U.), 10 & 11 Geo. 5, c. 81, art. 9(2)(b).
Land Acquisition Act (Atg.), 1958, c. 233.
Limitation Act, S.B.C. 2012, c. 13, art. 7.
Loi de 2002 sur la prescription des actions, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 4.
Loi sur l'exécution réciproque de jugements, L.R.O. 1990, c. R.5, art. 1(1) « créancier en vertu du jugement », « débiteur en vertu du jugement », « jugement », « tribunal d'enregistrement », « tribunal d'origine », 2, 3, 4, 6, 7, 8.

Doctrine et autres documents cités

Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation. *Proceedings of the Seventh Annual Meeting of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada*, App. G, *The Reciprocal Enforcement of Judgments Act*, Ottawa, 1924.
 Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
 Pitel, Stephen G. A., et al. *Private International Law in Common Law Canada : Cases, Text and Materials*, 4th ed., Toronto, Emond Montgomery, 2016.
 Scalia, Antonin, and Bryan A. Garner. *Reading Law : The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Thomson/West, 2012.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. Toronto: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated August 2021, release 87).

Walker, Janet. *Halsbury's Laws of Canada — Conflict of Laws*, 1st ed. Toronto: LexisNexis, 2020 Reissue.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Pardu and Nordheimer JJ.A.), 2020 ONCA 12, 149 O.R. (3d) 440, 442 D.L.R. (4th) 241, 14 L.C.R. (2d) 177, 1 B.L.R. (6th) 232, [2020] O.J. No. 69 (QL), 2020 CarswellOnt 74 (WL Can.), affirming a decision of Perell J., 2019 ONSC 1445, 145 O.R. (3d) 515, 14 L.C.R. (2d) 150, [2019] O.J. No. 1133 (QL), 2019 CarswellOnt 3149 (WL Can.). Appeal dismissed.

Lincoln Caylor and Nina Butz, for the appellant.

Steve J. Tenai and Sanj Sood, for the respondent.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] In this appeal, H.M.B. Holdings Limited (“H.M.B.”) seeks an order pursuant to Ontario’s *Reciprocal Enforcement of Judgments Act*, R.S.O. 1990, c. R.5 (“*REJA*”), for the registration of a default judgment it obtained in British Columbia against Antigua and Barbuda (“Antigua”) to enforce a judgment granted by the Judicial Committee of the Privy Council awarding compensation for expropriation. The problem is one of statutory interpretation, and in particular, the interpretation and application of ss. 3(b) and 3(g) of the *REJA*. If either of these provisions applies, H.M.B. is barred from registering the default judgment under the *REJA*.

[2] The application judge found that both provisions barred registration under the statute. A majority

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Walker, Janet. *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, 6th ed., Toronto, LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated August 2021, release 87).

Walker, Janet. *Halsbury's Laws of Canada — Conflict of Laws*, 1st ed., Toronto, LexisNexis, 2020 Reissue.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Simmons, Pardu et Nordheimer), 2020 ONCA 12, 149 O.R. (3d) 440, 442 D.L.R. (4th) 241, 14 L.C.R. (2d) 177, 1 B.L.R. (6th) 232, [2020] O.J. No. 69 (QL), 2020 CarswellOnt 74 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Perell, 2019 ONSC 1445, 145 O.R. (3d) 515, 14 L.C.R. (2d) 150, [2019] O.J. No. 1133 (QL), 2019 CarswellOnt 3149 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Lincoln Caylor et Nina Butz, pour l’appelante.

Steve J. Tenai et Sanj Sood, pour l’intimé.

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

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi, H.M.B. Holdings Limited (« H.M.B. ») sollicite, en vertu de la *Loi sur l’exécution réciproque de jugements*, L.R.O. 1990, c. R.5 (« *LERJ* »), de l’Ontario, une ordonnance portant enregistrement du jugement par défaut qu’elle a obtenu en Colombie-Britannique contre Antigua-et-Barbuda (« Antigua ») en vue de faire exécuter un arrêt du Comité judiciaire du Conseil privé accordant une indemnité pour expropriation. Il s’agit d’un problème d’interprétation des lois et, plus particulièrement, d’interprétation et d’application des al. 3b) et 3g) de la *LERJ*. Si l’une ou l’autre de ces dispositions s’applique, H.M.B. ne peut faire enregistrer le jugement par défaut en vertu de la *LERJ*.

[2] Le juge de première instance a conclu que les deux dispositions en question interdisaient

of the Court of Appeal of Ontario upheld the application judge's conclusion on the basis of s. 3(b) alone. For the reasons that follow, I agree with the Court of Appeal and conclude that this appeal must be dismissed.

II. Facts

[3] In 2007, Antigua, a country comprised of several islands in the Caribbean, expropriated property owned by H.M.B., a private company incorporated in Antigua pursuant to the country's *Land Acquisition Act*, 1958, c. 233. Litigation ensued, and in May 2014, the Judicial Committee of the Privy Council ordered Antigua to compensate H.M.B. for the expropriation (No. 2013/0017 ("Privy Council Judgment")).

[4] Over 2 years later, in October 2016, H.M.B. brought a common law action in British Columbia to enforce the Privy Council Judgment in that province. H.M.B.'s action was timely under British Columbia's *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, which provides for a 10-year limitation period to enforce a foreign judgment in the province through a common law action (s. 7). However, it is worth noting that had H.M.B. brought a common law action to enforce the Privy Council Judgment in Ontario, it would have been time-barred pursuant to the *Limitations Act*, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, which provides for a two-year limitation period (s. 4).

[5] Antigua did not defend the action. As a result, in April 2017, H.M.B. obtained a default judgment for the enforcement of the Privy Council Judgment against Antigua in the British Columbia Supreme Court (No. S169831 ("British Columbia Judgment")). One year later, in May 2018, H.M.B. commenced an application in Ontario to enforce the British Columbia Judgment by having it registered under the *REJA*. The *REJA* provides for a six-year limitation period for the registration of judgments, more generous than the two-year limitation period for enforcement by way of a common law action

l'enregistrement en vertu de la loi. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé à la majorité la conclusion du juge de première instance sur le seul fondement de l'al. 3b). Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec la Cour d'appel et j'arrive à la conclusion que le présent pourvoi doit être rejeté.

II. Les faits

[3] En 2007, Antigua, un pays constitué de plusieurs îles des Caraïbes, a exproprié en vertu de sa *Land Acquisition Act*, 1958, c. 233, une propriété appartenant à H.M.B., une société privée constituée en personne morale à Antigua. Des procédures judiciaires ont été engagées et, en mai 2014, le Comité judiciaire du Conseil privé a condamné Antigua à dédommager H.M.B. pour l'expropriation (n° 2013/0017 (« arrêt du Conseil privé »)).

[4] Plus de 2 ans plus tard, en octobre 2016, H.M.B. a intenté une action en common law en Colombie-Britannique pour faire exécuter l'arrêt du Conseil privé dans cette province. H.M.B. a intenté son action dans les délais prescrits par la *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, de la Colombie-Britannique, qui prévoit que l'action en common law visant à faire exécuter un jugement étranger dans cette province se prescrit par 10 ans (art. 7). Il convient toutefois de noter que si H.M.B. avait intenté son action en common law en Ontario en vue de faire exécuter l'arrêt du Conseil privé, cette action aurait été prescrite suivant la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, ann. B, qui prévoit un délai de prescription de deux ans (art. 4).

[5] Antigua n'a pas contesté l'action. En conséquence, en avril 2017, H.M.B. a obtenu de la Cour suprême de la Colombie-Britannique un jugement par défaut contre Antigua ordonnant l'exécution de l'arrêt du Conseil privé (n° S169831 (« jugement de la Colombie-Britannique »)). Un an plus tard, en mai 2018, H.M.B. a introduit une requête en Ontario en vue de faire exécuter le jugement de la Colombie-Britannique en demandant qu'il soit enregistré en vertu de la *LERJ*. Cette loi prévoit un délai de prescription de six ans pour l'enregistrement des jugements, plus généreux que le délai de deux ans auquel

(s. 2; *Limitations Act, 2002*, s. 4). Antigua opposed the application.

[6] At the time of the British Columbia action, Antigua did not have a physical presence in the province. It did not have a consulate, an office or any premises in that province. Nor did it have any employees or agents in the province or direct any marketing specifically at residents of British Columbia.

[7] However, the Antiguan government did have contracts with four “Authorized Representatives” with businesses, premises and employees in British Columbia for the purposes of its Citizenship by Investment Program (“CIP”). The CIP aims to encourage investments in Antigua’s real estate, businesses and National Development Fund by granting citizenship to investors and their families in exchange for such investments.

[8] Antigua engages Authorized Representatives to facilitate introductions to potential investors, in exchange for which they are paid something akin to a finder’s fee. However, Authorized Representatives have no authority to review or approve CIP applications. They merely assist prospective investors by providing them with information about the CIP and completing preliminary forms to send to “Authorized Agents” based in Antigua.

[9] Authorized Agents assist applicants in obtaining information about the CIP application process, collect the required fees and send the completed applications to the Citizenship Investment Unit (“CIU”), the Antiguan government agency that administers the CIP. The CIU makes the ultimate decision on whether to approve or deny an investor’s application. Authorized Representatives do not liaise

est assujettie l’action en common law visant à faire exécuter un jugement étranger (art. 2; *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, art. 4). Antigua s’est opposée à la requête.

[6] Au moment de l’action en justice intentée en Colombie-Britannique, Antigua n’avait pas de présence physique dans la province. Elle n’avait pas de consulat, de délégation ou d’autres bureaux dans cette province. Elle n’avait pas non plus d’employés ou de mandataires dans la province et elle ne faisait pas de publicité destinée précisément aux résidents de la Colombie-Britannique.

[7] Toutefois, dans le cadre de son programme de citoyenneté pour les investisseurs (« *Citizenship by Investment Program* » ou « CIP »), le gouvernement d’Antigua avait conclu des contrats avec quatre « représentants autorisés » qui avaient des entreprises, des établissements et des employés en Colombie-Britannique. Le CIP vise à encourager les investissements dans les biens immobiliers, les entreprises et le Fonds de développement national d’Antigua (« *National Development Fund* ») en octroyant la citoyenneté aux investisseurs et à leurs familles en échange de ces investissements.

[8] Antigua engage des représentants autorisés pour faciliter la mise en relation avec des investisseurs potentiels, en échange de quoi ces représentants reçoivent une sorte de commission d’intermédiaire. Les représentants autorisés n’ont cependant pas le pouvoir d’examiner ou d’approuver les demandes présentées au titre du CIP. Ils se contentent d’aider les investisseurs éventuels en leur fournissant des informations sur le CIP et en remplissant des formulaires préliminaires à envoyer à des « mandataires autorisés » établis à Antigua.

[9] Les mandataires autorisés aident les demandeurs à obtenir des renseignements sur le processus de demande du CIP, perçoivent les droits exigés et transmettent les demandes complétées au Service de la citoyenneté pour les investisseurs (« *Citizenship Investment Unit* » ou « CIU »), l’organisme du gouvernement d’Antigua chargé d’administrer le CIP. Le CIU est l’autorité chargée de décider en dernier

with the CIU or the Antiguan government and are paid their finder's fee through an Authorized Agent if an application is accepted.

[10] As mentioned above, at the time of the British Columbia action, Antigua did not have any physical presence in the province for any purpose related to the CIP; it did not deal or contract with prospective investors or approve applications in the province, nor did it advertise the CIP in the province beyond engaging the Authorized Representatives to disseminate information about the program. All four Authorized Representatives had limited term appointments with the CIP and carried on other businesses that were unrelated to the program in British Columbia and independent of the business of the Antiguan government.

[11] Moreover, the CIP did not specifically target residents of Canada or British Columbia. From its inception in October 2013 to June 30, 2018, only 9 CIP applications were made by persons born in Canada out of a total of 1,547 applications from around the world.

III. Relevant Legislation

[12] The following provisions of the *REJA* are relevant to this appeal:

Definitions

1 (1) In this Act,

“judgment” means a judgment or an order of a court in any civil proceedings whereby any sum of money is payable, and includes an award in proceedings on an arbitration if the award has, in pursuance of the law in force in the province or territory where it was made, become enforceable in the same manner as a judgment given by a court therein;

ressort de l'approbation ou du refus de la demande d'un investisseur. Les représentants autorisés ne sont pas en contact avec le CIU ou avec le gouvernement d'Antigua, et ils reçoivent leur commission d'intermédiaire par le truchement d'un mandataire autorisé si la demande est acceptée.

[10] Comme il est mentionné plus haut, au moment de l'action en justice intentée en Colombie-Britannique, Antigua n'avait aucune présence physique dans la province pour l'une ou l'autre des fins visées par le CIP; elle ne traitait pas avec des investisseurs potentiels, ne passait pas de contrats avec eux, n'approuvait pas de demandes dans la province et ne faisait pas de publicité pour le CIP dans la province, se limitant à engager des représentants autorisés pour faire connaître le programme. Les quatre représentants autorisés étaient tous nommés pour une durée limitée pour l'application du CIP et exerçaient en Colombie-Britannique d'autres activités non liées au programme, indépendamment des activités du gouvernement d'Antigua.

[11] En outre, le CIP ne ciblait pas expressément les résidents du Canada ou de la Colombie-Britannique. Entre son lancement en octobre 2013 et le 30 juin 2018, seulement 9 demandes ont été présentées dans le cadre du CIP par des personnes nées au Canada, sur un total de 1 547 demandes provenant du monde entier.

III. Dispositions législatives applicables

[12] Les dispositions suivantes de la *LERJ* sont pertinentes en l'espèce :

Définitions

1 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« créancier en vertu du jugement » La personne qui a obtenu le jugement. S'entend en outre des exécuteurs, administrateurs, successeurs et ayants droit de cette personne;

“judgment creditor” means the person by whom the judgment was obtained, and includes the executors, administrators, successors and assigns of that person;

“judgment debtor” means the person against whom the judgment was given, and includes any person against whom the judgment is enforceable in the place where it was given;

“original court”, in relation to a judgment, means the court by which the judgment was given;

“registering court”, in relation to a judgment, means the court in which the judgment is registered under this Act.

Registration of judgment

2 (1) Where a judgment has been given in a court in a reciprocating state, the judgment creditor may apply to any court in Ontario having jurisdiction over the subject-matter of the judgment, or, despite the subject-matter, to the Superior Court of Justice at any time within six years after the date of the judgment to have the judgment registered in that court, and on any such application the court may, subject to this Act, order the judgment to be registered.

Conditions of registration

3 No judgment shall be ordered to be registered under this Act if it is shown to the registering court that,

- (b) the judgment debtor, being a person who was neither carrying on business nor ordinarily resident within the jurisdiction of the original court, did not voluntarily appear or otherwise submit during the proceedings to the jurisdiction of that court; or
- (g) the judgment debtor would have a good defence if an action were brought on the original judgment

« débiteur en vertu du jugement » La personne contre laquelle un jugement est rendu. S’entend en outre de la personne contre laquelle le jugement est exécutoire dans le lieu où il a été rendu;

« jugement » Jugement ou ordonnance d’un tribunal dans une instance civile, portant condamnation au paiement d’une somme d’argent. S’entend en outre d’une sentence arbitrale qui, selon les lois de la province ou du territoire où elle a été rendue, est devenue exécutoire de la même manière qu’un jugement rendu par un tribunal de cette province ou de ce territoire;

« tribunal d’enregistrement » Dans le cas d’un jugement, le tribunal auprès duquel celui-ci a été enregistré en application de la présente loi;

« tribunal d’origine » Dans le cas d’un jugement, le tribunal qui l’a rendu.

Enregistrement d’un jugement

2 (1) Lorsqu’un jugement a été rendu par le tribunal d’un État accordant la réciprocité, le créancier en vertu du jugement peut, dans les six ans de la date de ce dernier, s’adresser, par voie de requête, au tribunal de l’Ontario compétent pour connaître de l’objet du jugement, afin de faire enregistrer le jugement au greffe de ce tribunal. Le tribunal peut alors, sous réserve de la présente loi, ordonner l’enregistrement du jugement. La requête peut toutefois être présentée à la Cour supérieure de justice, quel que soit l’objet du jugement.

Conditions de l’enregistrement

3 Le tribunal d’enregistrement ne doit pas, aux termes de la présente loi, ordonner l’enregistrement d’un jugement s’il est démontré que :

- b) le débiteur en vertu du jugement, qui n’exerçait pas ses activités ni ne résidait ordinairement dans le ressort du tribunal d’origine, n’a pas comparu volontairement ni autrement reconnu, durant l’instance, la compétence de ce tribunal;
- g) le débiteur en vertu du jugement pourrait opposer une défense valable si une action était intentée sur la base du jugement initial.

IV. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2019 ONSC 1445, 145 O.R. (3d) 515 (Perell J.)*

[13] H.M.B. sought to enforce the British Columbia Judgment in Ontario pursuant to the *REJA*. Antigua resisted the application on the basis of both ss. 3(b) and 3(g) of the statute. The application judge accepted Antigua’s arguments and dismissed H.M.B.’s application.

[14] First, the application judge found that s. 3(b) of the *REJA* precluded the registration of the British Columbia Judgment because Antigua was not “carrying on business” in British Columbia. According to *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, “carrying on business” in a jurisdiction requires some form of actual, not only virtual, presence in the jurisdiction. Antigua had no physical presence in British Columbia, nor did it carry on any sustained business activity in the province. Moreover, the CIP was not a business activity. It was a government program aimed at recruiting new citizens to start businesses in Antigua. Even if one assumed that the CIP was a business activity, the four Authorized Representatives in British Columbia were not Authorized Agents of the Antiguan government; they were carrying on their own businesses independently.

[15] Second, and in the alternative, the application judge found that the registration of the British Columbia Judgment was precluded by s. 3(g) of the *REJA*, which bars registration if “the judgment debtor would have a good defence if an action were brought on the original judgment”. The application judge’s analysis turned on the meaning of “original judgment” in this provision. He concluded that “original judgment” referred to the first-instance Privy Council Judgment on the merits, not the British Columbia Judgment, which was a derivative of a judgment of a non-reciprocating jurisdiction. According to the application judge, interpreting “original judgment”

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2019 ONSC 1445, 145 O.R. (3d) 515 (le juge Perell)*

[13] H.M.B. a tenté de faire exécuter le jugement de la Colombie-Britannique en Ontario en vertu de la *LERJ*. Antigua s’est opposée à la requête en invoquant les al. 3b) et 3g) de la *LERJ*. Le juge de première instance a retenu les arguments d’Antigua et rejeté la requête de H.M.B.

[14] Premièrement, le juge de première instance a conclu que l’al. 3b) de la *LERJ* empêchait l’enregistrement du jugement de la Colombie-Britannique parce qu’Antigua « n’exerçait pas ses activités » (« *carrying on business* » dans la version anglaise de la *LERJ*) en Colombie-Britannique. Selon l’arrêt *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, « l’exploitation d’une entreprise » (« *carrying on business* ») exige une forme de présence effective — et non seulement virtuelle — dans le ressort en question. Or, Antigua n’avait aucune présence physique en Colombie-Britannique, et elle ne se livrait pas non plus à des activités commerciales soutenues dans la province. De plus, le CIP n’était pas une activité commerciale. C’était un programme gouvernemental visant à recruter de nouveaux citoyens pour démarrer des entreprises à Antigua. Même en supposant que le CIP soit une activité commerciale, les quatre représentants autorisés qui se trouvaient en Colombie-Britannique n’étaient pas des mandataires autorisés du gouvernement d’Antigua; ils exploitaient leurs propres entreprises de façon indépendante.

[15] Deuxièmement, et à titre subsidiaire, le juge de première instance a conclu que l’enregistrement du jugement de la Colombie-Britannique était exclu par l’al. 3g) de la *LERJ*, qui interdit au tribunal d’enregistrer le jugement si « le débiteur en vertu du jugement pourrait opposer une défense valable si une action était intentée sur la base du jugement initial ». Le juge de première instance a fait porter son analyse sur le sens du terme « jugement initial » que l’on trouve dans cette disposition. Il a conclu que, par « jugement initial », il fallait entendre la décision rendue sur le fond en première instance par le Conseil privé et non le jugement de la Colombie-Britannique,

to include a judgment of this nature would circumvent the general policy of the Ontario law about foreign judgments of non-reciprocating jurisdictions. It would allow the registration in Ontario of a judgment granted by a court of another jurisdiction by an indirect method when it is not permitted to be done directly. As a result, the “original judgment” was the Privy Council Judgment, not the British Columbia Judgment, and as Antigua would have a limitations-period defence if H.M.B. brought a direct action to enforce the Privy Council Judgment, s. 3(g) barred registration.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2020 ONCA 12, 149 O.R. (3d) 440 (Simmons and Pardu J.J.A., Nordheimer J.A. Dissenting)*

[16] On appeal, H.M.B. challenged the application judge’s approach to both ss. 3(b) and 3(g).

[17] A majority of the Court of Appeal for Ontario affirmed the application judge’s analysis of “carrying on business” under s. 3(b) of the *REJA* and dismissed the appeal on this basis. It found that the application judge had not erred in summarizing or applying the legal test for what constitutes carrying on a business, and that his factual finding that Antigua was not carrying on business in British Columbia was entitled to deference. As a result, there was no basis for appellate intervention on this point. As this was sufficient to dismiss the appeal, the majority found it unnecessary to assess the application judge’s interpretation of “original judgment” under s. 3(g) of the *REJA*.

[18] Nordheimer J.A., in dissent, would have allowed H.M.B.’s appeal and ordered that the British Columbia Judgment be registered. He held that the application judge had erred in relying on *Van Breda*, which is about jurisdiction at first instance and does

qui dérivait d’un jugement rendu par un État n’accordant pas la réciprocité. Suivant le juge de première instance, interpréter le terme « jugement initial » de façon à englober un jugement de cette nature contournerait la politique générale du droit ontarien en matière de jugements étrangers rendus par des États n’accordant pas la réciprocité. Une telle interprétation permettrait d’utiliser un moyen indirect pour faire enregistrer en Ontario un jugement rendu par un tribunal étranger alors qu’il n’est pas permis de le faire directement. Le « jugement initial » était donc l’arrêt du Conseil privé et non le jugement de la Colombie-Britannique, et, comme Antigua pouvait opposer une défense valable fondée sur la prescription si H.M.B. avait intenté une action directe pour faire exécuter l’arrêt du Conseil privé, l’al. 3g) empêchait l’enregistrement.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2020 ONCA 12, 149 O.R. (3d) 440 (les juges Simmons et Pardu, le juge Nordheimer, dissident)*

[16] En appel, H.M.B. a contesté la façon dont le juge de première instance a abordé les al. 3b) et 3g).

[17] La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé à la majorité l’analyse que le juge de première instance avait faite du concept d’« exer[cice] [d’]activités » à l’al. 3b) de la *LERJ* et rejeté l’appel pour ce motif. Elle a conclu que le juge de première instance n’avait pas commis d’erreur en résumant ou en appliquant le critère juridique permettant de déterminer en quoi consiste l’exercice d’activités, ajoutant que la conclusion de fait du juge selon laquelle Antigua n’exerçait pas ses activités en Colombie-Britannique commandait la déférence. Rien ne justifiait donc l’intervention de la Cour d’appel sur ce point. La majorité a estimé que, comme cette conclusion suffisait pour rejeter l’appel, il n’était pas nécessaire de se pencher sur l’interprétation que le juge de première instance avait faite du terme « jugement initial » qui figure à l’al. 3g) de la *LERJ*.

[18] Le juge Nordheimer, dissident, aurait fait droit à l’appel de H.M.B. et aurait ordonné l’enregistrement du jugement de la Colombie-Britannique. Il s’est dit d’avis que le juge de première instance avait commis une erreur en se fondant sur l’arrêt *Van*

not apply to the recognition and enforcement of foreign judgments. Instead, the governing case is *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, [2015] 3 S.C.R. 69, which calls for a liberal approach to the recognition and enforcement of foreign judgments. As a result, the requirement of “carrying on business” under s. 3(b) of the *REJA* should be interpreted as setting a very low bar, which was readily satisfied by Antigua’s conduct in British Columbia through the CIP. Nordheimer J.A. held that the application judge had committed a palpable and overriding error in finding otherwise.

[19] Turning to the s. 3(g) issue, Nordheimer J.A. found that “original judgment” in this provision referred to the British Columbia Judgment. Section 1(1) of the *REJA* defines “original court” as “the court by which the judgment was given”, which in this case, Nordheimer J.A. held, referred to the Supreme Court of British Columbia since the judgment sought to be registered was the British Columbia Judgment. As a matter of statutory interpretation, the presumption of consistent expression suggested that “original judgment” referred to the British Columbia Judgment as well. There was nothing to rebut the presumption in this case. Indeed, the application judge’s inconsistent interpretation of these terms undermined the purpose of the *REJA*, which is to facilitate the enforcement of judgments properly issued by reciprocating jurisdictions. As Antigua had no good defence to the British Columbia Judgment, Nordheimer J.A. held that s. 3(g) did not bar the registration of that judgment and would have ordered that it be registered.

V. Submissions of the Parties

[20] H.M.B. argues that the interpretation of “carry on business” in s. 3(b) must reflect the “generous

Breda, qui portait sur la compétence en première instance et ne s’appliquait pas à la reconnaissance et à l’exécution des jugements étrangers. La décision applicable était plutôt l’arrêt *Chevron Corp. c. Yaiguaje*, 2015 CSC 42, [2015] 3 R.C.S. 69, qui préconise une approche libérale en matière de reconnaissance et d’exécution de jugements étrangers. En conséquence, l’exigence relative à l’« exer[cice] [d’]activités » prévue à l’al. 3b) de la *LERJ* devait selon lui être interprétée comme établissant un critère très peu exigeant auquel Antigua satisfaisait aisément du fait des activités qu’elle exerçait en Colombie-Britannique par le truchement du CIP. Le juge Nordheimer a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et déterminante en concluant différemment.

[19] En ce qui concerne l’al. 3g), le juge Nordheimer a conclu que le « jugement initial » dont il est question dans cette disposition s’entendait du jugement de la Colombie-Britannique. Selon la définition prévue au par. 1(1) de la *LERJ*, le « tribunal d’origine » est « le tribunal qui [. . .] a rendu [le jugement] », ce qui, en l’espèce, s’entendait, selon le juge Nordheimer, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, étant donné que le jugement dont on cherchait à obtenir l’enregistrement était le jugement de la Colombie-Britannique. Sur le plan de l’interprétation des lois, la présomption d’uniformité d’expression donnait à penser que le terme « jugement initial » s’entendait aussi du jugement de la Colombie-Britannique. Rien ne permettait de réfuter cette présomption en l’espèce. D’ailleurs, l’interprétation incohérente de ce terme par le juge de première instance allait à l’encontre de l’objet de la *LERJ*, qui est de faciliter l’exécution des jugements régulièrement rendus par des États accordant la réciprocité. Le juge Nordheimer a estimé que, comme Antigua n’avait pas de moyen de défense valable à faire valoir pour s’opposer au jugement de la Colombie-Britannique, l’al. 3g) n’empêchait pas l’enregistrement de ce jugement, de sorte qu’il en aurait ordonné l’enregistrement.

V. Prétentions des parties

[20] H.M.B. soutient que l’interprétation de l’expression « exerçait [. . .] ses activités » à l’al. 3b)

and liberal” approach to judgment recognition and enforcement outlined in *Chevron*. Jurisdiction *simpliciter* principles are inapplicable, and the application judge erred in relying on *Van Breda*. Instead, the test in *Wilson v. Hull* (1995), 128 D.L.R. (4th) 403 (Alta. C.A.), applies. On the basis of *Wilson* or any other test for “carrying on business”, Antigua’s “marketing and selling of Antiguan citizenship” in British Columbia meets the standard of carrying on business (A.F., at para. 27). With respect to s. 3(g), H.M.B. argues that a consistent interpretation of the word “original” throughout the statute compels the conclusion that the “original judgment” is the British Columbia Judgment, to which Antigua has no defence. As a result, neither s. 3(b) nor s. 3(g) of the *REJA* bars the registration of the judgment.

[21] Antigua argues that the application judge applied the correct test for “carrying on business” under s. 3(b), which has its origins in the common law of presence-based jurisdiction *simpliciter*. It also submits that there is no reviewable error in the application judge’s conclusion that Antigua was not carrying on business in British Columbia. In relation to s. 3(g), Antigua argues that the “original judgment” is the Privy Council Judgment, to which it has a limitations-period defence. Moreover, concluding that the derivative British Columbia Judgment is the “original judgment” would circumvent Ontario’s statutory limitation period for the registration of foreign judgments, permitting H.M.B. to do indirectly what it cannot do directly. As a result, ss. 3(b) and 3(g) of the *REJA* both bar the registration of the British Columbia Judgment under the *REJA*.

doit refléter l’approche « souple et libérale » en matière de reconnaissance et d’exécution des jugements étrangers énoncée dans l’arrêt *Chevron*. Les principes relatifs à l’établissement de la compétence ne s’appliquent pas, et le juge de première instance a commis une erreur en se fondant sur l’arrêt *Van Breda*. Le critère applicable est plutôt celui qui a été énoncé dans l’arrêt *Wilson c. Hull* (1995), 128 D.L.R. (4th) 403 (C.A. Alta.). Selon l’arrêt *Wilson* ou tout autre critère relatif à l’« exercice d’activités », les [TRADUCTION] « activités de promotion et de vente de la citoyenneté antiguaise » auxquelles se livrait Antigua en Colombie-Britannique satisfaisaient à la norme relative à l’exercice d’activités (m.a., par. 27). En ce qui concerne l’al. 3g), H.M.B. fait valoir que, selon une interprétation cohérente des termes « initial » et « d’origine » que l’on trouve partout dans la loi, force est de conclure que le « jugement initial » est le jugement de la Colombie-Britannique, contre lequel Antigua n’a aucun moyen de défense à faire valoir. En conséquence, ni l’al. 3b) ni l’al. 3g) de la *LERJ* n’empêche l’enregistrement du jugement.

[21] Antigua soutient que le juge de première instance a appliqué le bon critère pour déterminer s’il y avait « exer[cice] [d’]activités » au sens de l’al. 3b), critère qui trouve son origine dans les règles de common law relatives à l’établissement de la compétence fondée sur la présence dans le ressort. Elle ajoute que la conclusion du juge de première instance suivant laquelle Antigua n’exerçait pas ses activités en Colombie-Britannique n’est entachée d’aucune erreur justifiant l’infirmité de sa décision. Pour ce qui est de l’al. 3g), Antigua affirme que le « jugement initial » est l’arrêt du Conseil privé, contre lequel elle peut faire valoir un moyen de défense valable fondé sur la prescription. De plus, conclure que le jugement dérivé rendu en Colombie-Britannique est le « jugement initial » permettrait de se soustraire au délai de prescription prévu par la loi ontarienne pour l’enregistrement des jugements étrangers, permettant ainsi à H.M.B. de faire indirectement ce qu’elle ne peut pas faire directement. En conséquence, les al. 3b) et 3g) de la *LERJ* empêchent tous les deux l’enregistrement du jugement de la Colombie-Britannique en vertu de la *LERJ*.

VI. Issues on Appeal

- (a) Is H.M.B. precluded by s. 3(b) of the *REJA* from having the British Columbia Judgment registered in Ontario because Antigua was not “carrying on business” in British Columbia at the time of the action brought in that province?
- (b) If not, is H.M.B. precluded by s. 3(g) of the *REJA* from having the British Columbia Judgment registered in Ontario on account of Antigua having a good defence on the original judgment?

VII. Analysis

[22] H.M.B. seeks to enforce the Privy Council Judgment by bringing an application to register the British Columbia Judgment under the *REJA*. The statute allows a person who has obtained a judgment in another jurisdiction (the “judgment creditor”) to apply to register the judgment in Ontario and creates a process by which the person against whom the judgment was obtained (the “judgment debtor”) can resist its registration. A judgment registered under the *REJA* is treated as if it were a judgment originally issued by an Ontario court (s. 4).

[23] The *REJA* is not the only route by which H.M.B. could try to enforce the Privy Council Judgment in Ontario. H.M.B. could also commence a separate common law action for enforcement.¹ However, the *REJA* provides an easy, economical and expedient route for enforcing foreign judgments (*T.D.I. Hospitality Management Consultants Inc. v. Browne* (1994), 117 D.L.R. (4th) 289 (Man. C.A.), at p. 295; *Wilson*, at pp. 412-13; *Impagination Inc. v. Baird* (2001), 202 Nfld. & P.E.I.R. 300 (Nfld. S.C.T.D.), at paras. 26-27; S. G. A. Pitel and N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2nd ed. 2016), at pp. 201 and 203-4; S. G. A. Pitel et al., *Private International*

¹ In fact, H.M.B. did also commence a common law action to enforce the British Columbia Judgment, but those proceedings are not at issue in this Court (*H.M.B. Holdings Ltd. v. Attorney General of Antigua and Barbuda*, 2021 ONSC 2307).

VI. Questions en litige

- a) L’alinéa 3b) de la *LERJ* empêche-t-il H.M.B. de faire enregistrer le jugement de la Colombie-Britannique en Ontario parce qu’Antigua « n’exerçait pas ses activités » en Colombie-Britannique lorsque l’action a été intentée dans cette province?
- b) Dans la négative, l’al. 3g) de la *LERJ* empêche-t-il H.M.B. de faire enregistrer le jugement de la Colombie-Britannique en Ontario parce qu’Antigua dispose d’un bon moyen de défense contre le jugement initial?

VII. Analyse

[22] H.M.B. cherche à faire exécuter l’arrêt du Conseil privé en introduisant une requête pour faire enregistrer le jugement de la Colombie-Britannique en vertu de la *LERJ*. Cette loi permet à une personne qui a obtenu un jugement dans un autre ressort (le « créancier en vertu du jugement ») de demander l’enregistrement du jugement en Ontario. Elle instaure une procédure permettant à la personne contre qui le jugement a été rendu (le « débiteur en vertu du jugement ») de s’opposer à son enregistrement. Le jugement enregistré en vertu de la *LERJ* a la même valeur qu’un jugement rendu par un tribunal ontarien (art. 4).

[23] La *LERJ* n’est pas la seule voie de recours ouverte à H.M.B. pour tenter de faire exécuter l’arrêt du Conseil privé en Ontario. H.M.B. pouvait aussi introduire une action distincte en common law en vue de faire exécuter cet arrêt¹. Cependant, la *LERJ* offre un moyen facile, économique et rapide de faire exécuter les jugements étrangers (*T.D.I. Hospitality Management Consultants Inc. c. Browne* (1994), 117 D.L.R. (4th) 289 (C.A. Man.), p. 295; *Wilson*, p. 412-413; *Impagination Inc. c. Baird* (2001), 202 Nfld. & P.E.I.R. 300 (C.S.T.-N. Div. 1^{re} inst.), par. 26-27; S. G. A. Pitel et N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2^e éd. 2016), p. 201 et 203-204; S. G. A. Pitel et autres,

¹ En fait, H.M.B. a effectivement aussi introduit une action en common law pour faire exécuter le jugement de la Colombie-Britannique, mais cette instance n’est pas en litige devant notre Cour (*H.M.B. Holdings Ltd. c. Attorney General of Antigua and Barbuda*, 2021 ONSC 2307).

Law in Common Law Canada: Cases, Text and Materials (4th ed. 2016), at p. 481). It provides a number of statutory benefits: six years to register the judgment from the date of issue (s. 2(1)), registration order made without notice to the judgment debtor (s. 2(2)), and a short window, one month, following notice of the registration during which the judgment debtor can seek to have the registration set aside (s. 6). But these statutory benefits come at a cost. Only judgments from reciprocating jurisdictions may be registered under the *REJA*. British Columbia is a reciprocating jurisdiction under *REJA*, but Antigua is not. Moreover, recognition of judgments under *REJA* is subject to seven defences set out in s. 3. If any one defence is established, the judgment cannot be registered. At issue in this appeal are two of the defences (ss. 3(b) and 3(g)).

A. *Preliminary Issue*

[24] As a preliminary matter, the *REJA* applies only to “a judgment or an order of a court in any civil proceedings whereby any sum of money is payable” (ss. 1(1) “judgment” and 2(1)). If the judgment in issue does not meet the statutory definition of “judgment” in s. 1(1), it cannot be registered pursuant to the *REJA* and there is no need to consider the s. 3 defences to registration.

[25] It is an open question whether the derivative British Columbia Judgment — a judgment that itself enforces a judgment of a non-reciprocating jurisdiction — falls within the definition of “judgment” in the *REJA* and is capable of being registered under the statute. On the one hand, there is support for the view that the definition of “judgment” excludes derivative judgments because they are not judgments whereby any sum of money is payable, and because their inclusion would be contrary to the purpose of reciprocal enforcement statutes and the

Private International Law in Common Law Canada : Cases, Text and Materials (4^e éd. 2016), p. 481). Le moyen offert par la *LERJ* présente plusieurs avantages : un délai de six ans pour faire enregistrer le jugement à partir de la date à laquelle il a été rendu (par. 2(1)), la possibilité d’obtenir une ordonnance portant enregistrement sans préavis au débiteur en vertu du jugement (par. 2(2)), et un court délai d’un mois après la signification de l’avis d’enregistrement dans lequel le débiteur en vertu du jugement peut faire annuler l’enregistrement (art. 6). Mais ces avantages conférés par la loi ne sont pas sans conséquence. Seuls les jugements provenant de ressorts accordant la réciprocité peuvent être enregistrés en vertu de la *LERJ*. La Colombie-Britannique est un ressort accordant la réciprocité au sens de la *LERJ*, mais pas Antigua. De plus, la reconnaissance des jugements en vertu de la *LERJ* est assujettie aux sept moyens de défense énumérés à l’art. 3. Si l’un de ces moyens est établi, le jugement ne peut être enregistré. Deux de ces moyens de défense sont en cause dans le présent pourvoi (celui prévu à l’al. 3b) et celui énoncé à l’al. 3g)).

A. *Question préliminaire*

[24] Il convient tout d’abord de signaler que la *LERJ* ne s’applique qu’au « [j]ugement ou [à l’]ordonnance d’un tribunal dans une instance civile, portant condamnation au paiement d’une somme d’argent » (par. 1(1) « jugement » et 2(1)). Si le jugement en cause ne répond pas à la définition que la *LERJ* donne du mot « jugement » au par. 1(1), il ne peut être enregistré en vertu de la *LERJ* et il n’est pas nécessaire d’examiner les moyens de défense prévus à l’art. 3 pour s’opposer à l’enregistrement.

[25] Il reste à voir si le jugement dérivé rendu en Colombie-Britannique — un jugement qui exécute lui-même un jugement émanant d’un État qui n’accorde pas la réciprocité — répond à la définition du terme « jugement » dans la *LERJ* et s’il peut être enregistré en vertu de cette loi. D’une part, certains soutiennent que la définition de « jugement » exclut les jugements dérivés parce que ceux-ci ne sont pas des jugements portant condamnation au paiement d’une somme d’argent, et parce que leur inclusion serait contraire à l’objet des lois relatives

principle of reciprocity (see, for example, *Owen v. Rocketinfo Inc.*, 2008 BCCA 502, 86 B.C.L.R. (4th) 64, at paras. 20-21; *Strategic Technologies Pte Ltd. v. Procurement Bureau of the Republic of China Ministry of National Defence*, [2020] EWCA Civ 1604, [2021] 2 W.L.R. 448, at paras. 54-61). On the other hand, there is also support for the view that the definition of “judgment” in the *REJA* includes derivative judgments, namely this Court’s *obiter* statement in *Chevron* that “under provincial legislation, a recognition and enforcement judgment issued in one province may be capable of being ‘registered’ in another province” (para. 49).

[26] In this appeal, both parties accept, as the courts below did, that the British Columbia Judgment is a “judgment” falling within the scope of the *REJA*, and the Court is without the benefit of full argument on this issue. Moreover, as my analysis below demonstrates, if the British Columbia Judgment is assumed to fall within the definition of “judgment” in the *REJA*, the application judge’s finding that s. 3(b) bars registration of the British Columbia Judgment must be affirmed. It is therefore unnecessary for me to decide whether derivative judgments can be registered under the *REJA*, because this appeal must be dismissed in any event. As such, these reasons proceed on the assumption that the British Columbia Judgment falls within the *REJA*’s scope, without deciding the issue. I leave for another day the question of whether derivative judgments are, in fact, contemplated by the definition of “judgment” in the *REJA*.

B. Was Antigua “Carrying on Business” in British Columbia Within the Meaning of Section 3(b) of the *REJA*?

[27] Section 3(b) of the *REJA* provides:

3 No judgment shall be ordered to be registered under this Act if it is shown to the registering court that,

...

à l’exécution réciproque et au principe de réciprocité (voir, par exemple, *Owen c. Rocketinfo Inc.*, 2008 BCCA 502, 86 B.C.L.R. (4th) 64, par. 20-21; *Strategic Technologies Pte Ltd. c. Procurement Bureau of the Republic of China Ministry of National Defence*, [2020] EWCA Civ 1604, [2021] 2 W.L.R. 448, par. 54-61). D’autre part, la remarque incidente de notre Cour dans l’arrêt *Chevron* porte à croire que la définition du mot « jugement » dans la *LERJ* englobe les jugements dérivés : « . . . selon la législation provinciale, un jugement en reconnaissance et en exécution rendu dans une province peut être susceptible d’“enregistrement” dans une autre province. . . » (par. 49).

[26] Dans le présent pourvoi, les deux parties acceptent, à l’instar des juridictions inférieures, que le jugement de la Colombie-Britannique est un « jugement » qui relève de la *LERJ*, et la Cour n’a pas eu l’avantage d’entendre une argumentation complète sur la question. De plus, comme l’analyse que je fais plus loin le démontrera, si l’on tient pour acquis que le jugement de la Colombie-Britannique répond à la définition de « jugement » dans la *LERJ*, il faut alors confirmer la conclusion du juge de première instance selon laquelle l’al. 3b) fait obstacle à l’enregistrement du jugement de la Colombie-Britannique. Il n’est donc pas nécessaire que je décide si les jugements dérivés peuvent être enregistrés en vertu de la *LERJ*, puisque le présent pourvoi doit de toute façon être rejeté. Les présents motifs tiennent donc pour acquis, sans trancher la question, que le jugement de la Colombie-Britannique relève de la *LERJ*. Je remets à une autre occasion l’examen de la question de savoir si les jugements dérivés sont effectivement visés par la définition de « jugement » dans la *LERJ*.

B. Est-ce qu’Antigua « exerçait ses activités » en Colombie-Britannique au sens de l’al. 3b) de la *LERJ*?

[27] L’alinéa 3b) de la *LERJ* dispose :

3 Le tribunal d’enregistrement ne doit pas, aux termes de la présente loi, ordonner l’enregistrement d’un jugement s’il est démontré que :

...

(b) the judgment debtor, being a person who was neither carrying on business nor ordinarily resident within the jurisdiction of the original court, did not voluntarily appear or otherwise submit during the proceedings to the jurisdiction of that court; . . .

b) le débiteur en vertu du jugement, qui n'exerçait pas ses activités ni ne résidait ordinairement dans le ressort du tribunal d'origine, n'a pas comparu volontairement ni autrement reconnu, durant l'instance, la compétence de ce tribunal;

[28] Section 3(b) places two burdens on a judgment debtor seeking to raise this defence. First, the judgment debtor must establish that they were not carrying on business or ordinarily resident in the jurisdiction of the original court. Second, the judgment debtor must also show that they did not voluntarily appear or otherwise submit to the original court's jurisdiction during the proceedings the judgment creditor brought in that court. If the judgment debtor shows the Ontario court that these two conditions are met, then s. 3(b) bars the registration of the judgment.

[28] L'alinéa 3b) oblige le débiteur en vertu du jugement qui cherche à faire valoir ce moyen de défense à s'acquitter de deux fardeaux. Premièrement, le débiteur en vertu du jugement doit démontrer qu'il n'exerçait pas ses activités ni ne résidait ordinairement dans le ressort du tribunal d'origine. Deuxièmement, le débiteur en vertu du jugement doit aussi établir qu'il n'a pas comparu volontairement ni autrement reconnu la compétence de ce tribunal durant l'instance introduite par le créancier en vertu du jugement devant ce tribunal. Si le débiteur en vertu du jugement démontre au tribunal ontarien que ces deux conditions sont satisfaites, l'al. 3b) empêche alors l'enregistrement du jugement.

[29] In the present appeal, the parties agree that Antigua is not ordinarily resident in British Columbia and did not voluntarily appear or otherwise submit to the jurisdiction of the Supreme Court of British Columbia during the proceedings H.M.B. commenced in that province. As a result, the only issue in the application of s. 3(b) in this case is whether Antigua was “carrying on business” in British Columbia.

[29] Dans le présent pourvoi, les parties conviennent qu'Antigua ne réside pas ordinairement en Colombie-Britannique et qu'elle n'a pas comparu volontairement ni autrement reconnu la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique au cours de l'instance que H.M.B. a introduite dans cette province. En conséquence, la seule question que soulève l'application de l'al. 3b) en l'espèce est celle de savoir si Antigua « exerçait [. . .] ses activités » en Colombie-Britannique.

(1) Interpretation of “Carrying on Business”

(1) Interprétation de la notion d'« exercice d'activités »

[30] The *REJA* does not define “carrying on business”, but this concept has a long history at common law. As a matter of statutory interpretation, common law terms and concepts are presumed to retain their common law meaning when used in legislation (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at § 17.14).

[30] La *LERJ* ne définit pas la notion d'« exercice d'activités », mais ce concept existe depuis longtemps en common law. Du point de vue de l'interprétation des lois, lorsqu'ils sont utilisés dans une disposition législative, les termes et concepts empruntés à la common law sont présumés conserver le sens qu'ils ont en common law (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), § 17.14).

[31] At common law, the concept of “carrying on business” forms part of the law on the traditional bases of jurisdiction. As this Court explained in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990]

[31] En common law, le concept d'« exercice d'activités » fait partie des fondements traditionnels de la compétence des tribunaux. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c.*

3 S.C.R. 1077, under the traditional bases of jurisdiction at common law, a foreign judgment could be recognized and enforced in Canada only if the defendant in the original action had been *present* in the foreign jurisdiction at the time of the action there or had *consented* in some way to the foreign court's jurisdiction (p. 1092; see also *Chevron*, at para. 29; Pitel and Rafferty, at pp. 164 and 168). In this context, a corporation is said to be "present" in a jurisdiction if it is established that the corporation was "carrying on business" in that jurisdiction at the time of the action (*Chevron*, at para. 85; Pitel and Rafferty, at p. 170; J. Walker, *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (6th ed. (loose-leaf)), at p. 14-24).

[32] The Canadian common law of recognition and enforcement has developed beyond the traditional bases of jurisdiction. Notably, in *Morguard* itself, the Court held that the judgment of a court in one province could be recognized in another province on the basis of a "real and substantial connection" to the original jurisdiction rather than the traditional bases of jurisdiction. Nonetheless, the common law bases of presence and consent remain important, and in this case are critical to understanding s. 3(b) of the *REJA*.

[33] The *REJA* was first enacted in 1929. It is based on a model statute approved by the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada in 1924, which in turn was based on the United Kingdom's *Administration of Justice Act, 1920*, 10 & 11 Geo. 5, c. 81 (see *Proceedings of the Seventh Annual Meeting of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada*, App. G, *The Reciprocal Enforcement of Judgments Act* (1924)). Section 3(b), which has not changed since 1929, is nearly identical to s. 9(2)(b) of the United Kingdom's statute.

[34] Section 3(b) codified the traditional common law bases of jurisdiction as a prerequisite for registration. In *Morguard*, the Court recognized

De Savoye, [1990] 3 R.C.S. 1077, selon les fondements traditionnels de la compétence des tribunaux en common law, un jugement étranger ne peut être reconnu et exécuté au Canada que si le défendeur dans l'action initiale était *présent* à l'époque où l'action a été intentée dans l'État étranger où le jugement a été rendu ou s'il a *reconnu* d'une façon ou d'une autre la compétence du tribunal étranger (p. 1092; voir également *Chevron*, par. 29; Pitel et Rafferty, p. 164 et 168). Dans ce contexte, une société est considérée comme étant « présente » dans un ressort s'il est démontré qu'elle y « exploitait une entreprise » au moment de l'action (*Chevron*, par. 85; Pitel et Rafferty, p. 170; J. Walker, *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws* (6^e éd. (feuilles mobiles)), p. 14-24).

[32] La common law canadienne en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements s'est développée au-delà des fondements traditionnels de la compétence. Notamment, dans l'arrêt *Morguard* lui-même, la Cour a statué que le jugement du tribunal d'une province pouvait être reconnu dans une autre province au motif qu'il existait un « lien réel et substantiel » avec la province où le jugement avait été rendu, plutôt qu'en application des fondements traditionnels de la compétence. Néanmoins, les fondements traditionnels de la compétence en common law que sont la présence et le consentement demeurent importants et, en l'espèce, ils sont essentiels pour comprendre l'al. 3b) de la *LERJ*.

[33] L'adoption de la *LERJ* remonte à 1929. Elle s'inspire d'une loi type approuvée par la Conférence des commissaires sur l'uniformité des lois au Canada en 1924, qui était elle-même fondée sur l'*Administration of Justice Act, 1920*, 10 & 11 Geo. 5, c. 81, du Royaume-Uni (voir *Proceedings of the Seventh Annual Meeting of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada*, ann. G, *The Reciprocal Enforcement of Judgments Act* (1924)). L'alinéa 3b), qui n'a pas été modifié depuis 1929, est presque identique à l'al. 9(2)(b) de la loi du Royaume-Uni.

[34] L'alinéa 3b) a codifié les règles relatives aux fondements traditionnels de la compétence en common law à titre de condition préalable à

the connection between the traditional bases of jurisdiction and British Columbia's equivalent to s. 3(b) (p. 1111). Academic commentators also accept the connection between the traditional bases of jurisdiction and s. 3(b) (Pitel et al., at p. 481). Likewise, English jurisprudence recognizes that the *Administration of Justice Act, 1920*, is “based on the common law and fall[s] to be interpreted in accordance with the common law” and that the provision equivalent to s. 3(b) reflects common law principles of jurisdiction (*Vizcaya Partners Ltd. v. Picard*, [2016] UKPC 5, [2016] 3 All E.R. 181, at paras. 5 and 8). Moreover, the codification of the traditional common law bases of jurisdiction in s. 3(b) is reflected in the language of the provision. Section 3(b) plainly addresses presence-based jurisdiction in its references to carrying on business and residence, and consent-based jurisdiction in its reference to voluntary appearance or submission to the court's jurisdiction.

[35] As a result, contrary to the appellant's assertion, jurisdiction *simpliciter* principles are helpful in interpreting s. 3(b) of the *REJA*. In particular, the jurisprudence governing the traditional bases of jurisdiction codified in s. 3(b) is directly applicable to assist in the interpretation and application of this provision. *Chevron* is helpful in this case to the extent that it clarifies the traditional grounds of jurisdiction. I turn now to that jurisprudence and the meaning of “carrying on business”.

[36] Before *Chevron*, courts generally relied on English cases, and in particular the English Court of Appeal's decision in *Adams v. Cape Industries Plc.*, [1990] 1 Ch. 433, to interpret the meaning of “carrying on business”. In *Adams*, Lord Justice Slade, writing for a unanimous court, held that English courts will be likely to treat a foreign corporation as present within the jurisdiction of the courts of another country only if either: (1) it has established and maintained at its own expense, whether as owner or lessee, a fixed place of business of its own in the

l'enregistrement. Dans l'arrêt *Morguard*, la Cour a reconnu le lien qui existe entre les fondements traditionnels de la compétence et l'équivalent britannico-colombien de l'al. 3b) (p. 1111). La doctrine accepte elle aussi l'existence d'un lien entre les fondements traditionnels de la compétence et l'al. 3b) (Pitel et autres, p. 481). De même, la jurisprudence anglaise reconnaît que l'*Administration of Justice Act, 1920* est [TRADUCTION] « fondée sur la common law et doit être interprétée conformément à la common law » et que la disposition équivalente à l'al. 3b) reflète les principes de common law en matière de compétence (*Vizcaya Partners Ltd. c. Picard*, [2016] UKPC 5, [2016] 3 All E.R. 181, par. 5 et 8). En outre, la codification des règles relatives aux fondements traditionnels de la compétence en common law à l'al. 3b) se dégage du libellé de cette disposition. L'alinéa 3b) traite clairement de la compétence fondée sur la présence en mentionnant l'exercice d'activités et la résidence, et elle traite de la compétence fondée sur le consentement en parlant de comparution volontaire et de reconnaissance de la compétence du tribunal.

[35] En conséquence, contrairement à ce que prétend l'appelante, les principes relatifs à l'établissement de la compétence sont utiles pour interpréter l'al. 3b) de la *LERJ*. En particulier, la jurisprudence sur les fondements traditionnels de la compétence codifiés à l'al. 3b) est directement applicable pour nous aider à interpréter et à appliquer cette disposition. L'arrêt *Chevron* est utile en l'espèce dans la mesure où il clarifie les fondements traditionnels de la compétence. Je passe maintenant à l'examen de cette jurisprudence et du sens de la notion d'« exercice d'activités ».

[36] Avant l'arrêt *Chevron*, les tribunaux s'appuyaient généralement sur la jurisprudence anglaise, et en particulier sur la décision de la Cour d'appel anglaise dans *Adams c. Cape Industries Plc.*, [1990] 1 Ch. 433, pour interpréter le sens de la notion d'« exercice d'activités ». Dans l'arrêt *Adams*, le lord juge Slade, qui s'exprimait au nom d'une cour unanime, a déclaré que les tribunaux anglais sont susceptibles de considérer qu'une société étrangère est présente dans le ressort des tribunaux de l'État étranger seulement si l'une ou l'autre des conditions

other country and for more than a minimal period of time has carried on its own business at or from such premises by its servants or agents; or (2) a representative of the foreign corporation has for more than a minimal period of time been carrying on the corporation's business in the other country at or from some fixed place of business (p. 530). In both of these two cases, the foreign corporation's presence can be established only if it can be said that its business has been transacted at or from the fixed place of business.

[37] In cases involving a representative, the question of whether the representative has been carrying on the foreign corporation's business or has been doing no more than carry on their own business will necessitate an investigation of the functions they have been performing and all aspects of the relationship between them and the foreign corporation (p. 530). In particular, the following questions are relevant to the assessment of whether the representative has been carrying on the foreign corporation's business:

- (a) whether or not the fixed place of business from which the representative operates was originally acquired for the purpose of enabling them to act on behalf of the foreign corporation;
- (b) whether the foreign corporation has directly reimbursed the representative for the cost of their accommodation at the fixed place of business and the cost of their staff;
- (c) what other contributions, if any, the foreign corporation makes to the financing of the business carried on by the representative;
- (d) whether the representative is remunerated by reference to transactions (e.g., by commission), by fixed regular payments or in some other way;
- (e) what degree of control the foreign corporation exercises over the running of the business conducted by the representative;

suyvantes est respectée : (1) l'entreprise a établi et maintenu à ses propres frais, que ce soit en tant que propriétaire ou locataire, son propre lieu d'affaires fixe dans l'autre pays et, pour une période plus que minimale, a exercé ses propres activités dans cet établissement ou à partir de celui-ci par l'intermédiaire de ses employés ou de ses mandataires; (2) un représentant de la société étrangère a, pour une période plus que minimale, exercé des activités de la société dans l'autre pays dans un lieu d'affaires fixe ou à partir de celui-ci (p. 530). Dans un cas comme dans l'autre, la présence de la société étrangère ne peut être établie que si l'on peut dire que les activités ont été exercées au lieu d'affaires fixe ou à partir de celui-ci.

[37] Dans les cas mettant en cause un représentant, la question de savoir si celui-ci a exploité l'entreprise de la société étrangère ou s'est contenté d'exploiter sa propre entreprise nécessitera un examen des fonctions qu'il a exercées et de tous les aspects de sa relation avec la société étrangère (p. 530). En particulier, les questions suivantes sont utiles pour déterminer si le représentant a exercé des activités de la société étrangère :

- a) Le lieu d'affaires fixe à partir duquel le représentant se livre à ses activités a-t-il été acquis à l'origine dans le but de lui permettre d'agir pour le compte de la société étrangère?
- b) La société étrangère rembourse-t-elle directement au représentant le coût de ses locaux au lieu d'affaires fixe, ainsi que le coût de son personnel?
- c) Quelles autres contributions, s'il en est, la société étrangère fait-elle au titre du financement des activités exercées par le représentant?
- d) Le représentant est-il rémunéré en fonction des opérations réalisées (p. ex., au moyen de commissions), par voie de paiements fixes réguliers ou d'une autre manière?
- e) Quel degré de contrôle la société étrangère exerce-t-elle sur les activités menées par le représentant?

- | | |
|--|--|
| <p>(f) whether the representative reserves part of their accommodation and part of their staff for conducting business related to the foreign corporation;</p> <p>(g) whether the representative displays the foreign corporation's name at their premises or on their stationery, and if so, whether the representative does so in a way as to indicate that they are a representative of the foreign corporation;</p> <p>(h) what business, if any, the representative transacts as principal exclusively on their own behalf;</p> <p>(i) whether the representative makes contracts with customers or other third parties in the name of the foreign corporation or otherwise in such manner as to bind it; and</p> <p>(j) if so, whether the representative requires specific authority in advance before binding the foreign corporation to contractual obligations (pp. 530-31).</p> | <p>f) Le représentant réserve-t-il une partie de ses locaux et une partie de son personnel à l'exercice d'activités liées à la société étrangère?</p> <p>g) Le représentant affiche-t-il le nom de la société étrangère à ses locaux ou sur sa papeterie et, dans l'affirmative, le fait-il d'une manière propre à indiquer qu'il est un représentant de la société étrangère?</p> <p>h) Quelles opérations, s'il en est, le représentant effectue-t-il exclusivement pour son propre compte?</p> <p>i) Le représentant conclut-il des contrats avec des clients ou d'autres tiers au nom de la société étrangère ou d'une autre manière liant cette dernière?</p> <p>j) Dans l'affirmative, le représentant a-t-il besoin d'une autorisation préalable précise avant de lier la société étrangère par voie d'obligations contractuelles (p. 530-531)?</p> |
|--|--|

Lord Justice Slade further held that even this list of questions is not exhaustive and that the answer to any of them is not necessarily conclusive as to whether a representative has been carrying on a foreign corporation's business in a certain jurisdiction (p. 531).

Le lord juge Slade a ajouté que même cette liste de questions n'est pas exhaustive et que la réponse à l'une d'entre elles n'est pas nécessairement concluante relativement à la question de savoir si un représentant exerce des activités liées à une société étrangère dans un ressort donné (p. 531).

[38] In *Chevron*, this Court followed the *Adams* approach and explained how the term “carrying on business”, as part of traditional presence-based jurisdiction at common law, should be interpreted in Canada. Gascon J., writing for the Court, stated the following:

[38] Dans l'arrêt *Chevron*, notre Cour a suivi la démarche établie dans l'arrêt *Adams* et expliqué comment l'on devait interpréter au Canada l'expression « exploitation d'une entreprise », dans le cadre du fondement traditionnel de la compétence qu'est la présence en common law. Le juge Gascon, qui s'exprimait au nom de la Cour, a écrit ce qui suit :

To establish traditional, presence-based jurisdiction over an out-of-province corporate defendant, it must be shown that the defendant was carrying on business in the forum at the time of the action. Whether a corporation is “carrying on business” in the province is a question of fact. In *Wilson*, in the context of statutory registration of a foreign judgment, the Alberta Court of Appeal was asked to assess whether a company was carrying on business in the jurisdiction. It held that to make this determination, the court must inquire into whether the company has “some direct or indirect presence in the state asserting

Pour prouver la compétence traditionnelle, fondée sur la présence, à l'égard d'une société défenderesse de l'extérieur de la province, il faut démontrer que cette défenderesse exploitait une entreprise dans le ressort au moment de l'action. La question de savoir si une société « exploite une entreprise » dans la province est une question de fait. Dans *Wilson*, dans le cadre de l'enregistrement, prévu par la loi, d'un jugement étranger, la Cour d'appel de l'Alberta devait déterminer si une société exploitait une entreprise dans le ressort du tribunal. Elle a conclu que pour ce faire, le tribunal doit se demander si cette société a [TRADUCTION]

jurisdiction, accompanied by a degree of business activity which is sustained for a period of time”. These factors are and always have been compelling indicia of corporate presence; as the cases cited in *Adams v. Cape Industries Plc.*, [1990] 1 Ch. 433 [Ch. Div.], at pp. 467-68, per Scott J., demonstrate, the common law has consistently found the maintenance of physical business premises to be a compelling jurisdictional factor. LeBel J. accepted this in *Van Breda* when he held that “carrying on business requires some form of actual, not only virtual, presence in the jurisdiction, such as maintaining an office there”. [Emphasis added; citations omitted; para. 85.]

[39] It should be noted that the term “carrying on business” appeared in *Van Breda* as a presumptive connecting factor in the tort context for the purposes of assumed jurisdiction. Although this Court in *Chevron* cited *Van Breda* for the meaning of that term in the context of traditional presence-based jurisdiction, it is important to remember that traditional presence-based jurisdiction is an independently sufficient ground of jurisdiction that operates alongside the assumed jurisdiction of *Van Breda* (para. 79). If the term “carrying on business” held the same meaning in both contexts, this would create overlap between the two tests (see Pitel and Rafferty, at p. 94). If a corporate defendant were carrying on business in a jurisdiction such that a plaintiff could simply serve that defendant *in juris* and establish traditional presence-based jurisdiction, it is not clear why that plaintiff would ever try to establish “carrying on business” as a mere presumptive connecting factor going to assumed jurisdiction. This suggests that “carrying on business” as it appears in *Van Breda*, as a mere presumptive connecting factor for assumed jurisdiction, may be a less onerous standard than “carrying on business” for the purpose of establishing traditional presence-based jurisdiction.

« une présence directe ou indirecte dans l’État du tribunal qui s’attribue compétence, et si elle se livre à des activités commerciales soutenues pendant un certain temps ». Ces facteurs sont et ont toujours été des indices convaincants de la présence d’une société; comme le démontrent les décisions citées dans *Adams c. Cape Industries Plc.*, [1990] 1 Ch. 433 [Ch. Div.], p. 467-468, le juge Scott, la common law considère invariablement que la tenue de locaux commerciaux constitue un facteur convaincant de compétence. Le juge LeBel l’a reconnu dans *Van Breda* lorsqu’il a conclu que « [l]’exploitation d’une entreprise exige une forme de présence effective — et non seulement virtuelle — dans le ressort en question, par exemple le fait d’y tenir un bureau ». [Je souligne; références omises; par. 85.]

[39] Il convient de noter que l’expression « exploitation d’une entreprise » est apparue dans l’arrêt *Van Breda* comme un facteur de rattachement créant une présomption dans le contexte d’une déclaration de compétence des tribunaux en matière de responsabilité civile délictuelle. Bien que, dans l’arrêt *Chevron*, notre Cour ait cité l’arrêt *Van Breda* pour cerner le sens de cette expression dans le contexte de la compétence traditionnelle fondée sur la présence, il est important de se rappeler que la compétence traditionnelle fondée sur la présence est une source de compétence suffisante et indépendante qui s’applique parallèlement à la déclaration de compétence dont il est question dans l’arrêt *Van Breda* (par. 79). Si l’expression « exploitation d’une entreprise » avait le même sens dans les deux contextes, il y aurait chevauchement entre ces deux critères (voir Pitel et Rafferty, p. 94). Si une personne morale défenderesse exploitait une entreprise dans un ressort où le demandeur pourrait se contenter de lui signifier la demande *in juris* et établir la compétence traditionnelle fondée sur la présence, on ne voit pas pourquoi ce demandeur essaierait de démontrer qu’il « exploite une entreprise » en tant que simple facteur de rattachement créant une présomption permettant au tribunal de se déclarer compétent. On peut en déduire que l’expression « exploitation d’une entreprise » qui, dans l’arrêt *Van Breda*, n’était considérée que comme un simple facteur de rattachement créant une présomption en ce qui concerne une déclaration de compétence, est peut-être une norme moins exigeante que celle de l’« exploitation d’une entreprise » lorsqu’il s’agit d’établir la compétence traditionnelle fondée sur la présence.

[40] I need not decide here whether the term “carrying on business” as it appears in *Van Breda* carries the same meaning as in the case law on traditional presence-based jurisdiction. However, it is safe to say that if the *Van Breda* standard is different, it is lower. In any event, the *Van Breda* requirements for “carrying on business” must also apply for the purposes of traditional presence-based jurisdiction. In *Chevron*, this Court recognized as much by quoting LeBel J.’s remark that “carrying on business requires some form of actual, not only virtual, presence in the jurisdiction, such as maintaining an office there”, in describing what it means to “carry on business” for the purposes of presence-based jurisdiction.

[41] *Chevron* thus provided a clear definition of “carrying on business” as part of traditional presence-based jurisdiction at common law. For the reasons given above, this informs the interpretation of s. 3(b) of the *REJA*. In sum, to determine whether a defendant is carrying on business in a jurisdiction, the court must inquire into whether it has some direct or indirect presence in the jurisdiction, accompanied by a degree of business activity that is sustained for a period of time. Whether or not a corporation is “carrying on business” is a question of fact, and in order to determine whether this definition is met, the court should consider the 10 *Adams* indicia listed above. And some kind of actual presence, whether direct or indirect, is required. A physical presence in the form of maintenance of physical premises will be compelling, and a virtual presence that falls short of an actual presence will not suffice.

[42] I am therefore unpersuaded by H.M.B.’s argument that the courts below erred in failing to interpret “carrying on business” in a “generous and liberal” manner in accordance with *Chevron*. *Chevron* itself affirms the test for carrying on business for the purposes of traditional presence-based jurisdiction.

[40] Je n’ai pas besoin de décider ici si l’expression « exploitation d’une entreprise » qui figure dans l’arrêt *Van Breda* a le même sens que celui que lui attribue la jurisprudence sur la compétence traditionnelle fondée sur la présence. Cependant, on peut affirmer sans risque de se tromper que, si la norme énoncée dans l’arrêt *Van Breda* est différente, elle est moins exigeante. Quoiqu’il en soit, les exigences fixées dans l’arrêt *Van Breda* en ce qui concerne l’« exploitation d’une entreprise » doivent également s’appliquer pour déterminer la compétence traditionnelle fondée sur la présence. C’est ce que notre Cour a reconnu dans l’arrêt *Chevron*, en reprenant les propos du juge LeBel selon lesquels « [l]’exploitation d’une entreprise exige une forme de présence effective — et non seulement virtuelle — dans le ressort en question, par exemple le fait d’y tenir un bureau », pour expliquer ce qu’il faut entendre par « exploitation d’une entreprise » pour les besoins de la compétence fondée sur la présence.

[41] L’arrêt *Chevron* propose donc une définition claire de la notion d’« exploitation d’une entreprise » dans le cadre de la compétence traditionnelle fondée sur la présence en common law. Pour les motifs que j’ai déjà exposés, cette définition est utile pour interpréter l’al. 3b) de la *LERJ*. En résumé, pour déterminer si un défendeur exploite une entreprise dans un ressort, le tribunal doit vérifier s’il a une présence directe ou indirecte dans ce ressort et s’il s’y livre à des activités commerciales soutenues pendant un certain temps. La question de savoir si une société « exploite une entreprise » est une question de fait et, pour déterminer si la société répond à cette définition, le tribunal doit tenir compte des 10 indices susmentionnés qui figurent dans l’arrêt *Adams*. Ce concept exige une forme de présence effective, qu’elle soit directe ou indirecte. Une présence physique sous la forme de la tenue d’un bureau sera un facteur convaincant et une présence virtuelle qui ne correspond pas à une présence effective ne suffira pas.

[42] Je ne suis donc pas convaincu par l’argument de H.M.B. selon lequel les juridictions inférieures ont commis une erreur en n’interprétant pas la notion d’« exercice d’activités » d’une façon « souple et libérale » conformément à l’arrêt *Chevron*. Cet arrêt confirme lui-même le critère de l’exploitation d’une

Section 3(b) of the *REJA* refers to the meaning of the term for those same purposes. As a result, the “generous and liberal” approach from *Chevron* does not modify the test for “carrying on business” in s. 3(b), as it is set out in *Chevron* itself.

[43] I will now consider the application judge’s reasons in light of this definition of “carrying on business” in s. 3(b) of the *REJA*.

(2) Application

[44] In my view, there is no error of law in the application judge’s interpretation of s. 3(b) of the *REJA*, nor is there any palpable and overriding error in his assessment of whether Antigua was carrying on business in British Columbia.

[45] On the law, the application judge correctly stated the test for “carrying on business” under the *REJA* that this Court detailed in *Chevron*. He held that whether a party is carrying on business in a province is a question of fact. In order for a party to be carrying on business in a province, “he or she must have a meaningful presence in the province and that presence must be accompanied by a degree of business activity over a sustained period of time” (para. 50). Moreover, in order to be carrying on business in a jurisdiction, a party must have “some form of actual, not only virtual presence in the jurisdiction” (para. 51). Both of these statements accurately reflect the test this Court set out in *Chevron*. Although the application judge referred to this Court’s decision in *Van Breda*, he referred to the part of *Van Breda* that was cited with approval by this Court in *Chevron* with respect to the test for carrying on business for the purposes of traditional presence-based jurisdiction. As discussed above, if the “carrying on business” standard from *Van Breda* for assumed jurisdiction is different from the “carrying on business” standard from *Chevron* for presence-based jurisdiction, the *Van Breda* standard is *less onerous*. It was therefore no error for the

entreprise pour les besoins de la compétence traditionnelle fondée sur la présence. L’alinéa 3b) de la *LERJ* évoque la signification de cette expression aux mêmes fins. En conséquence, la démarche « souple et libérale » proposée dans l’arrêt *Chevron* ne modifie pas le critère relatif à la notion d’« exercice d’activités » énoncé à l’al. 3b), tel qu’il est énoncé dans l’arrêt *Chevron* lui-même.

[43] Je vais maintenant examiner les motifs du juge de première instance à la lumière de cette définition du concept d’« exercice d’activités » que l’on trouve à l’al. 3b) de la *LERJ*.

(2) Application

[44] À mon avis, l’interprétation que le juge de première instance a faite de l’al. 3b) de la *LERJ* n’est entachée d’aucune erreur de droit, et son analyse de la question de savoir si Antigua exerçait ses activités en Colombie-Britannique ne comporte pas non plus d’erreur manifeste et déterminante.

[45] Sur le droit, le juge de première instance a correctement énoncé le critère de l’« exer[cice] [d’]activités » au sens de la *LERJ* que notre Cour a décrit en détail dans l’arrêt *Chevron*. Le juge a statué que la question de savoir si une partie exerce ses activités dans une province est une question de fait. Pour qu’on puisse considérer qu’elle exerce ses activités dans une province, cette partie [TRADUCTION] « doit avoir une présence significative dans la province et cette présence doit se traduire par des activités commerciales soutenues pendant un certain temps » (par. 50). De plus, pour être considérée comme exerçant ses activités dans un ressort, cette partie doit [TRADUCTION] « être présente effectivement — et non seulement virtuellement — dans le ressort » (par. 51). Ces deux énoncés reflètent fidèlement le critère établi par notre Cour dans l’arrêt *Chevron*. Bien que le juge de première instance cite la décision rendue par notre Cour dans l’affaire *Van Breda*, il reprend l’extrait de l’arrêt *Van Breda* que notre Cour a cité et approuvé dans l’arrêt *Chevron* au sujet du critère de l’exercice d’activités appliqué pour établir la compétence traditionnelle fondée sur la présence. Comme nous l’avons vu, si la norme de l’« exploitation d’une entreprise » énoncée dans

application judge to understand the requirements from *Van Breda* as requirements for “carrying on business” under s. 3(b) of the *REJA*.

[46] H.M.B. argues that the application judge erred in failing to apply the “broader” test from *Wilson*. But the application judge correctly referred to *Chevron*, and in *Chevron* this Court cited *Wilson* in expounding on the meaning of “carrying on business” for the purposes of presence-based jurisdiction. I therefore see no meaningful difference between the test the application judge applied and the test H.M.B. says he should have applied. Moreover, I note that in *Wilson*, the Court of Appeal of Alberta concluded that purchasing trailers in Idaho for resale in Alberta did *not* constitute carrying on business in Idaho because the judgment debtor: (1) had “no physical presence in Idaho, that is he had no office, factory or other business premises there”; (2) “did not employ salesmen, agents or other representatives or employees in Idaho”; (3) “had no commercial relationships with other residents of Idaho”; and (4) “did not advertise his products or seek to sell them in Idaho” (pp. 407-8). In my view, this is not a meaningfully different or more lenient standard than the test the application judge articulated and applied in the present case. I therefore see no error of law in the application’s judge statement of the legal test for “carrying on business”.

[47] On the application of the law, the application judge’s factual conclusion that Antigua was not carrying on business in British Columbia is deserving of deference and can be interfered with only if there is a palpable and overriding error. I see no palpable and overriding error in the application judge’s assessment

l’arrêt *Van Breda* pour la déclaration de compétence est différente de la norme de l’« exploitation d’une entreprise » proposée dans l’arrêt *Chevron* en ce qui a trait à la compétence fondée sur la présence, le critère de l’arrêt *Van Breda* est *moins exigeant*. Le juge de première instance n’a donc pas commis d’erreur en considérant que les exigences énoncées dans l’arrêt *Van Breda* étaient applicables à l’« exer[cice] [d’]activités » au sens de l’al. 3b) de la *LERJ*.

[46] H.M.B. soutient que le juge de première instance a commis une erreur en n’appliquant pas le critère « plus large » de l’arrêt *Wilson*. Mais c’est à juste titre que le juge de première instance a cité l’arrêt *Chevron*. Dans l’arrêt *Chevron*, la Cour citait l’arrêt *Wilson* afin d’expliquer le sens de l’expression « exploitation d’une entreprise » pour les besoins de la compétence fondée sur la présence. Je ne vois donc aucune différence significative entre le critère que le juge de première instance a appliqué et le critère que, selon H.M.B., il aurait dû appliquer. Je fais par ailleurs observer que, dans l’arrêt *Wilson*, la Cour d’appel de l’Alberta avait conclu que l’achat de remorques en Idaho en vue de leur revente en Alberta *ne* constituait *pas* l’exploitation d’une entreprise en Idaho parce que le débiteur en vertu du jugement : (1) n’avait [TRADUCTION] « aucune présence physique en Idaho, c’est-à-dire qu’il n’y avait pas de bureau, d’usine ou d’autres locaux commerciaux »; (2) « n’employait pas de vendeurs, de mandataires ou d’autres représentants ou employés en Idaho »; (3) « n’avait pas de relations commerciales avec d’autres résidents de l’Idaho »; et (4) « n’annonçait pas ses produits ni ne cherchait à les vendre en Idaho » (p. 407-408). À mon avis, il ne s’agit pas d’un critère sensiblement différent ou moins exigeant que celui que le juge de première instance a formulé et appliqué en l’espèce. Je ne décèle donc aucune erreur de droit dans l’énoncé par le juge de première instance du critère légal de l’« exercice d’activités ».

[47] En ce qui concerne l’application de la loi, la conclusion de fait du juge de première instance suivant laquelle Antigua n’exerçait pas ses activités en Colombie-Britannique commande la déférence et ne peut être modifiée que si elle comporte une erreur manifeste et déterminante. Or, je ne vois aucune

of whether Antigua was carrying on business in that province.

[48] In concluding that Antigua was not carrying on business in British Columbia, the application judge made the following 5 main findings of fact: (1) Antigua had no physical presence in British Columbia; (2) Antigua did not carry on any sustained business activity in British Columbia; (3) the 4 Authorized Representatives were not agents or Authorized Agents of Antigua; (4) the 4 Authorized Representatives were carrying on their own businesses that were independent of the businesses of the Antiguan government; and (5) the CIP had no particular focus on British Columbia or Canada; since its inception, there had been 1,547 applications for the program but only 9 of them had been from persons born in Canada (paras. 52 and 54).

[49] All five of these findings of fact are supported by the evidentiary record and are without error. They are considerations that the trial judge weighed in coming to his conclusion that Antigua was not carrying on business in British Columbia. As the majority of the Court of Appeal held, the application judge clearly considered a number of factual circumstances before arriving at his conclusion, and in the absence of any palpable and overriding error, that conclusion is owed deference. I would uphold the application judge's conclusion on this basis, without deciding the issue of whether offering citizenship in exchange for investment amounts to a "business" activity at all. Given the application judge's other findings of fact in this case, it is unnecessary to consider this issue and I would decline to do so.

[50] In the result, s. 3(b) of the *REJA* bars H.M.B. from registering the British Columbia Judgment in Ontario under the statute. In light of this finding, it is unnecessary to consider whether s. 3(g) also

erreur manifeste et déterminante dans l'analyse que le juge de première instance a faite de la question de savoir si Antigua exerçait ses activités dans cette province.

[48] Pour conclure qu'Antigua n'exerçait pas ses activités en Colombie-Britannique, le juge de première instance a tiré les 5 grandes conclusions de fait suivantes : (1) Antigua n'avait pas de présence physique en Colombie-Britannique; (2) Antigua ne se livrait pas à des activités commerciales soutenues en Colombie-Britannique; (3) les 4 représentants autorisés n'étaient pas des mandataires ou des mandataires autorisés du gouvernement d'Antigua; (4) les 4 représentants autorisés exploitaient leur propre entreprise indépendamment des activités du gouvernement antiguais; et (5) le CIP ne ciblait pas particulièrement la Colombie-Britannique ou le Canada; depuis le lancement de ce programme, 1 547 demandes avaient été présentées, mais seulement 9 d'entre elles provenaient de personnes nées au Canada (par. 52 et 54).

[49] Ces cinq conclusions de fait sont toutes étayées par la preuve au dossier et ne sont entachées d'aucune erreur. Elles sont des facteurs que le juge de première instance a soupesés pour en arriver à sa conclusion qu'Antigua n'exerçait pas ses activités en Colombie-Britannique. Comme l'ont conclu les juges majoritaires de la Cour d'appel, le juge de première instance a clairement tenu compte d'un certain nombre de circonstances factuelles avant d'arriver à sa conclusion et, à défaut d'erreur manifeste et déterminante, il faut faire preuve de déférence à l'égard de cette conclusion. Je suis d'avis de confirmer la conclusion du juge de première instance pour ce motif, sans me prononcer sur la question de savoir si le fait d'offrir la citoyenneté en échange d'un investissement constitue une activité « commerciale ». Étant donné les autres conclusions de fait tirées par le juge de première instance en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question et je suis d'avis de m'en abstenir.

[50] En conséquence, l'al. 3b) de la *LERJ* empêche H.M.B. de faire enregistrer le jugement de la Colombie-Britannique en Ontario en vertu de cette loi. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de

bars H.M.B. from registering the British Columbia Judgment under the *REJA*, and I would decline to do so.

VIII. Disposition

[51] Accordingly, this appeal is dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. —

[52] I agree with the Chief Justice’s analysis under s. 3(b) of the *Reciprocal Enforcement of Judgments Act*, R.S.O. 1990, c. R.5 (“*REJA*”), and his disposition of this appeal. I also agree that it is unnecessary to ascertain the meaning of “original judgment” in s. 3(g). However, I part ways with my colleague to the extent that his reasons suggest the *REJA* might not apply to what he calls “derivative judgments”. In my view, a judgment resulting from a common law action that recognizes a foreign judgment (“recognition judgment”), such as the British Columbia Judgment in this case (S.C., No. S169831, April 7, 2017 (“B.C. Judgment”)), falls squarely within the broad definition of “judgment” in s. 1(1) of the *REJA*, provided that the recognition judgment was rendered in a reciprocating jurisdiction.

[53] In my colleague’s view, this is an open question which should be left for another day because the Court “is without the benefit of full argument on this issue” (para. 26). I respectfully disagree with this position. Written and oral submissions were made regarding the possibility of registering a “derivative judgment”, although this was argued mostly under s. 3(g) of the *REJA* rather than as a preliminary issue. In fact, the expressions “derivative judgments” and “ricochet judgments” (as Antigua calls them) have been employed in this case as a rhetorical device whose sole purpose is to convey the idea that such judgments circumvent the scheme of the *REJA*. In sum, whether or not “derivative judgments” can be

se demander si l’al. 3g) empêche lui aussi H.M.B. de faire enregistrer le jugement de la Colombie-Britannique en vertu de la *LERJ* et je suis d’avis de m’abstenir de me prononcer sur cette question.

VIII. Dispositif

[51] Le présent pourvoi est donc rejeté avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

[52] Je souscris à l’analyse du juge en chef fondée sur l’al. 3b) de la *Loi sur l’exécution réciproque de jugements*, L.R.O. 1990, c. R.5 (« *LERJ* »), et au dispositif du présent arrêt. Je suis également d’avis qu’il n’est pas nécessaire d’établir le sens du terme « jugement initial » à l’al. 3g). Je diverge toutefois d’opinion dans la mesure où ses motifs laissent entendre que la *LERJ* pourrait ne pas s’appliquer à ce qu’il appelle « les jugements dérivés ». À mon avis, le jugement qui est rendu à l’issue d’une action en common law et qui reconnaît un jugement étranger (« jugement de reconnaissance »), comme le jugement de la Colombie-Britannique en l’espèce (C.S., n° S169831, 7 avril 2017 (« jugement de la C.-B. »)), répond parfaitement à la définition large que le par. 1(1) de la *LERJ* donne du mot « jugement », pourvu que le jugement de reconnaissance ait été rendu dans un État accordant la réciprocité.

[53] Selon mon collègue, il convient d’attendre une autre occasion pour trancher cette question, parce que la Cour « n’a pas eu l’avantage d’entendre une argumentation complète sur la question » (par. 26). Avec égards, je ne partage pas son point de vue. Des observations orales et écrites ont été formulées au sujet de la possibilité d’enregistrer un « jugement dérivé », bien que cette question ait été plaidée principalement au regard de l’al. 3g) de la *LERJ* plutôt qu’à titre de question préliminaire. En fait, les expressions « jugements dérivés » et [TRADUCTION] « jugements par ricochet » (comme Antigua les appelle) ont été employées en l’espèce comme une figure de style dans le seul but de faire comprendre

registered under the *REJA* has always been a live issue throughout these proceedings.

[54] But it should come as no surprise that the parties did not “fully argue” this point as a distinct, preliminary issue, given that our Court has expressly affirmed the possibility of registering a recognition judgment. Indeed, only six years ago, a seven-judge panel of this Court unanimously “acknowledge[d] that, under provincial legislation, a recognition and enforcement judgment issued in one province may be capable of being ‘registered’ in another province, thus offering some advantage to plaintiffs who have already successfully obtained a recognition and enforcement judgment” (*Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, [2015] 3 S.C.R. 69, at para. 49). Departing from this clear statement would create significant and unnecessary uncertainty in the law.

[55] In recent years, our Court has repeatedly emphasized the importance of removing barriers that impede access to justice (*Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 1; *C.M. Callow Inc. v. Zollinger*, 2020 SCC 45, [2020] 3 S.C.R. 908, at para. 170; *Reference re Code of Civil Procedure (Que.)*, art. 35, 2021 SCC 27, [2021] 2 S.C.R. 291, at para. 126). Access to justice begins when respect is shown for the “reader’s right to rely on the letter of the law interpreted in its context” (*MediaQMI inc. v. Kamel*, 2021 SCC 23, [2021] 1 S.C.R. 899, at para. 38, quoting P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 468). This prevents unnecessary litigation, promotes settlements, and ensures that justice does not become a matter of divination. While the law may not always be clear, we should not be looking for ways to make it even less so by throwing text and meaning in opposite directions.

[56] This case, for instance, concerns a statute designed to assist creditors who have obtained a judgment in a province or territory other than Ontario in collecting their debt in Ontario, without having to

que ces jugements permettent de contourner l’économie de la *LERJ*. En somme, la possibilité que les « jugements dérivés » soient enregistrés en vertu de la *LERJ* a toujours été au cœur du débat dans la présente affaire.

[54] Mais il ne faut pas s’étonner que les parties n’aient pas « pleinement débattu » de cette matière à titre de question préliminaire distincte, puisque notre Cour a expressément confirmé la possibilité d’enregistrer un jugement de reconnaissance. En effet, il y a à peine six ans, une formation de sept juges de notre Cour a reconnu à l’unanimité que, « selon la législation provinciale, un jugement en reconnaissance et en exécution rendu dans une province peut être susceptible d’“enregistrement” dans une autre province, ce qui offre un certain avantage aux demandeurs qui ont déjà obtenu un jugement en reconnaissance et en exécution » (*Chevron Corp. c. Yaiguaje*, 2015 CSC 42, [2015] 3 R.C.S. 69, par. 49). Se dissocier de cette affirmation non équivoque créerait une incertitude juridique aussi importante qu’inutile.

[55] Ces dernières années, notre Cour a souligné à maintes reprises l’importance d’éliminer les obstacles qui entravent l’accès à la justice (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 1; *C.M. Callow Inc. c. Zollinger*, 2020 CSC 45, [2020] 3 R.C.S. 908, par. 170; *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art. 35, 2021 CSC 27, [2021] 2 R.C.S. 291, par. 126). L’accès à la justice commence par le respect de « la confiance que le lecteur doit pouvoir mettre dans le libellé du texte interprété à la lumière de son juste contexte » (*MédiaQMI inc. c. Kamel*, 2021 CSC 23, [2021] 1 R.C.S. 899, par. 38, citant P.-A. Côté, en collaboration avec S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 507). Cela permet d’éviter les litiges inutiles, de favoriser les règlements et de garantir que la justice ne devienne pas une affaire de divination. Bien que la loi ne soit pas toujours claire, on ne devrait pas chercher des moyens de l’obscurcir en dissociant le texte du sens des dispositions.

[56] La présente affaire, par exemple, concerne une loi conçue pour aider les créanciers qui ont obtenu un jugement dans une province ou un territoire autre que l’Ontario à recouvrer leur créance en Ontario, sans

litigate the issue all over again. The *REJA* provides a convenient and inexpensive mechanism to register foreign judgments that saves creditors and courts time and resources. Such advantages are particularly valuable to judgment creditors who are less familiar with Ontario’s legal environment. The *REJA* contains a plain language provision that defines the judgments to which it applies. Reading into s. 1(1) an exception applicable to “derivative” or “ricochet” judgments is counter-intuitive and supported neither by the text nor by the ordinary rules of statutory interpretation. Relying on the legally non-existent notion of “derivative” or “ricochet” judgments thus does little to keep the *REJA*’s accessible and convenient mechanism within the reach of judgment creditors.

[57] Whether or not the *REJA* applies to “derivative judgments” is a pure matter of statutory interpretation. As our Court has held, “statutory interpretation entails discerning legislative intent by examining statutory text in its entire context and in its grammatical and ordinary sense, in harmony with the statute’s scheme and objects” (*Michel v. Graydon*, 2020 SCC 24, [2020] 2 S.C.R. 763, at para. 21; *MediaQMI*, at para. 37). The crux of the matter turns on the broad definition of “judgment” set out in s. 1(1):

In this Act,

“judgment” means a judgment or an order of a court in any civil proceedings whereby any sum of money is payable, and includes an award in proceedings on an arbitration if the award has, in pursuance of the law in force in the province or territory where it was made, become enforceable in the same manner as a judgment given by a court therein;

[58] If a recognition judgment, such as the B.C. Judgment, falls within the definition of “judgment”, then registration under the *REJA* is available, assuming that all statutory requirements are met (which, as

devoir intenter un nouveau procès. La *LERJ* prévoit un mécanisme pratique et peu coûteux pour l’enregistrement des jugements étrangers qui permet aux créanciers et aux tribunaux d’économiser du temps et des ressources. Ces avantages sont particulièrement précieux pour les créanciers en vertu du jugement, qui connaissent moins le contexte juridique ontarien. La *LERJ* renferme une disposition rédigée en termes clairs et simples qui définit les jugements auxquels elle s’applique. L’ajout par interprétation d’une exception au par. 1(1) s’appliquant aux jugements « dérivés » ou « par ricochet » serait contre-intuitif, en plus de n’être justifié ni par le texte ni par les règles ordinaires d’interprétation des lois. Le fait de s’appuyer sur la notion juridiquement inexistante de jugements « dérivés » ou « par ricochet » n’aide donc guère les créanciers en vertu du jugement à se prévaloir de ce mécanisme accessible et pratique de la *LERJ*.

[57] La question de savoir si la *LERJ* s’applique ou non aux « jugements dérivés » participe exclusivement de l’interprétation des lois. Comme notre Cour l’a déclaré, « l’interprétation des lois consiste à dégager l’intention du législateur en examinant les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie et l’objet de cette loi » (*Michel c. Graydon*, 2020 CSC 24, [2020] 2 R.C.S. 763, par. 21; *MédiaQMI*, par. 37). Le nœud du débat concerne la définition large du mot « jugement » au par. 1(1) :

Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

...

« jugement » Jugement ou ordonnance d’un tribunal dans une instance civile, portant condamnation au paiement d’une somme d’argent. S’entend en outre d’une sentence arbitrale qui, selon les lois de la province ou du territoire où elle a été rendue, est devenue exécutoire de la même manière qu’un jugement rendu par un tribunal de cette province ou de ce territoire.

[58] Si un jugement de reconnaissance tel que le jugement de la C.-B. est visé par la définition de « jugement », il est alors possible de le faire enregistrer en vertu de la *LERJ*, pourvu que toutes les exigences

I said, is not the case here). Understood in its grammatical and ordinary sense, the definition of “judgment” undoubtedly encompasses the B.C. Judgment. First, it is “a judgment or an order of a court”, namely the Supreme Court of British Columbia. Second, H.M.B. Holdings Limited’s common law action to recognize and enforce the Privy Council Judgment, No. 2013/0017, May 27, 2014, constituted “civil proceedings”. Third, Antigua was ordered to pay a “sum of money”. Incidentally, I note that in *Solehdin v. Stern Estate*, 2014 BCCA 482, 364 B.C.A.C. 128, it was similarly held that a recognition judgment resulting from a common law action can be characterized as a “judgment . . . or order made in a civil proceeding by a court . . . that requires a person to pay money” (paras. 13 and 27, quoting *Enforcement of Canadian Judgments and Decrees Act*, S.B.C. 2003, c. 29, s. 1(1) “Canadian judgment”). A simple reading of the B.C. Judgment makes this plain and obvious:

THIS COURT ORDERS AND DIRECTS THAT:

1. The Plaintiff be and is hereby granted judgment against the Defendant, The Attorney General of Antigua and Barbuda, in the amount of CDN\$28,765,975.41, representing the principal amount outstanding;
2. The Plaintiff be and is hereby granted judgment against the Defendant, The Attorney General of Antigua and Barbuda, in the amount of CDN\$1,475,337.19, representing interest on the principal amount outstanding at an annual rate of 4% from December 24, 2015 to April 6, 2017 pursuant to the Order of the Privy Council granted on May 27, 2014.
3. The Plaintiff is entitled to post-judgment interest pursuant to the British Columbia *Court Order Interest Act* on the principal amount outstanding from April 7, 2017 to the date of payment in full.

(A.R., vol. II, at pp. 54-55)

de la loi soient satisfaites (ce qui, comme je l’ai dit, n’est pas le cas en l’espèce). Interprétée selon son sens ordinaire et grammatical, la définition du mot « jugement » englobe sans aucun doute le jugement de la C.-B. Premièrement, il s’agit d’un « [j]ugement ou [d’une] ordonnance d’un tribunal », en l’occurrence la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Deuxièmement, l’action en common law intentée par H.M.B. Holdings Limited pour faire reconnaître et exécuter l’arrêt du Conseil privé, n° 2013/0017, 27 mai 2014, constituait une « instance civile ». Troisièmement, Antigua a été condamnée à payer une « somme d’argent ». Incidemment, je note que dans l’arrêt *Solehdin c. Stern Estate*, 2014 BCCA 482, 364 B.C.A.C. 128, la cour a également statué que le jugement de reconnaissance faisant suite à une action en common law pouvait être qualifié de [TRADUCTION] « jugement [. . .] ou ordonnance d’un tribunal dans une instance civile [. . .] portant condamnation au paiement d’une somme d’argent » (par. 13 et 27, citant l’*Enforcement of Canadian Judgments and Decrees Act*, S.B.C. 2003, c. 29, par. 1(1) « jugement canadien »). C’est manifestement ce qui ressort d’une simple lecture du jugement de la C.-B. :

[TRADUCTION]

LA COUR :

1. CONDAMNE le défendeur, The Attorney General of Antigua and Barbuda, à payer à la demanderesse la somme de 28 765 975,41 \$CDN, représentant le montant principal impayé;
2. CONDAMNE le défendeur, The Attorney General of Antigua and Barbuda, à payer à la demanderesse la somme de 1 475 337,19 \$CDN, représentant les intérêts sur le montant principal impayé au taux annuel de 4 % du 24 décembre 2015 au 6 avril 2017, conformément à l’ordonnance du Conseil privé rendue le 27 mai 2014;
3. DÉCLARE que la demanderesse a droit, en vertu de la *Court Order Interest Act* de la Colombie-Britannique, aux intérêts postérieurs au jugement sur le montant principal impayé entre le 7 avril 2017 et la date du paiement intégral.

(d.a., vol. II, p. 54-55)

[59] Nothing in the statutory context disturbs this finding. On the contrary, I note that the *REJA* consistently uses the term “judgment” in accordance with the definition set out in s. 1(1). There is, however, a single occurrence of the term “original judgment” — in s. 3(g). According to the presumption of consistent expression, this terminological variation suggests a corresponding semantic variation (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 81). At best, the addition of the word “original” in s. 3(g) implies that an intermediate judgment such as a recognition judgment qualifies as a “judgment” under the *REJA*. At worst, the variation is insignificant. In any event, s. 3(g) can only bolster my interpretation, not weaken it. Moreover, I observe that s. 8 expressly contemplates the right of a judgment creditor to bring a common law action in recognition and enforcement of a foreign judgment. Since the legislature was alive to this possibility, it could have excluded the resulting judgment from the broad scope of its definition. It did not. In sum, nothing in the statutory context casts doubt as to whether the *REJA* can apply to the B.C. Judgment and other recognition judgments.

[60] But there is an important caveat. While the *REJA* permits the registration of a recognition judgment, it forbids the registration of a judgment that has itself been registered. This is so because the latter does not make money payable (*Owen v. Rocketinfo Inc.*, 2008 BCCA 502, 86 B.C.L.R. (4th) 64, at paras. 13-14; see also *Solehdin*, at para. 20). Under the *REJA*, the registering court merely converts a foreign money judgment into a local judgment by ordering its registration (ss. 2 and 4). An order for registration is merely that — an order for registration; it is not an order making a sum of money payable. In contrast, a recognition judgment does not convert a foreign money judgment into a local one. The enforcing court considers the foreign money judgment to be evidence of a debt, ensures that a debt is owed and then issues a judgment that makes money payable (*Pro*

[59] Le contexte législatif ne met nullement en doute cette conclusion. Au contraire, je constate que la *LERJ* utilise systématiquement le terme « jugement » dans le sens que lui donne la définition qu’on trouve au par. 1(1). Il n’y a toutefois qu’une seule occurrence du terme « jugement initial » (à l’al. 3g)). Selon la présomption d’uniformité d’expression, cette différence d’ordre terminologique indique la présence d’une différence sémantique (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 81). Au mieux, l’ajout de l’épithète « initial » à l’al. 3g) implique qu’un jugement intermédiaire comme un jugement de reconnaissance répond à la définition de « jugement » dans la *LERJ*. Au pire, la différence est insignifiante. Dans un cas comme dans l’autre, l’al. 3g) ne peut que renforcer mon interprétation, et non l’affaiblir. De plus, je constate que l’art. 8 reconnaît expressément au créancier en vertu du jugement le droit d’intenter une action en common law en vue de faire reconnaître et exécuter un jugement étranger. Comme la législature était consciente de cette possibilité, elle aurait pu exclure de la vaste portée de cette définition le jugement qui résulte de cette action. Or, elle ne l’a pas fait. En somme, aucun indice contextuel ne permet de douter que la *LERJ* s’applique au jugement de la C.-B. et à d’autres jugements de reconnaissance.

[60] Une mise en garde importante s’impose toutefois. Si la *LERJ* autorise l’enregistrement d’un jugement de reconnaissance, elle interdit l’enregistrement d’un jugement qui a lui-même été enregistré. Cette interdiction s’explique par le fait que, dans ce dernier cas, le jugement ne porte pas condamnation au paiement d’une somme d’argent (*Owen c. Rocketinfo Inc.*, 2008 BCCA 502, 86 B.C.L.R. (4th) 64, par. 13-14; voir aussi *Solehdin*, par. 20). Sous le régime de la *LERJ*, le tribunal d’enregistrement ne fait que convertir le jugement étranger portant condamnation au paiement d’une somme d’argent en un jugement local en ordonnant son enregistrement (art. 2 et 4). L’ordonnance d’enregistrement n’est rien de plus qu’une ordonnance portant enregistrement d’un jugement; elle n’est pas une ordonnance portant condamnation au paiement d’une somme

Swing Inc. v. Elta Golf Inc., 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612, at para. 11; *Chevron*, at para. 43).

[61] Moreover, this distinction I draw between a judgment that has itself been registered and a recognition judgment is consistent with the *REJA*'s scheme. Allowing registration of judgments that have themselves been registered would deprive the Lieutenant Governor of the authority to direct that the *REJA* applies to a reciprocating province or territory under s. 7. It would create a loophole and defeat the principle of reciprocity underlying this provision. If judgment creditors could move from one jurisdiction to another and chain registrations through reciprocal enforcement statutes, they would be registering judgments issued in non-reciprocal jurisdictions through an indirect method when this cannot be done directly (*Owen*, at para. 21). Put simply, it would expand the list of jurisdictions to which the *REJA* applies by including all of the jurisdictions that are reciprocal to those listed by the Lieutenant Governor (e.g., all jurisdictions declared reciprocal by British Columbia would become indirectly reciprocal to Ontario).

[62] In comparison, the Lieutenant Governor is not deprived of this authority when a creditor registers a recognition judgment issued in a reciprocating jurisdiction. Although such a judgment does not involve adjudication on the merits, this is immaterial in light of the *REJA*'s broad scope. It is nonetheless the result of the vetting process of a court in a province or territory that the Lieutenant Governor already considers reciprocal, and its registration therefore entails no expansion of the list. Furthermore, allowing the registration of a recognition judgment does not preclude the requirements set out in s. 3 from playing a meaningful role. I am therefore satisfied

d'argent. En revanche, le jugement de reconnaissance ne transforme pas le jugement étranger portant condamnation à une somme d'argent en un jugement local. Le tribunal d'exécution considère que le jugement étranger atteste une dette, s'assure que cette dette est exigible, puis rend un jugement qui porte condamnation au paiement d'une somme d'argent (*Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612, par. 11; *Chevron*, par. 43).

[61] De plus, la distinction que je fais entre un jugement qui a lui-même été enregistré et un jugement de reconnaissance est conforme à l'économie de la *LERJ*. Permettre l'enregistrement de jugements qui ont eux-mêmes déjà été enregistrés priverait le lieutenant-gouverneur du pouvoir d'ordonner que la *LERJ* s'applique à la province ou au territoire accordant la réciprocité au titre de l'art. 7. Cela créerait une faille dans le régime et ferait échec au principe de réciprocité à la base de cette disposition. S'ils pouvaient passer d'un ressort à l'autre et enchaîner les enregistrements en se prévalant des lois sur l'exécution réciproque, les créanciers pourraient faire enregistrer des jugements rendus dans des États qui n'accordent pas la réciprocité par un moyen indirect, ce que la *LERJ* leur interdit de faire directement (*Owen*, par. 21). En d'autres termes, cela allongerait la liste des ressorts auxquels s'applique la *LERJ* en incluant tous les ressorts accordant la réciprocité aux ressorts désignés par le lieutenant-gouverneur (par exemple, tous les ressorts déclarés être des ressorts accordant la réciprocité par la Colombie-Britannique deviendraient indirectement des États accordant la réciprocité à l'Ontario).

[62] En comparaison, le lieutenant-gouverneur n'est pas privé de son pouvoir lorsqu'un créancier enregistre un jugement de reconnaissance qui a été rendu dans un ressort accordant la réciprocité. Bien qu'un tel jugement ne tranche pas le fond du litige, cela n'a aucune pertinence au regard de la vaste portée de la *LERJ*. Ce jugement résulte tout de même de la procédure de vérification du tribunal d'une province ou d'un territoire que le lieutenant-gouverneur considère déjà comme accordant la réciprocité, et son enregistrement ne donne donc pas lieu à l'allongement de la liste. De plus, le fait de permettre l'enregistrement d'un jugement de reconnaissance

that the definition of “judgment” can be read harmoniously with the statute’s scheme as encompassing recognition judgments.

[63] Registration of recognition judgments furthers the *REJA*’s purpose of providing judgment creditors with a mechanism that makes the enforcement of their judgments from other provinces and territories quicker and more convenient compared to common law recognition and enforcement proceedings (*Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1111; *Chevron*, at para. 71; J. Walker, *Halsbury’s Laws of Canada — Conflict of Laws* (1st ed. 2020 Reissue), at HCF-96; S. G. A. Pitel and N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2nd ed. 2016), at p. 201). The main advantage of this mechanism is that it reverses the litigation burden by permitting registration unless the debtor succeeds in an action to set it aside (J. Walker, *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (6th ed. (loose-leaf)), at § 14.24; Pitel and Rafferty, at p. 202). Comity between reciprocating jurisdictions is crucial to attain this purpose. Indeed, most statutes equivalent to the *REJA* enacted in other provinces and territories are based on the same model drafted by the Uniform Law Conference of Canada, and most common law provinces and territories consider each other reciprocal (*Proceedings of the Seventh Annual Meeting of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada*, App. G, *The Reciprocal Enforcement of Judgments Act* (1924)). The *REJA* could not function as intended without such deference and respect to the legitimate judicial acts of these other jurisdictions. Lack of comity would impede the flow of wealth and people across boundaries and frustrate the common interest (see *Morguard*, at pp. 1095-96; *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416, at paras. 20-21; *Chevron*, at para. 52).

[64] In my view, the objects pursued by the *REJA* are in no way undermined where the registering

n’empêche pas les exigences énoncées à l’art. 3 de jouer un rôle utile. Je suis donc convaincue que l’interprétation voulant que la définition du mot « jugement » englobe les jugements de reconnaissance s’harmonise avec l’économie de la *LERJ*.

[63] L’enregistrement des jugements de reconnaissance favorise la réalisation de l’objet de la *LERJ*, lequel consiste à offrir aux créanciers en vertu de jugements rendus dans d’autres provinces et territoires un mécanisme permettant l’exécution du jugement de façon plus rapide et plus pratique que les voies de reconnaissance et d’exécution reconnues en common law (*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1111; *Chevron*, par. 71; J. Walker, *Halsbury’s Laws of Canada — Conflict of Laws* (1^{re} éd., réédition 2020), HCF-96; S. G. A. Pitel et N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2^e éd. 2016), p. 201). Le principal avantage de ce mécanisme est qu’il inverse le fardeau du procès en permettant l’enregistrement, à moins que le débiteur n’obtienne gain de cause dans une action visant à l’annuler (J. Walker, *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws* (6^e éd. (feuilles mobiles)), § 14.24; Pitel et Rafferty, p. 202). La courtoisie entre les ressorts accordant la réciprocité est essentielle pour atteindre cet objectif. D’ailleurs, la plupart des lois équivalentes à la *LERJ* qui ont été adoptées dans d’autres provinces et territoires s’inspirent du modèle proposé par la Conférence pour l’uniformisation des lois au Canada, et la plupart des provinces et territoires de common law pratiquent la réciprocité (*Proceedings of the Seventh Annual Meeting of the Conference of Commissioners on Uniformity of Legislation in Canada*, ann. G, *The Reciprocal Enforcement of Judgments Act* (1924)). La *LERJ* ne pourrait pas s’appliquer comme prévu sans pareils déférence et respect à l’égard des actes judiciaires légitimes émanant de ces autres ressorts. L’absence de courtoisie entraverait la circulation transfrontalière des richesses et des personnes et contrecarrerait la poursuite du bien commun (voir *Morguard*, p. 1095-1096; *Beals c. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416, par. 20-21; *Chevron*, par. 52).

[64] À mon avis, les objectifs poursuivis par la *LERJ* ne sont nullement compromis lorsque le

court defers to a reciprocating court's decision to recognize the existence of a debt. I can think of no sound legal or policy reason to require the enforcing forum to reassess the work done in the reciprocating jurisdiction. On the contrary, deference promotes both convenience and commercial certainty. Once a recognition judgment is issued in a reciprocating jurisdiction, the judgment creditor is relieved from having to bring multiple common law actions in the different jurisdictions where the debtor's assets "could be found or may end up being located" (*Chevron*, at para. 68). This saves judicial resources throughout the country, avoids the risk of contradictory recognition judgments in different provinces or territories, and ensures maximum enforceability for the debt.

[65] Having examined the definition of "judgment" in its entire context and in harmony with the scheme and objects of the *REJA*, I conclude that a recognition judgment issued in a reciprocating jurisdiction can be registered under the *REJA*, provided that all statutory requirements are met. My interpretation meets the standard of commercial certainty mandated in *Chevron*, which requires that "rules for the recognition and enforcement of foreign judgments" be "clear, liberal and simple" (para. 68). Further, it accords with our Court's recent acknowledgement in *Chevron* that recognition judgments may be capable of being registered in other provinces (para. 49).

[66] My colleague the Chief Justice relies on *Owen* and *Strategic Technologies Pte Ltd. v. Procurement Bureau of the Republic of China Ministry of National Defence*, [2020] EWCA Civ 1604, [2021] 2 W.L.R. 448, to question the validity of the statement made in *Chevron*. *Owen* can be distinguished from the case at bar as it pertains to a judgment that has itself been registered and not to a recognition judgment.

tribunal d'enregistrement s'en remet à la décision du tribunal accordant la réciprocité de reconnaître l'existence d'une créance. Je ne peux concevoir aucune raison juridique ou politique valable pour exiger que le tribunal d'exécution réévalue le travail effectué par le tribunal d'un État accordant la réciprocité. Au contraire, la déférence favorise à la fois la commodité et la certitude commerciale. Une fois qu'un jugement de reconnaissance a été rendu dans un ressort accordant la réciprocité, le créancier en vertu du jugement est dispensé d'avoir à intenter une série d'actions en common law dans les divers ressorts où les biens de son débiteur « peuvent se trouver ou sont susceptibles de se retrouver un jour » (*Chevron*, par. 68). Cela permet d'économiser les ressources judiciaires partout au pays, d'éviter le risque de jugements de reconnaissance contradictoires dans différentes provinces ou différents territoires et d'assurer une force exécutoire maximale à la créance.

[65] Après avoir examiné la définition du mot « jugement » dans son contexte global et en harmonie avec l'économie et les objets de la *LERJ*, j'estime que le jugement de reconnaissance rendu dans un ressort accordant la réciprocité peut être enregistré en vertu de la *LERJ*, à condition que toutes les exigences de la loi soient respectées. Mon interprétation satisfait à la norme de la certitude commerciale énoncée dans l'arrêt *Chevron*, laquelle exige que « [les] règles [. . .] de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers » soient « claires, libérales et simples » (par. 68). Elle est par ailleurs conforme à la reconnaissance récente par notre Cour, dans l'arrêt *Chevron*, de la possibilité que le jugement de reconnaissance rendu dans une province soit enregistré dans une autre province (par. 49).

[66] Mon collègue le juge en chef s'appuie sur les arrêts *Owen* et *Strategic Technologies Pte Ltd. c. Procurement Bureau of the Republic of China Ministry of National Defence*, [2020] EWCA Civ 1604, [2021] 2 W.L.R. 448, pour remettre en question le bien-fondé de l'affirmation faite dans l'arrêt *Chevron*. On peut établir une distinction entre l'affaire *Owen* et la présente espèce, car elle porte sur

Although *Strategic Technologies* is more on point, I find its reasoning unconvincing.

[67] First, *Strategic Technologies* improperly relies on *Owen* without considering the relevant Canadian case law. The same court that decided *Owen* distinguished its precedent in *Solehdin* and confined it to judgments that have themselves already been registered through filing mechanisms (paras. 18-21). The statement made in *Chevron*, at para. 49, is also conspicuous by its absence. *Strategic Technologies* also ignores other Canadian decisions in which a recognition judgment was registered (e.g., *Girsberger v. Kresz*, [1999] 7 W.W.R. 761 (Man. Q.B.), aff'd [2000] 1 W.W.R. 101 (C.A.); *Tracy (Litigation guardian of) v. Iranian Ministry of Information and Security*, 2016 ONSC 3759, 400 D.L.R. (4th) 670, at para. 177, aff'd 2017 ONCA 549, 415 D.L.R. (4th) 314, at paras. 121-29).

[68] Second, *Strategic Technologies* does not comply with Canadian principles of statutory interpretation. Instead of seeking harmony between text, scheme and purpose, the court in *Strategic Technologies* brushed aside the broad definition of “judgment” in the relevant statute and unduly focused on whether the statutory requirements analogous to those set out in s. 3 of the *REJA* make more sense when applied to a first instance judgment or to “a judgment on a judgment” (paras. 58-59). The court acknowledged that the statute could support an interpretation involving an intermediate recognition forum but swiftly rejected this interpretation on the basis that “Parliament is unlikely to have had the possibility of enforcement of a judgment on a judgment in mind” (para. 58). With respect, speculating about a past legislature’s opinion regarding a case it might not have considered is not statutory interpretation but rather an attempt at “telepathic time-travel[ing] and collaborative lawmak[ing]” (A. Scalia and B. A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* (2012), at p. 350). And as our Court recently said, [TRANSLATION] “[t]he Constitution

un jugement ayant lui-même été enregistré et non sur un jugement de reconnaissance. Bien que l’arrêt *Strategic Technologies* soit plus pertinent, je ne trouve pas son raisonnement convaincant.

[67] Tout d’abord, l’arrêt *Strategic Technologies* se fonde à tort sur l’arrêt *Owen* sans tenir compte de la jurisprudence canadienne pertinente. La même cour que celle ayant tranché l’affaire *Owen* a établi une distinction avec son précédent dans l’affaire *Solehdin* en limitant l’application aux jugements ayant eux-mêmes déjà été enregistrés par le biais d’un mécanisme de dépôt de documents (par. 18-21). Par ailleurs, l’affirmation faite au par. 49 de l’arrêt *Chevron* brille par son absence. L’arrêt *Strategic Technologies* ignore également d’autres décisions canadiennes dans lesquelles un jugement de reconnaissance a été enregistré (p. ex., *Girsberger c. Kresz*, [1999] 7 W.W.R. 761 (B.R. Man.), conf. par [2000] 1 W.W.R. 101 (C.A.); *Tracy (Litigation guardian of) c. Iranian Ministry of Information and Security*, 2016 ONSC 3759, 400 D.L.R. (4th) 670, par. 177, conf. par 2017 ONCA 549, 415 D.L.R. (4th) 314, par. 121-129).

[68] Ensuite, l’arrêt *Strategic Technologies* n’est pas conforme aux principes canadiens d’interprétation des lois. Au lieu de chercher à harmoniser le texte, l’économie et l’objet de la loi, la cour saisie de l’affaire *Strategic Technologies* a balayé du revers de la main la définition large donné au terme « jugement » dans la loi applicable et s’est indûment concentrée sur l’opportunité d’appliquer des exigences légales semblables à celles énoncées à l’art. 3 de la *LERJ* à un jugement de première instance plutôt qu’à un [TRANSLATION] « jugement sur un jugement » (par. 58-59). La cour a reconnu que la loi pouvait justifier une interprétation supposant l’existence d’une juridiction de reconnaissance intermédiaire, mais elle s’est empressée d’écarter cette interprétation au motif qu’il était [TRANSLATION] « peu probable que le législateur ait eu à l’esprit la possibilité de faire exécuter un jugement sur un jugement » (par. 58). Avec égards, conjecturer quant à l’opinion que la législature aurait pu avoir dans le passé à propos d’une situation qu’elle n’a peut-être pas envisagée ne relève pas de l’interprétation législative, mais s’apparente plutôt à une tentative de [TRANSLATION] « voyager

contemplates only one system for making laws” (*MediaQMI*, at para. 20, quoting G. Fauteux, *Le livre du magistrat* (1980), at p. 125).

[69] In sum, I conclude that the text of s. 1(1) of the *REJA* speaks for itself. Nothing justifies departing from the tradition of calling things what they are. A recognition judgment such as the B.C. Judgment can be registered because it is a “judgment”. If the legislature thinks otherwise, it is free to change its statute. In the meantime, principles of statutory interpretation make this conclusion inescapable.

[70] Notwithstanding this conclusion, for the reasons expressed by my colleague, s. 3(b) of the *REJA* bars the registration of the British Columbia Judgment in Ontario in the circumstances of this case. I would therefore dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the respondent: Aird & Berlis, Toronto.

dans le temps par télépathie et de légiférer en collaboration » (A. Scalia et B. A. Garner, *Reading Law : The Interpretation of Legal Texts* (2012), p. 350). Et, comme notre Cour l’a récemment rappelé, « [l]a Constitution n’envisage qu’un seul système pour faire les lois » (*MédiaQMI*, par. 20, citant G. Fauteux, *Le livre du magistrat* (1980), p. 125).

[69] En somme, j’estime que le libellé du par. 1(1) de la *LERJ* parle de lui-même. Rien ne justifie de s’écarter de la tradition d’appeler les choses par leur nom. Un jugement de reconnaissance tel que le jugement de la C.-B. peut être enregistré parce que c’est un « jugement ». Si la législature voit les choses autrement, libre à elle de modifier sa loi. En attendant, les principes d’interprétation des lois rendent cette conclusion inéluctable.

[70] Malgré cette conclusion, pour les raisons évoquées par mon collègue, l’al. 3b) de la *LERJ* interdit l’enregistrement du jugement de la Colombie-Britannique en Ontario dans les circonstances de l’espèce. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appelante : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l’intimé : Aird & Berlis, Toronto.

Jason William Cowan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jason William Cowan *Respondent*

INDEXED AS: R. v. COWAN

2021 SCC 45

File No.: 39301.

2021: May 12; 2021: November 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Parties to offence — Abetting — Counselling — Accused acquitted of armed robbery as party or principal — Court of Appeal holding that trial judge erred in law in assessing accused's liability as party for having abetted or counselled commission of offence by requiring Crown to prove that two specific individuals were principal offenders — Court of Appeal determining that error had material bearing on acquittal, setting aside acquittal and ordering new trial limited to theory of party liability — Whether trial judge erred in assessment of accused's guilt as party on basis of abetting or counselling — If so, whether error had material bearing on acquittal such that new trial warranted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1)(c), 22(1).

Jason William Cowan *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jason William Cowan *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. COWAN

2021 CSC 45

N° du greffe : 39301.

2021 : 12 mai; 2021 : 5 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Parties à l'infraction — Encourager une personne à perpétrer une infraction — Conseiller à une personne de perpétrer une infraction — Accusé acquitté de l'accusation d'avoir commis un vol à main armée à titre de participant ou d'auteur principal — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès a commis une erreur de droit lors de son évaluation de la responsabilité de l'accusé à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction en exigeant que la Couronne prouve que deux personnes précises étaient les auteurs principaux — Conclusion de la Cour d'appel suivant laquelle l'erreur avait eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement, annulant l'acquiescement et ordonnant la tenue d'un nouveau procès portant uniquement sur la responsabilité à titre de participant — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans l'évaluation de la culpabilité de l'accusé à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction? — Dans l'affirmative, l'erreur a-t-elle eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement de sorte que la tenue d'un nouveau procès est justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 21(1)(c), 22(1).

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused acquitted of armed robbery as party or principal — Court of Appeal setting aside acquittal and ordering new trial limited to theory of party liability — Whether Court of Appeal erred in restricting scope of new trial to question of whether accused was guilty as party on basis of abetting or counselling — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(8).

Two individuals robbed a Subway restaurant. One wore a mask and brandished a knife, while the other stood watch at the front door. C was arrested in relation to the robbery and provided police with a statement denying involvement in the robbery but admitting that he had told a group of individuals — including his friends T and L — how to commit the robbery. C was subsequently charged with armed robbery and tried by a judge alone. At trial, the Crown advanced two alternative theories of liability: that C was the masked robber and guilty as a principal offender under s. 21(1)(a) of the *Criminal Code*, or that C was guilty as a party to the armed robbery in that he either abetted the commission of the offence under s. 21(1)(c), or counselled its commission under s. 22(1). The trial judge rejected both theories of liability and acquitted C. In his view, the evidence fell short of proving that C was one of the principal offenders. Regarding party liability, he found that C could only be convicted as a party if the Crown established that C's friends T and L had committed the robbery, but he concluded that the evidence also fell short in this regard.

A majority of the Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside C's acquittal and ordered a new trial. It found no error in the trial judge's analysis concerning C's role as a principal but held that the trial judge made a serious error on the issue of party liability, which may have affected the verdict. Accordingly, it ordered that the new trial be limited to the question of C's guilt as a party, on the basis of abetting or counselling. The dissenting judge would have dismissed the appeal in its entirety. C appeals as of right to the Court from the setting aside of his acquittal, and the Crown appeals with

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Accusé acquitté de l'accusation d'avoir commis un vol à main armée à titre de participant ou d'auteur principal — Cour d'appel annulant l'acquittement et ordonnant la tenue d'un nouveau procès portant uniquement sur la responsabilité à titre de participant — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en limitant la portée du nouveau procès à la question de savoir si l'accusé était coupable à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(8).

Deux individus ont dévalisé un restaurant Subway. Un des individus était masqué et brandissait un couteau, tandis que l'autre montait la garde à la porte avant. C a été arrêté en lien avec le vol et a fait une déclaration à la police dans laquelle il niait toute participation au vol qualifié mais admettait avoir dit à un groupe de personnes — dont ses amis T et L — comment commettre le vol. C a par la suite été accusé de vol à main armée et jugé par un juge seul. Au procès, la Couronne a avancé deux thèses en matière de responsabilité : que C était le voleur masqué et était donc coupable à titre d'auteur principal de l'infraction au titre de l'al. 21(1)a) du *Code criminel*, ou que C était coupable à titre de participant au vol à main armée en ce qu'il avait soit encouragé une autre personne à commettre l'infraction, comme le prévoit l'al. 21(1)c), soit conseillé à une autre personne de la commettre, comme le prévoit le par. 22(1). Le juge du procès a rejeté les deux thèses en matière de responsabilité et a acquitté C. Selon lui, la preuve n'établissait pas que C était l'un des principaux auteurs de l'infraction. Quant à la responsabilité à titre de participant, le juge du procès a statué que C ne pouvait être déclaré coupable à ce titre que si la Couronne démontrait que T et L, les amis de C, avaient commis le vol qualifié, mais il a conclu que la preuve ne permettait pas non plus de le démontrer.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel de la Couronne, annulé l'acquittement de C et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Ils n'ont décelé aucune erreur dans l'analyse du juge du procès concernant le rôle de C à titre d'auteur principal de l'infraction, mais ont conclu que le juge du procès avait commis une erreur grave quant à la question de la responsabilité à titre de participant, qui pouvait fort bien avoir eu une incidence sur le verdict. Par conséquent, ils ont ordonné que le nouveau procès ne porte que sur la question de savoir si C était coupable à titre de participant, pour avoir

leave from the order of the Court of Appeal limiting the scope of the new trial.

Held (Brown and Rowe JJ. dissenting): C's appeal should be dismissed and the Crown's appeal should be allowed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Martin and Kasirer JJ.: There is agreement with the majority of the Court of Appeal that the trial judge erred in law in his analysis of party liability, which had a material bearing on the acquittal. However, the appropriate remedy is to set aside the acquittal and order a full new trial. While appellate courts have broad powers under s. 686(8) of the *Criminal Code* to make any order that justice requires, this does not include the power to limit the scope of a new trial to a particular theory of liability on a single criminal charge.

For the purposes of determining criminal liability, the *Criminal Code* does not distinguish between principal offenders and parties to an offence. Sections 21 and 22 codify both liability for an accused who participates in an offence by actually committing it (principal liability), and liability for an accused who participates in an offence by abetting or counselling another person to commit the offence (party liability). Where an accused prosecuted as an abettor or counsellor is being tried alone and there is evidence that more than one person participated in the commission of the offence, the Crown is not required to prove the identity of the other participant(s) or the precise part played by each in order to prove the accused's guilt as a party. The *actus reus* of abetting is doing something or omitting to do something that encourages the principal to commit the offence. As for the *mens rea*, the abettor must have intended to abet the principal in the commission of the offence and know that the principal intended to commit the offence. The *actus reus* of counselling is the deliberate encouragement or active inducement of the commission of a criminal offence. The person encouraged or induced by the counsellor must also actually participate in the offence. As for the *mens rea*, the counsellor must have either intended that the offence counselled be committed, or knowingly counselled the commission of the offence while aware of the unjustified risk that the offence counselled was likely to be committed as a result

encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction. La juge dissidente aurait rejeté l'appel dans son intégralité. C fait appel de plein droit à la Cour concernant l'annulation de son acquittement, et la Couronne interjette appel, sur autorisation, de l'ordonnance de la Cour d'appel limitant la portée du nouveau procès.

Arrêt (les juges Brown et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi de C est rejeté et celui de la Couronne est accueilli.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Martin et Kasirer : Il y a accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel pour dire que le juge du procès a commis une erreur de droit dans son analyse de la responsabilité de C à titre de participant, laquelle a eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement. Toutefois, la réparation qui convient consiste à annuler l'acquittement et à ordonner la tenue d'un nouveau procès complet. Bien que les cours d'appel disposent de vastes pouvoirs en vertu du par. 686(8) du *Code criminel* de rendre toute ordonnance que la justice exige, elles ne disposent pas du pouvoir de limiter la portée d'un nouveau procès à une thèse particulière en matière de responsabilité relativement à une seule accusation criminelle.

Pour la détermination de la responsabilité criminelle, le *Code criminel* ne fait pas de distinction entre les auteurs principaux d'une infraction et les participants à une infraction. Les articles 21 et 22 codifient à la fois la responsabilité d'un accusé qui participe à une infraction en la commettant réellement (responsabilité à titre d'auteur principal), et la responsabilité d'un accusé qui participe à une infraction en encourageant une autre personne à la commettre ou en lui conseillant de le faire (responsabilité à titre de participant). Dans les cas où un accusé poursuivi pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration d'une infraction est jugé seul et que la preuve démontre que plus d'une personne a participé à la perpétration de l'infraction, la Couronne n'est pas tenue de prouver l'identité de tout autre participant ni le rôle précis de chacun pour établir la culpabilité d'un accusé à titre de participant. L'*actus reus* du fait d'encourager consiste à accomplir ou à omettre d'accomplir une chose qui encourage l'auteur principal d'une infraction à commettre cette dernière. Pour ce qui est de la *mens rea*, celui qui a encouragé devait avoir l'intention d'encourager l'auteur principal à commettre l'infraction et devait savoir que l'auteur principal avait l'intention de commettre l'infraction. L'*actus reus* du fait de conseiller réside dans le fait d'encourager délibérément ou d'inciter activement la perpétration d'une infraction criminelle. La personne encouragée ou incitée par la personne qui conseille doit aussi participer réellement à

of the accused's conduct. Whether the person counselled is a principal or party is irrelevant since the focus on a prosecution for counselling is only on the counsellor's conduct and state of mind.

In the instant case, the trial judge erred in law in assessing C's liability as a party for having abetted or counselled the commission of the offence. By reasoning that the Crown was required to prove that T and L were the principals as a prerequisite to establishing C's guilt as a party, the trial judge misdirected himself on the law and failed to correctly assess the relevant evidence. The Crown was only required to prove that any one of the individuals encouraged by C went on to participate in the offence either as a principal offender — in which case C would be guilty as both an abettor and a counsellor — or as a party — in which case C would be guilty as a counsellor. C could still have been found guilty of being a party to the offence even if the precise identity or part played by each individual who participated in the commission of the offence was uncertain, so long as C had committed the necessary act with the requisite intent. There was therefore no need for the trial judge to focus on the identity of a given principal, whether or not the Crown identified specific individuals as principals to the offence.

To have an acquittal set aside due to a legal error, the Crown must satisfy an appellate court to a reasonable degree of certainty that the impugned error might have had a material bearing on the acquittal. In the present case, the Crown has met its burden. The trial judge structured his analysis of the evidence based on the erroneous premise that the Crown had to prove T and L were the principals before C could be convicted. He failed to recognize that the evidence before him was reasonably capable of establishing that C committed the prohibited act with the requisite intent for party liability on the basis of abetting or counselling. The verdict may well have been different if the trial judge had considered the evidence in light of the correct legal principles.

l'infraction. Pour ce qui est de la *mens rea*, la personne qui conseille devait vouloir que l'infraction conseillée soit commise, ou avoir sciemment conseillé la perpétration de l'infraction alors qu'elle était consciente du risque injustifié que l'infraction conseillée serait vraisemblablement commise en conséquence de sa conduite. Que la personne conseillée ait agi à titre d'auteur principal ou à titre de participant n'a aucune importance, puisque dans une poursuite pour avoir conseillé à quelqu'un de commettre une infraction, l'accent est mis seulement sur la conduite et sur l'état d'esprit de la personne qui conseille.

Dans le présent cas, le juge du procès a commis une erreur de droit en évaluant la responsabilité de C à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction. En considérant que la Couronne devait préalablement prouver que T et L étaient les auteurs principaux du vol à main armée afin d'établir la culpabilité de C à titre de participant, le juge du procès s'est mépris sur le droit et n'a pas évalué correctement les éléments de preuve pertinents. La Couronne n'avait qu'à prouver que l'un ou l'autre des individus encouragés par C avait participé à la perpétration de l'infraction soit à titre d'auteur principal — auquel cas C serait coupable d'avoir encouragé et d'avoir conseillé la perpétration de l'infraction — ou à titre de participant — auquel cas C serait coupable d'avoir conseillé la perpétration de l'infraction. C aurait tout de même pu être déclaré coupable d'avoir participé à la perpétration de l'infraction même si l'identité précise ou le rôle de chacun des individus y ayant participé étaient incertains, tant que C avait commis l'acte nécessaire avec l'intention requise. Il était donc inutile pour le juge du procès de se concentrer sur l'identité d'un auteur principal donné, que la Couronne ait ou non désigné des individus précis comme étant les auteurs principaux de l'infraction.

Pour faire annuler un verdict d'acquiescement en raison d'une erreur de droit, il incombe à la Couronne de convaincre la cour d'appel, avec un degré raisonnable de certitude, que l'erreur de droit en cause pourrait avoir eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement. Dans le présent cas, la Couronne s'est déchargée de son fardeau. Le juge du procès a fondé son analyse de la preuve sur la prémisse erronée voulant que la Couronne devait d'abord prouver que T et L étaient les auteurs principaux de l'infraction pour que C puisse être déclaré coupable. Il n'a pas reconnu que la preuve dont il disposait pouvait raisonnablement permettre d'établir que C avait commis l'acte prohibé avec l'intention requise pour être tenu responsable à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction. Le verdict aurait fort bien pu être différent si le juge du procès avait examiné la preuve à la lumière des principes juridiques appropriés.

Where an appellate court allows an appeal and sets aside an acquittal, it has the power, under s. 686(4)(b)(i) of the *Criminal Code*, to order a new trial and to make any order, in addition, that justice requires under s. 686(8). Three conditions must be met for s. 686(8) to apply. First, the appellate court must have exercised one of the triggering powers conferred under s. 686(2), (4), (6) or (7). Second, the order issued must be ancillary to the triggering power in that it cannot be at direct variance with the court's underlying judgment. Third, the order must be one that justice requires. In the instant case, the second and third conditions were not met. In separating the Crown's theories of liability in its ancillary order, the Court of Appeal bifurcated the offence of armed robbery into two separate offences: robbery as a principal and robbery as a party, be it as an abettor or counsellor. The effect was to uphold C's acquittal on the single charge of armed robbery in part. This is at odds with the underlying judgment allowing the Crown appeal and setting aside the verdict rendered on that charge as a whole. The ancillary order was also not one that justice required as it threatens the integrity of the criminal process by distorting the truth-seeking function of the courts. A trier of fact must be able to consider all theories of liability that have an air of reality based on the evidence adduced at the new trial. To prospectively deny a trier of fact the ability to consider a viable theory of liability would be to undermine their ability to carry out their core function: to determine whether the Crown has proven that the accused committed the offence(s) charged.

Finally, the doctrine of issue estoppel does not prevent the relitigation of the Crown's theory that C is guilty of armed robbery as a principal offender. No issue can be said to have been finally decided in the first trial because the result of that trial has been entirely set aside.

Per Brown and Rowe JJ. (dissenting): C's acquittal should be restored for the reasons of the dissenting judge at the Court of Appeal. It is not necessary to deal with the Crown's appeal; however, there is concern with what the majority has written in this regard.

Lorsqu'une cour d'appel accueille l'appel d'un acquittement et annule ce verdict, elle a le pouvoir, en vertu du sous-al. 686(4)(b)(i) du *Code criminel*, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès et de rendre toute ordonnance que la justice exige en vertu du par. 686(8). Trois conditions doivent être réunies pour que le par. 686(8) puisse s'appliquer. Premièrement, la cour d'appel doit avoir exercé un des pouvoirs conférés par les par. 686(2), (4), (6) ou (7). Deuxièmement, l'ordonnance rendue doit être accessoire à l'exercice de ce pouvoir en ce qu'elle ne doit pas être directement incompatible avec le jugement sous-jacent de la cour. Troisièmement, l'ordonnance doit en être une que la justice exige. En l'espèce, les deuxième et troisième conditions n'étaient pas satisfaites. En séparant les thèses en matière de responsabilité dans son ordonnance accessoire, la Cour d'appel a fractionné l'infraction de vol qualifié en deux infractions distinctes : le vol commis à titre d'auteur principal et le vol commis à titre de participant, pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction. Cela a eu pour effet de maintenir en partie l'acquittement de C à l'égard de la seule accusation de vol qualifié, ce qui est incompatible avec le jugement sous-jacent accueillant l'appel de la Couronne et annulant le verdict rendu à l'égard de cette même accusation dans son ensemble. L'ordonnance accessoire n'en était pas non plus une qu'exigeait la justice puisqu'elle menace l'intégrité du processus en matière criminelle en dénaturant la fonction de recherche de la vérité des tribunaux. Le juge des faits doit être en mesure d'examiner toutes les thèses relatives à la responsabilité qui semblent vraisemblables sur le fondement de la preuve présentée au nouveau procès. Empêcher prospectivement le juge des faits d'examiner une thèse viable relative à la responsabilité aurait pour effet de miner sa capacité à exercer sa fonction principale, soit de décider si la Couronne a prouvé que l'accusé a commis l'infraction qui lui est reprochée.

Enfin, la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'empêche pas la remise en cause de la thèse de la Couronne portant que C est coupable de vol qualifié à titre d'auteur principal. Aucune question ne peut être considérée comme ayant été tranchée de façon définitive au premier procès puisque l'issue de celui-ci a été entièrement annulée.

Les juges Brown et Rowe (dissidents) : L'acquittement de C devrait être rétabli pour les motifs de la juge dissidente de la Cour d'appel. Il n'est pas nécessaire d'examiner l'appel formé par la Couronne; toutefois, il y a des préoccupations concernant ce que les juges majoritaires ont écrit à ce sujet.

Issue estoppel precludes the Crown from relitigating an issue that has been determined in the accused's favour in a prior criminal proceeding. There are three requirements for its application: the issue must have been decided in a prior proceeding; the decision must be final; and the parties to the two proceedings must be the same. The Court of Appeal found no error as to the acquittal based on C having committed the robbery as a principal. This finding should not be set aside. Preventing the Crown from relitigating issues resolved in favour of the accused during the first trial is a question of fairness to the accused, integrity and coherence of the criminal process, and finality. An accused should not have to mount a second defence in the absence of a relevant reversible error. There is also disagreement with the majority's conclusion relating to the exercise by courts of appeal of their powers under s. 686(8) of the *Criminal Code*. In the present case, no error in principle has been shown and the Court of Appeal order is not clearly wrong. First, the order is not at direct variance with the underlying judgment. There is no rule that a charge as a whole must be retried if a new trial is ordered on a count alleging an offence which may be committed in different ways. Rather, whether or not a full new trial should be ordered depends on the degree to which counts, and modes of committing offences charged as a single count, are interconnected. The question is one of being able to isolate the legal error. Second, the Court of Appeal's order was not contrary to what justice requires. The order promoted fairness to C, the efficient use of the court's resources, and the integrity of the criminal justice process.

Cases Cited

By Moldaver J.

Applied: *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Huard*, 2013 ONCA 650, 302 C.C.C. (3d) 469; *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198; *R. v. Isaac*, [1984] 1 S.C.R. 74; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. R.V.*, 2021 SCC 10, [2021] 1 S.C.R. 131; *R. v. MacKay*, 2005 SCC 79, [2005] 3 S.C.R. 725; **considered:** *R. v. Ekman*, 2006 BCCA 206, 209 C.C.C. (3d) 121; *R. v. Ekman*, 2004 BCSC 900; **referred to:** *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443; *R. v. Hamilton*, 2005 SCC 47, [2005]

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée empêche la Couronne de remettre en cause une question ayant fait l'objet d'une décision favorable à l'accusé lors d'une instance criminelle antérieure. Trois conditions doivent être réunies pour son application : la question doit avoir été tranchée dans une instance antérieure; la décision doit être définitive; et les parties aux deux instances doivent être les mêmes. La Cour d'appel n'a constaté aucune erreur en ce qui concerne l'acquittement fondé sur l'accusation voulant que C est l'auteur principal du vol qualifié. Cette conclusion ne devrait pas être infirmée. Empêcher la Couronne de remettre en cause des questions tranchées en faveur de l'accusé lors du premier procès est une question d'équité envers l'accusé, d'intégrité et de cohérence du processus pénal et de caractère définitif des jugements. L'accusé ne devrait pas avoir à préparer une seconde défense en l'absence d'une erreur pertinente justifiant l'annulation de l'acquittement. Il y a aussi désaccord avec la conclusion des juges majoritaires concernant l'exercice par les cours d'appel de leurs pouvoirs en vertu du par. 686(8) du *Code criminel*. En l'espèce, l'existence d'une erreur de principe n'a pas été établie et l'ordonnance de la Cour d'appel n'est pas manifestement erronée. D'abord, l'ordonnance n'est pas directement incompatible avec le jugement sous-jacent. Il n'existe aucune règle portant qu'une accusation dans son ensemble doit être jugée de nouveau si la tenue d'un nouveau procès est ordonnée à l'égard d'un chef d'accusation portant sur une infraction qui peut être commise de différentes façons. La question de savoir si un nouveau procès complet doit avoir lieu ou non dépend plutôt de la mesure dans laquelle les chefs d'accusation, et les modes de perpétration des infractions faisant l'objet d'un seul chef d'accusation, sont interreliés. Il s'agit d'être capable d'isoler l'erreur de droit. Ensuite, l'ordonnance de la Cour d'appel n'était pas contraire à ce que la justice exige. L'ordonnance favorisait l'équité envers C, l'utilisation efficace des ressources de la cour et l'intégrité du processus de justice criminelle.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts appliqués : *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Huard*, 2013 ONCA 650, 302 C.C.C. (3d) 469; *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198; *R. c. Isaac*, [1984] 1 R.C.S. 74; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. R.V.*, 2021 CSC 10, [2021] 1 R.C.S. 131; *R. c. MacKay*, 2005 CSC 79, [2005] 3 R.C.S. 725; **arrêts examinés :** *R. c. Ekman*, 2006 BCCA 206, 209 C.C.C. (3d) 121; *R. c. Ekman*, 2004 BCSC 900; **arrêts mentionnés :** *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443; *R. c. Hamilton*, 2005

2 S.C.R. 432; *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779; *R. v. Last*, 2009 SCC 45, [2009] 3 S.C.R. 146; *R. v. Bernardo* (1997), 105 O.A.C. 244; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Guillemette*, [1986] 1 S.C.R. 356; *R. v. Alec*, [1975] 1 S.C.R. 720; *R. v. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186; *R. v. Ruptash* (1982), 36 A.R. 346; *R. v. Druken*, 2002 NFCA 23, 211 Nfld. & P.E.I.R. 219; *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316; *Gray v. Dalgety & Co. Ltd.* (1916), 21 C.L.R. 509; *R. v. Duhamel (No. 2)* (1981), 131 D.L.R. (3d) 352, aff'd [1984] 2 S.C.R. 555; *Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412.

By Rowe J. (dissenting)

R. v. Mahalingan, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316; *R. v. Punko*, 2012 SCC 39, [2012] 2 S.C.R. 396; *R. v. R.V.*, 2021 SCC 10, [2021] 1 S.C.R. 131; *R. v. MacKay*, 2005 SCC 79, [2005] 3 S.C.R. 725.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21, 22, 265(1)(a), (b), 343(d), 344, 351(2), 686(2), (4), (6), (7), (8).

Authors Cited

Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada, 5th ed. by Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. Toronto: LexisNexis, 2018.

Spencer-Bower, George. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. by Sir Alexander Kingcome Turner. London, U.K.: Butterworths, 1969.

Vauclair, Martin, et Tristan Desjardins, avec la collaboration de Pauline Lachance. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 27^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2020.

APPEALS from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Jackson, Ottenbreit and Kalmakoff J.J.A.), 2020 SKCA 77, 389 C.C.C. (3d) 258, [2020] S.J. No. 251 (QL), 2020 CarswellSask 325 (WL Can.), setting aside a decision of Zarzeczny J., 2018 SKQB 75, [2018] S.J. No. 102 (QL), 2018 CarswellSask 118 (WL Can.). Appeal by Jason William Cowan dismissed, appeal by Her Majesty the Queen allowed, Brown and Rowe JJ. dissenting.

CSC 47, [2005] 2 R.C.S. 432; *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779; *R. c. Last*, 2009 CSC 45, [2009] 3 R.C.S. 146; *R. c. Bernardo* (1997), 105 O.A.C. 244; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Guillemette*, [1986] 1 R.C.S. 356; *R. c. Alec*, [1975] 1 R.C.S. 720; *R. c. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186; *R. c. Ruptash* (1982), 36 A.R. 346; *R. c. Druken*, 2002 NFCA 23, 211 Nfld. & P.E.I.R. 219; *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316; *Gray v. Dalgety & Co. Ltd.* (1916), 21 C.L.R. 509; *R. c. Duhamel (No. 2)* (1981), 131 D.L.R. (3d) 352, conf. par [1984] 2 R.C.S. 555; *Welch v. The King*, [1950] R.C.S. 412.

Citée par le juge Rowe (dissident)

R. c. Mahalingan, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316; *R. c. Punko*, 2012 CSC 39, [2012] 2 R.C.S. 396; *R. c. R.V.*, 2021 CSC 10, [2021] 1 R.C.S. 131; *R. c. MacKay*, 2005 CSC 79, [2005] 3 R.C.S. 725.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 21, 22, 265(1)(a), (b), 343d), 344, 351(2), 686(2), (4), (6), (7), (8).

Doctrine et autres documents cités

Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada, 5th ed. by Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst, Toronto, LexisNexis, 2018.

Spencer-Bower, George. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed., by Sir Alexander Kingcome Turner, London (U.K.), Butterworths, 1969.

Vauclair, Martin, et Tristan Desjardins, avec la collaboration de Pauline Lachance. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 27^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Jackson, Ottenbreit et Kalmakoff), 2020 SKCA 77, 389 C.C.C. (3d) 258, [2020] S.J. No. 251 (QL), 2020 CarswellSask 325 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Zarzeczny, 2018 SKQB 75, [2018] S.J. No. 102 (QL), 2018 CarswellSask 118 (WL Can.). Pourvoi de Jason William Cowan rejeté, pourvoi de Sa Majesté la Reine accueilli, les juges Brown et Rowe sont dissidents.

Thomas Hynes, for the appellant/respondent Jason William Cowan.

Pouria Tabrizi-Reardigan, for the respondent/appellant Her Majesty the Queen.

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

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] Two individuals robbed a Subway restaurant in Regina, Saskatchewan, on July 7, 2016. One wore a mask and brandished a knife, while the other stood watch at the front door. The robbers made off with \$400 and a coin dispenser.

[2] A police investigation led to the arrest of the accused, Jason William Cowan. He was subsequently charged with armed robbery, contrary to ss. 343(d) and 344 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[3] Mr. Cowan was tried by a judge alone. At trial, the Crown advanced two theories of liability: first, that Mr. Cowan was the masked robber and was therefore guilty as a principal offender; second, and in the alternative, that Mr. Cowan was guilty as a party to the armed robbery in that he either abetted the commission of the offence under s. 21(1)(c) of the *Criminal Code*, or counselled its commission under s. 22(1).

[4] The trial judge rejected both theories of liability and acquitted Mr. Cowan. In his view, the circumstantial evidence fell short of proving that Mr. Cowan was one of the principal offenders. As for party liability, he found that Mr. Cowan could only be convicted as a party if the Crown established that two of Mr. Cowan's friends — Matthew Tone and a man known as “Littleman” — had committed

Thomas Hynes, pour l'appellant/intimé Jason William Cowan.

Pouria Tabrizi-Reardigan, pour l'intimée/appelante Sa Majesté la Reine.

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

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Le 7 juillet 2016, deux individus ont dévalisé un restaurant Subway à Regina, en Saskatchewan. Un des individus était masqué et brandissait un couteau, tandis que l'autre montait la garde à la porte avant. Les voleurs se sont emparés de 400 \$ et d'un distributeur de pièces de monnaie.

[2] Une enquête policière a conduit à l'arrestation de l'accusé, Jason William Cowan. Ce dernier a par la suite été accusé de vol qualifié, infraction visée à l'al. 343d) et à l'art. 344 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[3] Monsieur Cowan a été jugé par un juge siégeant seul. Au procès, la Couronne a avancé deux thèses en matière de responsabilité : la première selon laquelle M. Cowan était le voleur masqué et était donc coupable à titre d'auteur principal de l'infraction; la deuxième selon laquelle M. Cowan était coupable à titre de participant au vol à main armée en ce qu'il avait soit encouragé une autre personne à commettre l'infraction, comme le prévoit l'al. 21(1)c) du *Code criminel*, soit conseillé à une autre personne de la commettre, comme le prévoit le par. 22(1).

[4] Le juge du procès a rejeté les deux thèses en matière de responsabilité et a acquitté M. Cowan. Selon lui, la preuve circonstancielle n'établissait pas que M. Cowan était l'un des principaux auteurs de l'infraction. Quant à la responsabilité à titre de participant, le juge du procès a statué que M. Cowan ne pouvait être déclaré coupable à ce titre que si la Couronne démontrait que deux de

the robbery. Once again, he found that the evidence relied upon by the Crown fell short in this regard.

[5] The Crown appealed from Mr. Cowan's acquittal. A majority of the Court of Appeal for Saskatchewan allowed the appeal. In doing so, it found no error in the trial judge's analysis or conclusion concerning Mr. Cowan's role as a principal offender. On the issue of party liability, the majority took a different view. In its opinion, the trial judge erred in holding that it was incumbent on the Crown to prove that Mr. Tone and Littleman were the persons who committed the robbery in order to find Mr. Cowan guilty of abetting or counselling the commission of the offence. According to the majority, this error was serious and it may well have affected the verdict. Hence, the majority allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial. However, because the error related solely to the issue of party liability, the majority ordered that the new trial be limited to the question of "whether Mr. Cowan is guilty of robbery, as a party, on the basis of abetting or counselling" (C.A. reasons, 2020 SKCA 77, 389 C.C.C. (3d) 258, at para. 50). Writing in dissent, Jackson J.A. would have dismissed the appeal in its entirety.

[6] This case involves an appeal by both Mr. Cowan and the Crown. On his appeal, Mr. Cowan relies upon the view of the dissenting judge at the Court of Appeal that the trial judge did not err in his analysis of party liability and that there was no basis in fact or law for the majority to interfere with the verdict of acquittal. Moreover, he agrees with the dissenting judge that even if the trial judge did err in his analysis of party liability, the error was not material and did not meet the high test required for setting aside an acquittal. For its part, the Crown appeals, with leave, from the order of the Court of Appeal, on the issue of whether the majority erred in limiting the scope of the new trial to a single theory of liability. The Crown

ses amis — Matthew Tone et un homme appelé « Littleman » — avaient commis le vol qualifié. Encore une fois, il a conclu que la preuve invoquée par la Couronne ne permettait pas de le démontrer.

[5] La Couronne a interjeté appel du verdict d'acquiescement de M. Cowan. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan ont accueilli l'appel. Ce faisant, ils n'ont décelé aucune erreur dans l'analyse du juge du procès ni dans sa conclusion concernant le rôle de M. Cowan à titre d'auteur principal de l'infraction. Les juges majoritaires ont adopté une position différente quant à la question de la responsabilité à titre de participant. À leur avis, le juge du procès avait commis une erreur en concluant que la Couronne devait prouver que M. Tone et Littleman avaient commis le vol qualifié pour que M. Cowan puisse être reconnu coupable d'avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction. Selon les juges majoritaires, il s'agissait d'une erreur grave qui pouvait fort bien avoir eu une incidence sur le verdict. Ils ont donc accueilli l'appel, annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Toutefois, puisque l'erreur ne portait que sur la question de la responsabilité à titre de participant, les juges majoritaires ont ordonné que le nouveau procès ne porte que sur la question de savoir [TRADUCTION] « si M. Cowan [était] coupable de vol qualifié, à titre de participant, pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction » (motifs de la C.A., 2020 SKCA 77, 389 C.C.C. (3d) 258, par. 50). Dissidente, la juge Jackson aurait rejeté l'appel dans son intégralité.

[6] La présente affaire porte sur un pourvoi formé par M. Cowan et sur un pourvoi formé par la Couronne. À l'appui de son pourvoi, M. Cowan invoque la position de la juge dissidente en Cour d'appel, selon laquelle le juge du procès n'avait commis aucune erreur dans son analyse de la responsabilité de M. Cowan à titre de participant et que rien ne justifiait, en fait ou en droit, que les juges majoritaires modifient le verdict d'acquiescement. En outre, M. Cowan convient avec la juge dissidente que même si le juge du procès avait commis une erreur dans son analyse de la responsabilité à titre de participant, l'erreur n'était pas significative et ne satisfaisait pas au critère rigoureux requis pour l'annulation d'un

contends that the majority did not have the power to place any limits on the scope of the new trial; rather, it should simply have ordered a full new trial on the charge of armed robbery.

[7] For the reasons that follow, I would dismiss Mr. Cowan’s appeal and allow the Crown’s appeal. I am in agreement with the majority of the Court of Appeal that the trial judge committed an error of law in his analysis of party liability, which had a material bearing on the acquittal. The appropriate remedy is therefore to set aside the acquittal and order a new trial. However, in my respectful view, the new trial must be a full retrial. While appellate courts have broad powers under s. 686(8) of the *Criminal Code* to “make any order, in addition, that justice requires”, this does not include the power to limit the scope of a new trial to a particular theory of liability on a single criminal charge.

II. Facts

[8] The events giving rise to these appeals occurred between approximately 9:00 and 9:30 p.m. on July 7, 2016. The sole employee working at the Subway restaurant at the time of the robbery was in the back area of the restaurant when he heard the front door open. He came out and saw that two individuals had entered — one was standing watch by the front door, while the other was approaching the counter with his face masked and a knife in his hand. The masked robber proceeded to jump over the counter and instruct the employee to place the money from the cash register, totalling \$400, into a Subway sandwich bag. He then noticed a coin dispenser and demanded that the employee give it to him. The employee complied.

acquittement. Pour sa part, la Couronne interjette appel, sur autorisation, de l’ordonnance de la Cour d’appel, relativement à la question de savoir si les juges majoritaires ont commis une erreur en limitant la portée du nouveau procès à une seule thèse en matière de responsabilité. La Couronne soutient que les juges majoritaires n’avaient pas le pouvoir de limiter, de quelque façon que ce soit, la portée du nouveau procès; plutôt, ils auraient simplement dû ordonner la tenue d’un nouveau procès complet quant à l’accusation de vol à main armée.

[7] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais le pourvoi de M. Cowan et j’accueillerais le pourvoi de la Couronne. Je suis d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel pour dire que le juge du procès a commis une erreur de droit dans son analyse de la responsabilité de M. Cowan à titre de participant, laquelle a eu une incidence significative sur le verdict d’acquittement. La réparation qui convient consiste donc à annuler l’acquittement et à ordonner la tenue d’un nouveau procès. Toutefois, à mon humble avis, le nouveau procès doit être un procès complet. Bien que les cours d’appel disposent de vastes pouvoirs, en vertu du par. 686(8) du *Code criminel*, de « rendre toute ordonnance que la justice exige », elles ne disposent pas du pouvoir de limiter la portée d’un nouveau procès à une thèse particulière en matière de responsabilité relativement à une seule accusation criminelle.

II. Faits

[8] Les événements à l’origine des présents pourvois se sont produits le 7 juillet 2016, entre environ 21 h et 21 h 30. Le seul employé présent au restaurant Subway au moment du vol qualifié se trouvait à l’arrière du restaurant, lorsqu’il a entendu la porte avant s’ouvrir. Il est revenu à l’avant du restaurant et a vu que deux individus étaient entrés — un des deux faisait le guet à la porte avant, tandis que l’autre, visage masqué et couteau à la main, s’approchait du comptoir. Le voleur masqué a sauté par-dessus le comptoir et a ordonné à l’employé de mettre l’argent qui se trouvait dans la caisse, soit un total de 400 \$, dans un sac à sandwich Subway. Il a ensuite remarqué un distributeur de pièces de monnaie et a ordonné à

The robbers left, taking the cash and coin dispenser with them.

[9] While the robbers could not be identified by the employee, the masked robber could be seen in the restaurant's security camera footage wearing distinctive running shoes.

[10] A few days later, the police received an anonymous tip implicating Mr. Cowan in the robbery and placed him under surveillance. As part of the surveillance operation, the police took photographs of Mr. Cowan showing him wearing a pair of running shoes that closely resembled those worn by the masked robber.

[11] Some weeks later, on August 11, 2016, the police arrested Mr. Cowan, in relation to the robbery, at a residence on McDonald Street located a few blocks away from the Subway restaurant. He was taken to the police station, where he provided a recorded statement denying having any involvement in the robbery and claiming he had an alibi. He explained that he was at the McDonald Street residence on the day of the robbery, but that he had left around 5:00 p.m. to go to the house of a friend named Jenna-Lee Tiszauer. He then went on to admit that while he was not directly involved in the robbery, on that same day, a group of individuals at the McDonald Street residence were talking about "how they needed money" and that he told them "how to do a robbery what to say how to do it how long to be in there" (trial reasons, 2018 SKQB 75, at paras. 24-25 (CanLII)). Initially, he said this conversation occurred with Mr. Tone and an individual named Dustin Fiddler. Later, he added that Littleman and an individual named Bradley Robinson were also present.

[12] When shown photographs of the robbery from the Subway restaurant security camera footage, Mr. Cowan identified Littleman as the robber

l'employé de le lui donner, ce que l'employé a fait. Les voleurs sont partis, emportant avec eux l'argent et le distributeur de pièces de monnaie.

[9] Bien que l'employé n'ait pas été en mesure d'identifier les voleurs, on pouvait voir sur les images filmées par la caméra de sécurité du restaurant que le voleur masqué portait des chaussures de course distinctives.

[10] Quelques jours plus tard, après avoir reçu un renseignement de source anonyme indiquant que M. Cowan aurait joué un rôle dans le vol qualifié, la police l'a mis sous surveillance. Dans le cadre de l'opération de surveillance, la police a pris des photos de M. Cowan sur lesquelles on le voyait portant une paire de chaussures de course qui ressemblaient beaucoup à celles portées par le voleur masqué.

[11] Quelques semaines plus tard, le 11 août 2016, la police a arrêté M. Cowan en lien avec le vol qualifié alors qu'il se trouvait dans une résidence de la rue McDonald, située à quelques pâtés de maisons du restaurant Subway. Il a été amené au poste de police où il a fait une déclaration enregistrée dans laquelle il niait toute participation au vol qualifié et affirmait avoir un alibi. Il a expliqué qu'il se trouvait à la résidence de la rue McDonald le jour du vol qualifié, mais qu'il était parti vers 17 h pour se rendre chez une amie nommée Jenna-Lee Tiszauer. Il a ensuite affirmé que bien qu'il n'eut pas directement participé au vol qualifié, le même jour, il avait entendu, à la résidence de la rue McDonald, un groupe de personnes dire [TRADUCTION] « qu'elles avaient besoin d'argent » et qu'il leur avait expliqué « comment commettre un vol qualifié, quoi dire, comment s'y prendre et combien de temps rester dans le commerce » (motifs de première instance, 2018 SKQB 75, par. 24-25 (CanLII)). Au départ, il a dit qu'il avait eu cette conversation avec M. Tone et un autre individu du nom de Dustin Fiddler. Plus tard, il a ajouté que Littleman et un certain Bradley Robinson étaient aussi présents.

[12] Lorsque des images du vol qualifié prises par la caméra de sécurité du restaurant Subway lui ont été montrées, M. Cowan a identifié Littleman

standing watch at the door and Mr. Robinson as the masked robber. Later, he told the police that Mr. Fiddler and Mr. Tone had driven Littleman and Mr. Robinson to the restaurant and had waited in Mr. Fiddler's vehicle during the robbery.

[13] Mr. Cowan was subsequently charged with “steal[ing] Canadian currency and a coin dispenser from Subway while armed with an offensive weapon, contrary to section 343(d) . . . of the *Criminal Code*” (armed robbery) (A.R., vol. I, at p. 2).¹ At trial, the Crown advanced two alternative theories of liability to establish Mr. Cowan's guilt — either he was the masked robber and therefore a principal offender, or he was a party in that he abetted or counselled the commission of the offence.

[14] In support of its main theory — that Mr. Cowan was a principal offender — the Crown relied on the available circumstantial evidence, including that Mr. Cowan's statement revealed a degree of knowledge regarding the robbery which supported his direct involvement; that the robbery had been committed in a manner consistent with the way Mr. Cowan described it in his statement; and that Mr. Cowan's shoes matched those worn by the masked robber. The Crown also tendered evidence from Ms. Tiszauer to challenge Mr. Cowan's alibi. She testified that Mr. Cowan had approached her and asked if she would provide him with an alibi, even though they had not been together on the evening of the robbery. Finally, the Crown called an individual named Tara Regan, who testified that at some point

comme étant le voleur qui faisait le guet à la porte et M. Robinson comme étant le voleur masqué. Plus tard, il a dit à la police que M. Fiddler et M. Tone avaient conduit Littleman et M. Robinson au restaurant et qu'ils étaient restés dans la voiture de M. Fiddler durant le vol.

[13] Monsieur Cowan a par la suite été accusé d'avoir [TRADUCTION] « volé des devises canadiennes et un distributeur de pièces de monnaie dans un Subway alors qu'il était muni d'une arme offensive, infraction visée à l'al. 343d) [. . .] du *Code criminel* » (vol qualifié) (d.a., vol. I, p. 2)¹. Au procès, la Couronne a avancé deux thèses relatives à la responsabilité pour établir la culpabilité de M. Cowan — soit il était le voleur masqué et donc l'auteur principal de l'infraction, soit il était un participant en ce qu'il avait encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction.

[14] Pour appuyer sa thèse principale — à savoir que M. Cowan était un auteur principal de l'infraction — la Couronne a invoqué la preuve circonstancielle disponible, notamment le fait que la déclaration de M. Cowan témoignait d'un niveau de connaissance concernant le vol qualifié qui laissait croire à une participation directe; le fait que le vol qualifié avait été commis de façon similaire à celle décrite par M. Cowan dans sa déclaration; et le fait que les chaussures de M. Cowan correspondaient à celles portées par le voleur masqué. La Couronne a également présenté le témoignage de M^{me} Tiszauer pour contester l'alibi de M. Cowan. Celle-ci a affirmé que M. Cowan l'avait approchée et lui avait demandé si elle pouvait lui fournir un alibi, même s'ils n'étaient pas ensemble le soir du vol qualifié.

¹ Mr. Cowan was also charged with intending to commit a robbery with his face masked, contrary to s. 351(2) of the *Criminal Code*. He was acquitted of that charge at trial and the Crown did not appeal from it. The Court of Appeal ordered a new trial solely on the charge of armed robbery, albeit restricting the scope of that new trial to the issue of party liability. The parties raised no issues nor did they make submissions relating to the charge of masked robbery with intent. Accordingly, any issues relating to or arising from it are not before us.

¹ Monsieur Cowan a également été accusé d'avoir eu l'intention de commettre un vol qualifié la figure couverte d'un masque, infraction visée au par. 351(2) du *Code criminel*. Il a été acquitté de cette accusation au procès et la Couronne n'a pas porté le verdict d'acquiescement en appel. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à la seule accusation de vol à main armée, mais elle a restreint la portée de ce nouveau procès à la question de la responsabilité de M. Cowan à titre de participant. Les parties n'ont soulevé aucune question et n'ont présenté aucune observation relativement à l'accusation de port d'un masque dans l'intention de commettre un acte criminel. Par conséquent, aucune question qui y est liée ou qui en découle ne nous a été soumise.

in the summer of 2016, Mr. Cowan told her that he committed the robbery with Littleman.

[15] As for its alternative theory — that Mr. Cowan was a party to the robbery because he abetted or counselled the commission of the robbery — the Crown primarily relied on Mr. Cowan’s statement in which he admitted to having told Mr. Fiddler, Mr. Tone, Mr. Robinson, and Littleman “how to do [the] robbery and what to say exactly” (A.R., vol. II, at p. 47).

[16] For its part, the defence called an individual named Nicole Miller, who testified that in July 2016, Mr. Tone told her that three people had committed the robbery, “him, his friend Littleman and his other buddy” (A.R., vol. III, at pp. 116 and 120). She did not know who the “other buddy” was. Mr. Cowan did not testify.

III. Decisions Below

A. *Court of Queen’s Bench for Saskatchewan, 2018 SKQB 75 (Zarzewny J.)*

[17] The trial judge acquitted Mr. Cowan. He found that the Crown had failed to establish Mr. Cowan’s guilt beyond a reasonable doubt on either theory of liability.

[18] With respect to Mr. Cowan being the principal offender, the trial judge rejected Ms. Regan’s evidence that Mr. Cowan had confessed to his involvement in the robbery. According to the trial judge, she was an unsavoury witness, whose evidence was neither reliable nor trustworthy. He then reviewed the remaining circumstantial evidence and concluded that Mr. Cowan’s guilt as a principal offender was not the only rational inference that could be drawn from it.

Enfin, la Couronne a cité une personne du nom de Tara Regan, qui a témoigné qu’à un certain moment au cours de l’été 2016, M. Cowan lui avait dit avoir commis le vol qualifié avec Littleman.

[15] Pour appuyer sa seconde thèse — à savoir que M. Cowan avait participé au vol qualifié parce qu’il avait encouragé ou conseillé la perpétration de l’infraction — la Couronne a principalement invoqué la déclaration de M. Cowan dans laquelle il avait admis avoir expliqué à M. Fiddler, M. Tone, M. Robinson et Littleman [TRADUCTION] « comment commettre [le] vol et quoi dire exactement » (d.a., vol. II, p. 47).

[16] Pour sa part, la défense a cité une personne du nom de Nicole Miller, qui a témoigné qu’en juillet 2016, M. Tone lui avait dit que trois personnes avaient commis le vol qualifié, soit [TRADUCTION] « lui, son ami Littleman et son autre copain » (d.a., vol. III, p. 116 et 120). Elle ne connaissait pas l’identité de [TRADUCTION] « [l’]autre copain ». Monsieur Cowan n’a pas témoigné.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, 2018 SKQB 75 (le juge Zarzewny)*

[17] Le juge du procès a acquitté M. Cowan. Il a conclu que la Couronne n’avait pas réussi à établir la culpabilité de M. Cowan hors de tout doute raisonnable sur le fondement de l’une des deux thèses relatives à la responsabilité.

[18] En ce qui concerne la thèse faisant de M. Cowan l’auteur principal de l’infraction, le juge du procès a rejeté le témoignage de M^{me} Regan, portant que M. Cowan avait avoué avoir participé au vol qualifié. Selon le juge du procès, M^{me} Regan était un témoin dont l’honnêteté était douteuse et dont le témoignage n’était ni fiable ni crédible. Le juge a ensuite examiné les autres éléments de preuve circonstancielle et a conclu que la culpabilité de M. Cowan à titre d’auteur principal de l’infraction n’était pas la seule conclusion rationnelle qui pouvait en être tirée.

[19] Having rejected the Crown’s theory of principal liability, the trial judge turned to consider whether Mr. Cowan was guilty as a party on the basis of abetting or counselling. He explained that in Mr. Cowan’s statement, he “clearly admits that he told the persons, which he claimed committed this robbery, namely [Mr. Tone and Littleman] how to do it” (para. 44). While this evidence confirmed that the instructions given by Mr. Cowan closely compared to the manner in which the robbery was carried out, the trial judge reasoned that he was unable to find Mr. Cowan guilty, as the evidence did not satisfy him that Mr. Tone and Littleman were the individuals who participated in the commission of the offence as principal offenders. This was essential, in his view, to convict Mr. Cowan as a party on the basis of abetting or counselling.

B. *Court of Appeal for Saskatchewan, 2020 SKCA 77, 389 C.C.C. (3d) 258 (Jackson (Dissenting), Ottenbreit and Kalmakoff J.J.A.)*

[20] The Crown appealed from the acquittal on the charge of armed robbery. It did so on the basis that the trial judge committed legal errors in relation to both the principal and party theories of liability.

[21] The Court of Appeal unanimously agreed that the trial judge did not commit any legal errors in rejecting the Crown’s theory that Mr. Cowan was a principal offender. The court was divided, however, on whether he erred in assessing Mr. Cowan’s guilt as a party on the basis of abetting or counselling.

[22] The majority was of the view that the trial judge erred in law by “instructing himself that, as a

[19] Ayant rejeté la thèse de la responsabilité principale de M. Cowan avancée par la Couronne, le juge du procès s’est penché sur la question de savoir si M. Cowan était coupable à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l’infraction. Il a expliqué que, dans sa déclaration, M. Cowan [TRADUCTION] « admet clairement avoir dit aux personnes qui, selon lui, avaient commis le vol qualifié, soit [M. Tone et Littleman], comment s’y prendre » (par. 44). Même si cet élément de preuve confirmait que les instructions données par M. Cowan correspondaient étroitement à la façon dont avait été commis le vol qualifié, le juge du procès a estimé qu’il lui était impossible de déclarer M. Cowan coupable, puisque la preuve ne le convainquait pas que M. Tone et Littleman étaient ceux qui avaient pris part à la perpétration de l’infraction à titre d’auteurs principaux. Cela était essentiel, selon lui, pour déclarer M. Cowan coupable à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l’infraction.

B. *Cour d’appel de la Saskatchewan, 2020 SKCA 77, 389 C.C.C. (3d) 258 (la juge Jackson (dissidente), les juges Ottenbreit et Kalmakoff)*

[20] La Couronne a porté en appel le verdict d’acquiescement à l’égard de l’accusation de vol à main armée sur le fondement que le juge du procès avait commis des erreurs de droit, tant relativement à la thèse de la responsabilité de M. Cowan à titre d’auteur principal qu’à celle de sa responsabilité à titre de participant.

[21] La Cour d’appel a convenu à l’unanimité que le juge du procès n’avait commis aucune erreur de droit en rejetant la thèse de la Couronne selon laquelle M. Cowan était un auteur principal. Elle était cependant divisée sur la question de savoir si le juge du procès avait commis une erreur dans son évaluation de la culpabilité de M. Cowan à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l’infraction.

[22] Les juges majoritaires étaient d’avis que le juge du procès avait commis une erreur de droit

prerequisite to establishing Mr. Cowan's culpability on either the basis of abetting the commission of the robbery, under s. 21(1)(c) or on the basis of counselling the commission of that offence under s. 22(1) the Crown was required to prove that Mr. Tone and [Littleman] were the principal offenders" (para. 25). In its opinion, to establish Mr. Cowan's guilt as an abettor, the Crown was not required to prove that the individual he had abetted was "*the principal offender*", as long as Mr. Cowan committed the prohibited act with the intention of abetting "*a principal offender*", an individual who "participate[d] in the offence as an aider or abettor", or an individual who "was involved in the commission of the offence in a way that would, on its own, attract criminal liability" (paras. 28-30 (emphasis in original)). Similarly, for counselling, the Crown was not required to prove that the individual counselled by Mr. Cowan was the principal offender, as long as that individual participated in the offence, either as a principal or party.

[23] Applying the test from *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, the majority found that the error had a material bearing on the acquittal because it led the trial judge to mischaracterize the Crown's position in relation to party liability and overlook important evidence. Nowhere in the trial record did the Crown assert that it could *only* have been Mr. Tone or Littleman who committed the robbery. Rather, there was evidence in Mr. Cowan's statement that Mr. Fiddler and Mr. Robinson were also present when Mr. Cowan was providing instructions on how to carry out a robbery. Moreover, in his statement, Mr. Cowan described how the robbery had been committed by Mr. Robinson and Littleman, while Mr. Tone and Mr. Fiddler were waiting in the getaway car. Collectively, this evidence was "capable of supporting a conviction on the basis of abetting or counselling *if* the trial judge had accepted it as fact

en [TRADUCTION] « se donnant pour directive que, comme condition préalable à l'établissement de la culpabilité de M. Cowan pour avoir encouragé la perpétration du vol qualifié, infraction visée à l'al. 21(1)c), ou pour en avoir conseillé la perpétration, infraction visée au par. 22(1), la Couronne devait prouver que M. Tone et [Littleman] étaient les auteurs principaux » (par. 25). Selon eux, pour établir que M. Cowan était coupable d'avoir encouragé la perpétration de l'infraction, la Couronne n'était pas tenue de prouver que l'individu encouragé par M. Cowan était [TRADUCTION] « l'auteur principal », tant que M. Cowan avait commis l'acte prohibé dans l'intention d'encourager « *un* auteur principal », un individu qui « a participé à la perpétration de l'infraction en aidant ou en encourageant un autre individu à la commettre », ou un individu qui « avait participé à la perpétration de l'infraction d'une façon qui, à elle seule, suffirait à engager une responsabilité criminelle » (par. 28-30 (en italique dans l'original)). De même, pour établir que M. Cowan était coupable d'avoir conseillé la perpétration de l'infraction, la Couronne n'était pas tenue de prouver que l'individu conseillé par M. Cowan était l'auteur principal, tant que cet individu avait effectivement participé à l'infraction, que ce soit à titre d'auteur principal ou de participant.

[23] Se fondant sur le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, les juges majoritaires ont conclu que l'erreur avait eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement car elle avait amené le juge du procès à déformer la position de la Couronne quant à la responsabilité de M. Cowan à titre de participant et à négliger des éléments de preuve importants. Nulle part dans le dossier du procès il n'est indiqué que la Couronne a affirmé que *seuls* M. Tone ou Littleman pouvaient avoir commis le vol qualifié. Au contraire, la déclaration de M. Cowan indiquait que M. Fiddler et M. Robinson étaient aussi présents lorsqu'il avait donné des instructions sur la façon de commettre un vol. En outre, dans sa déclaration, M. Cowan a expliqué de quelle façon le vol avait été commis par M. Robinson et Littleman pendant que M. Tone et M. Fiddler attendaient dans le véhicule de fuite. Pris

and applied the correct legal analysis to it” (para. 42 (emphasis in original)).

[24] Accordingly, the majority allowed the appeal, set aside the acquittal, and ordered a new trial. In directing the new trial, however, it held that since the court had rejected the Crown’s grounds of appeal concerning Mr. Cowan’s liability as a principal, the scope of the trial should be limited to “whether Mr. Cowan is guilty of robbery, as a party, on the basis of abetting or counselling” (para. 50).

[25] The dissenting judge would have dismissed the appeal entirely and upheld the acquittal. In her opinion, the trial judge did not err by limiting himself to considering Mr. Tone and Littleman as being the principals to the offence. The trial judge named those two individuals because “they were the only . . . likely candidates seriously put forward by anyone as having had any role in the commission of the robbery and their suggested role was as principals only” (para. 62). The trial judge was therefore merely responding to the evidence and submissions before him.

[26] The dissenting judge went on to note that even if the trial judge did err, the error was not sufficiently material to have had a bearing on Mr. Cowan’s acquittal. This was because the trial judge discounted Mr. Cowan’s statement, which was the only evidence that could have supported the possibility that someone other than Mr. Tone or Littleman was a principal. If Mr. Cowan’s statement was not sufficient to permit the trial judge to draw the inference that Mr. Tone or Littleman were principals, it would not have supported the “less obvious” inference that anyone else was a principal.

ensemble, ces éléments de preuve auraient pu [TRADUCTION] « justifier une déclaration de culpabilité pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l’infraction *si* le juge du procès les avait tenus pour avérés et en avait fait une analyse juridique correcte » (par. 42 (en italique dans l’original)).

[24] Par conséquent, les juges majoritaires ont accueilli l’appel, annulé l’acquittement et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Cependant, en ordonnant la tenue d’un nouveau procès, ils ont statué que, puisque la cour avait rejeté les moyens d’appel de la Couronne quant à la responsabilité de M. Cowan à titre d’auteur principal, la portée du procès devait se limiter à [TRADUCTION] « la question de savoir si M. Cowan [était] coupable de vol, à titre de participant, pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l’infraction » (par. 50).

[25] La juge dissidente aurait rejeté l’appel dans son intégralité et maintenu l’acquittement. À son avis, le juge du procès n’avait pas commis d’erreur en se contentant de considérer M. Tone et Littleman comme étant les auteurs principaux de l’infraction. Le juge du procès avait nommé ces deux individus parce qu’ils [TRADUCTION] « étaient les seuls [. . .] candidats possibles désignés sérieusement par quiconque comme ayant joué un rôle dans la perpétration du vol et que le rôle qui leur avait été attribué était celui d’auteurs principaux seulement » (par. 62). Le juge du procès ne faisait donc que répondre à la preuve et aux observations qui lui avaient été présentées.

[26] La juge dissidente a ajouté que même si le juge du procès avait commis une erreur, celle-ci n’était pas suffisamment significative pour avoir eu une incidence sur le verdict d’acquittement de M. Cowan, et ce, parce que le juge du procès avait écarté la déclaration de M. Cowan, laquelle constituait le seul élément de preuve qui aurait pu étayer la possibilité que quelqu’un d’autre que M. Tone ou Littleman ait agi comme auteur principal de l’infraction. Si la déclaration de M. Cowan n’était pas suffisante pour permettre au juge du procès de conclure que M. Tone ou Littleman avaient agi à titre d’auteurs principaux, elle n’aurait pas pu étayer la conclusion [TRADUCTION] « moins évidente » selon laquelle quelque autre personne aurait pu agir à titre d’auteur principal.

IV. Issues

[27] I would state the issues in these appeals as follows:

- (1) Did the trial judge err in his assessment of Mr. Cowan's guilt as a party on the basis of abetting or counselling?
- (2) If so, could the error reasonably be thought to have had a material bearing on Mr. Cowan's acquittal such that a new trial is warranted?
- (3) If a new trial is required, did the Court of Appeal err in restricting the scope of the new trial to the question of whether Mr. Cowan is guilty as a party on the basis of abetting or counselling?

V. AnalysisA. *The Trial Judge Erred*

[28] In my respectful view, the trial judge erred in law in assessing Mr. Cowan's liability as a party for having abetted or counselled the commission of the offence. Specifically, as I will explain, by reasoning that the Crown was required to prove that Mr. Tone and Littleman were the principals in the commission of the armed robbery as a prerequisite to establishing Mr. Cowan's guilt as a party, the trial judge misdirected himself on the law and, as a result, failed to correctly assess the relevant evidence.

(1) The Law

[29] For the purposes of determining criminal liability, the *Criminal Code* does not distinguish between principal offenders and parties to an offence (*R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at para. 13). An accused's guilt is the same regardless of

IV. Questions en litige

[27] Je formulerais ainsi les questions soulevées dans les présents pourvois :

- (1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son évaluation de la culpabilité de M. Cowan à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction?
- (2) Le cas échéant, serait-il raisonnable de penser que l'erreur ait pu avoir une incidence significative sur le verdict d'acquiescement de M. Cowan de sorte que la tenue d'un nouveau procès soit justifiée?
- (3) Si un nouveau procès doit être tenu, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en limitant la portée de celui-ci à la question de savoir si M. Cowan est coupable, à titre de participant, pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction?

V. AnalyseA. *Le juge du procès a commis une erreur*

[28] À mon humble avis, le juge du procès a commis une erreur de droit en évaluant la responsabilité de M. Cowan à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l'infraction. Plus précisément, comme je vais l'expliquer, en considérant que la Couronne devait préalablement prouver que M. Tone et Littleman étaient les auteurs principaux du vol à main armée afin d'établir la culpabilité de M. Cowan à titre de participant, le juge du procès s'est mépris sur le droit et, de ce fait, n'a pas évalué correctement les éléments de preuve pertinents.

(1) Le droit

[29] Pour la détermination de la responsabilité criminelle, le *Code criminel* ne fait pas de distinction entre les auteurs principaux d'une infraction et les participants à une infraction (*R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 13). La

the way in which they participated in the offence — the person who provides the gun is guilty of the same offence as the person who pulls the trigger (*ibid.*; *R. v. Huard*, 2013 ONCA 650, 302 C.C.C. (3d) 469, at para. 59).

[30] Sections 21 and 22 of the *Criminal Code* set out the various ways in which an accused may participate in and be found guilty of a particular offence. Those provisions codify both liability for an accused who participates in an offence by actually committing it, under s. 21(1)(a) (principal liability); and liability for an accused who participates in an offence by, for example, abetting or counselling another person to commit the offence, under s. 21(1)(c) or s. 22(1) (party liability) (*R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198, at para. 51).

[31] Where, as here, an accused is being tried alone and there is evidence that more than one person participated in the commission of the offence, the Crown is not required to prove the identity of the other participant(s) or the precise part played by each in order to prove an accused's guilt as a party (*R. v. Isaac*, [1984] 1 S.C.R. 74, at p. 81, citing *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443 (Ont. C.A.), at p. 458). This principle applies where an accused is prosecuted as either an abettor or counsellor.

[32] The essential elements of abetting are well established. The *actus reus* of abetting is doing something or omitting to do something that encourages the principal to commit the offence (*Briscoe*, at paras. 14-15). As for the *mens rea*, it has two components: intent and knowledge (para. 16). The abettor must have intended to abet the principal in the commission of the offence and known that the principal intended to commit the offence (paras. 16-17).

culpabilité d'un accusé est la même, peu importe la façon dont il a participé à l'infraction — la personne qui fournit l'arme est coupable de la même infraction que la personne qui appuie sur la gâchette (*ibid.*; *R. c. Huard*, 2013 ONCA 650, 302 C.C.C. (3d) 469, par. 59).

[30] Les articles 21 et 22 du *Code criminel* énoncent les diverses façons dont un accusé peut participer à une infraction donnée et en être déclaré coupable. Ces dispositions codifient à la fois la responsabilité d'un accusé qui participe à une infraction en la commettant réellement, au titre de l'al. 21(1)a (responsabilité à titre d'auteur principal), et la responsabilité d'un accusé qui participe à une infraction, par exemple, en encourageant une autre personne à la commettre ou en lui conseillant de le faire, au titre de l'al. 21(1)c) ou du par. 22(1) (responsabilité à titre de participant) (*R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198, par. 51).

[31] Dans les cas où, comme en l'espèce, un seul accusé est jugé et que la preuve démontre que plus d'une personne a participé à la perpétration de l'infraction, la Couronne n'est pas tenue de prouver l'identité de tout autre participant ni le rôle précis de chacun pour établir la culpabilité d'un accusé à titre de participant (*R. c. Isaac*, [1984] 1 R.C.S. 74, p. 81, citant *R. c. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443 (C.A. Ont.), p. 458). Ce principe s'applique lorsqu'un accusé est poursuivi pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration d'une infraction.

[32] Les éléments essentiels de l'encouragement sont bien établis. L'*actus reus* consiste à accomplir ou à omettre d'accomplir une chose qui encourage l'auteur principal d'une infraction à commettre cette dernière (*Briscoe*, par. 14-15). La *mens rea* comporte deux éléments : l'intention et la connaissance (par. 16). Celui qui a encouragé devait avoir l'intention d'encourager l'auteur principal à commettre l'infraction et devait savoir que l'auteur principal avait l'intention de commettre l'infraction (par. 16-17).

[33] Although the jurisprudence setting out the elements of abetting refers to encouraging “the principal”, intending to abet “the principal”, and knowing that “the principal” intended to commit the offence, the Crown is not required to prove the identity of “the principal” or their specific role in the commission of the offence for party liability to attach (*R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, at pp. 687-89).

[34] In *Thatcher*, the accused was charged with first degree murder. To establish his guilt, the Crown presented two alternative theories of liability. It argued that the accused was either the principal offender, in that he personally murdered the victim, or a party to the offence, in that he had the victim murdered by someone else. The trial judge instructed the jury that the Crown’s inability to adduce evidence of another specific, identified individual as the person who actually committed the murder did not preclude the jury from finding the accused guilty as a party. The jury returned a verdict of guilty on the offence of first degree murder. The accused appealed on the basis that the trial judge erred in instructing the jury that the Crown was not required to prove the identity of the principal offender. His appeal was dismissed by the Court of Appeal for Saskatchewan. On further appeal, this Court agreed with the Court of Appeal, holding that the trial judge’s instructions were “perfectly proper”, because “[t]here is, of course, no burden on the Crown to point to a specific, identified person as the personal assailant of the victim” (pp. 687-88).

[35] Similar principles apply to counselling, which is defined in the *Criminal Code* to include “procuring, soliciting and inciting” (s. 22(3)). The *actus reus* is the “deliberate encouragement or active inducement of the commission of a criminal offence” (*R. v. Hamilton*, 2005 SCC 47, [2005] 2

[33] Bien que la jurisprudence énonçant les éléments de l’encouragement renvoie à l’encouragement de « l’auteur principal », à l’intention d’encourager « l’auteur principal » et à la connaissance du fait que « l’auteur principal » avait l’intention de commettre l’infraction, la Couronne n’est pas tenue de prouver l’identité de « l’auteur principal » ni son rôle précis dans la perpétration de l’infraction pour qu’une responsabilité à titre de participant en découle (*R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, p. 687-689).

[34] Dans l’arrêt *Thatcher*, l’accusé était inculpé de meurtre au premier degré. Pour établir sa culpabilité, la Couronne a présenté deux thèses quant à sa responsabilité. Elle a soutenu que l’accusé était soit l’auteur principal de l’infraction, en ce qu’il avait personnellement tué la victime, soit un participant à l’infraction, en ce qu’il avait fait tuer la victime par une autre personne. Le juge du procès avait indiqué au jury que l’incapacité de la Couronne de présenter des éléments de preuve identifiant une autre personne en particulier comme étant la personne ayant commis le meurtre ne l’empêchait en rien de déclarer l’accusé coupable à titre de participant. Le jury a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré. L’accusé a porté ce verdict en appel au motif que le juge du procès avait commis une erreur en disant au jury que la Couronne n’était pas tenue de prouver l’identité de l’auteur principal de l’infraction. L’appel a été rejeté par la Cour d’appel de la Saskatchewan. Dans le cadre du pourvoi subséquent, la Cour a souscrit à la conclusion de la Cour d’appel, statuant que les directives du juge du procès étaient « parfaitement appropriées », car « [é]videmment, [la Couronne] n’a[vait] aucune obligation d’identifier une personne en particulier comme étant personnellement l’assaillant de la victime » (p. 687-688).

[35] Des principes semblables s’appliquent au conseil qui, au sens du *Code criminel*, s’entend de « l’encouragement visant à amener ou à inciter » (par. 22(3)). L’*actus reus* réside dans le fait « d’encourager délibérément ou d’inciter activement la perpétration d’une infraction criminelle »

S.C.R. 432, at para. 29 (emphasis deleted)). The person deliberately encouraged or actively induced by the counsellor must also actually participate in the offence (para. 63, per Charron J., dissenting on other grounds; *Criminal Code*, s. 22(1)). As for the *mens rea*, the counsellor must have “either intended that the offence counselled be committed, or knowingly counselled the commission of the offence while aware of the unjustified risk that the offence counselled was in fact likely to be committed as a result of the accused’s conduct” (*Hamilton*, at para. 29).

[36] While one of the requisite elements of counselling is the actual participation in the offence by the person counselled, that person can participate not only as a principal, but also as a party. This is reflected by the wording of s. 22(1), which states that an accused is a party if they “counse[l] another person to be a party to an offence and that other person is afterwards a party to that offence”. The precise manner of participation is irrelevant, since whether the person counselled is a principal or a party, “[t]he focus on a prosecution for counselling is on the counsellor’s conduct and state of mind, not that of the person counselled” (*Hamilton*, at para. 74).

(2) Application

[37] Applying these principles to the case at hand, it is clear that to establish Mr. Cowan’s guilt as a party on the basis of abetting or counselling, the Crown was not required to prove the identity of Mr. Tone and Littleman as the principal offenders or the precise role played by them in the commission of the offence. The Crown was only required to prove that any one of the individuals encouraged by Mr. Cowan went on to participate in the offence either as a principal offender — in which case Mr. Cowan would be guilty as both an abettor and a counsellor — or as a

(*R. c. Hamilton*, 2005 CSC 47, [2005] 2 R.C.S. 432, par. 29 (italique omis)). La personne délibérément encouragée ou activement incitée par la personne qui conseille doit aussi participer réellement à l’infraction (par. 63, la juge Charron, dissidente pour d’autres motifs; *Code criminel*, par. 22(1)). Pour ce qui est de la *mens rea*, la personne qui conseille devait « [vouloir] que l’infraction conseillée soit commise, [ou avoir] sciemment conseillé l’infraction alors qu’[elle] était conscient[e] du risque injustifié que l’infraction conseillée serait vraisemblablement commise en conséquence de sa conduite » (*Hamilton*, par. 29).

[36] Bien que l’un des éléments essentiels de l’infraction consistant à conseiller la perpétration d’une infraction soit la participation réelle de la personne conseillée à l’infraction, cette personne peut y prendre part non seulement à titre d’auteur principal, mais aussi à titre de participant. Cela se manifeste dans le libellé du par. 22(1), qui prévoit qu’un accusé participe à une infraction s’il « conseille à une autre personne de participer à une infraction et que cette dernière y participe sub-séquemment ». La façon précise de participer n’a aucune importance; que la personne conseillée ait agi à titre d’auteur principal ou à titre de participant, « [d]ans une poursuite pour avoir conseillé à quelqu’un de commettre une infraction, l’accent est mis sur la conduite et sur l’état d’esprit de la personne qui conseille et non sur ceux de la personne conseillée » (*Hamilton*, par. 74).

(2) Application

[37] Si l’on applique ces principes au cas présent, il est clair que pour établir la culpabilité de M. Cowan à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l’infraction, la Couronne n’était pas tenue de prouver l’identité de M. Tone et de Littleman à titre d’auteurs principaux ni le rôle précis qu’ils ont joué dans la perpétration de l’infraction. La Couronne n’avait qu’à prouver que l’un des individus encouragés par M. Cowan avait participé à la perpétration de l’infraction soit à titre d’auteur principal — auquel

party — in which case Mr. Cowan would be guilty as a counsellor.²

[38] Despite this, the trial judge reasoned that Mr. Cowan could not be convicted of either abetting or counselling the commission of the robbery because the Crown had not met its burden of proving “that Matthew Tone and [Littleman] were involved as principals in the commission of this robbery” (para. 48). He repeated this point, explaining that “before the accused can be convicted of aiding, abetting or counselling the commission of this Subway robbery . . . I must be satisfied, beyond a reasonable doubt, that it was Matthew Tone and [Littleman] who participated as principals in the commission of this crime” (para. 49).

[39] With respect, it is clear from these passages that the trial judge misdirected himself on the applicable legal principles underlying ss. 21(1)(c) and 22(1). He then assessed the evidence in light of these incorrect principles, concluding that “there is not sufficient evidence implicating or proving, beyond a reasonable doubt, that Matthew Tone and [Littleman] were the persons involved in committing this robbery” (para. 45).

² I leave for another day the question of whether an accused can be liable as an abettor under s. 21(1)(c) where they are found to have abetted a party to an offence, other than the principal offender. This question has no bearing on the outcome of this appeal since, even if s. 21(1)(c) applies only to those who abetted a principal offender, the trial judge erred in failing to recognize that he could find Mr. Cowan guilty if he was satisfied, beyond a reasonable doubt, that Mr. Cowan encouraged at least one of the individuals who participated in the commission of the offence either as a principal (abetting or counselling) or a party (counselling). Accordingly, I should not be taken as endorsing the Court of Appeal’s comments, at paras. 28-30 of its reasons, suggesting that criminal liability for abetting can attach where an accused abets a non-principal party (e.g., an abettor).

cas M. Cowan serait coupable d’avoir encouragé et d’avoir conseillé la perpétration de l’infraction — ou à titre de participant — auquel cas M. Cowan serait coupable d’avoir conseillé la perpétration de l’infraction².

[38] Malgré cela, le juge du procès a conclu que M. Cowan ne pouvait pas être déclaré coupable d’avoir encouragé ou conseillé la perpétration du vol qualifié puisque la Couronne ne s’était pas déchargée de son fardeau de prouver [TRADUCTION] « que Matthew Tone et [Littleman] avaient participé à la perpétration de ce vol à titre d’auteurs principaux » (par. 48). Il a répété ce point, expliquant que « pour pouvoir déclarer l’accusé coupable d’avoir aidé, encouragé ou conseillé la perpétration du vol qualifié dans le restaurant Subway [. . .] je dois être convaincu, hors de tout doute raisonnable, que ce sont Matthew Tone et [Littleman] qui ont bel et bien participé à la perpétration du crime à titre d’auteurs principaux » (par. 49).

[39] Avec égards, il ressort clairement de ces passages que le juge du procès s’est mépris sur les principes juridiques applicables qui sous-tendent l’al. 21(1)c) et le par. 22(1). Il a ensuite évalué la preuve en se fondant sur les mauvais principes, puis il est arrivé à la conclusion [TRADUCTION] « [qu’]il n’y [avait] pas suffisamment d’éléments de preuve reliant Matthew Tone et [Littleman] au vol ou prouvant, hors de tout doute raisonnable, qu’ils l’avaient commis » (par. 45).

² Je reporte à une autre occasion l’examen de la question de savoir si un accusé peut être tenu responsable d’avoir encouragé la perpétration d’une infraction au titre de l’al. 21(1)c) lorsque l’on conclut qu’il a encouragé un participant à l’infraction, autre que l’auteur principal. Cette question n’a aucune incidence sur l’issue du présent pourvoi car, même si l’al. 21(1)c) ne s’applique qu’à ceux qui ont encouragé l’auteur principal, le juge du procès a commis une erreur en omettant de reconnaître qu’il aurait pu déclarer M. Cowan coupable s’il était convaincu, hors de tout doute raisonnable, que celui-ci avait encouragé au moins un des individus ayant participé à la perpétration de l’infraction, soit à titre d’auteur principal (encouragé ou conseillé) ou à titre de participant (conseillé). Par conséquent, je ne peux souscrire aux commentaires de la Cour d’appel, aux par. 28-30 de ses motifs, qui laissent entendre qu’une responsabilité criminelle peut être engagée pour avoir encouragé la perpétration d’une infraction lorsque l’accusé a encouragé un participant qui n’est pas l’auteur principal (p. ex., une personne qui a encouragé).

[40] On this issue, I am unable to endorse the dissenting judge’s opinion in the Court of Appeal that the trial judge did not err in singling out Mr. Tone and Littleman, because he was simply responding to the evidence and submissions before him. With respect, the record illustrates that other individuals were put forward as potentially being involved in the robbery. For instance, in closing submissions at trial, defence counsel began his remarks by explaining that the defence’s theory was that “Tara Regan, Matthew Tone and Dustin Fiddler” had “committed the robbery that is the subject matter of this proceeding” (A.R., vol. III, at p. 131). Defence counsel also suggested that “Matthew Tone, Tara Regan or any number of robbers [could] have worn [the] pair of shoes” seen on the security camera footage of the robbery (p. 137). Further, he noted that the robbers had likely escaped using a vehicle, and that “Dustin Fiddler owned a vehicle” (p. 138).

[41] The Crown suggested a similarly broad lens on the party theory, noting in closing submissions that Mr. Cowan had instructed all of his “friends” how to commit the robbery:

So in my respectful submission when Mr. Cowan, according to his testimony, again this is in our subsidiary argument, when — if he said to his friends, when he know[s] that they’re in need of money, just go — just go do a robbery, it’s easy and then give[s] them further advi[c]e about how to do it, is committing an offence by the way of Section 21 (c) of the *Criminal Code*.

(A.R., vol. III, at p. 152)

[42] This theory accorded with Mr. Cowan’s statement, in which he told the police that Littleman, Mr. Tone, Mr. Robinson, and Mr. Fiddler were all present at the McDonald Street residence when he explained how to commit the robbery. In discussing the admissibility of that statement, the Crown pointed out that Mr. Cowan not only admitted to encouraging Mr. Tone and Littleman, but also to encouraging Mr. Robinson and Mr. Fiddler. The Crown

[40] Sur cette question, je ne puis souscrire à l’opinion de la juge dissidente de la Cour d’appel selon laquelle le juge du procès n’avait pas commis d’erreur en désignant M. Tone et Littleman, puisqu’il ne faisait que répondre à la preuve et aux observations qui lui avaient été présentées. Soit dit avec égards, le dossier indique que d’autres personnes avaient été désignées comme étant susceptibles d’avoir participé au vol. Par exemple, lors des observations finales au procès, l’avocat de la défense a commencé son exposé en expliquant que la thèse de la défense était que [TRADUCTION] « Tara Regan, Matthew Tone et Dustin Fiddler » avaient « commis le vol qualifié faisant l’objet de la présente instance » (d.a., vol. III, p. 131). Il a aussi laissé entendre que [TRADUCTION] « Matthew Tone, Tara Regan ou n’importe quel autre voleur [aurait pu] porter [la] paire de chaussures » vues sur les images du vol filmées par la caméra de sécurité (p. 137). En outre, il a souligné que les voleurs avaient probablement fui dans un véhicule et que [TRADUCTION] « Dustin Fiddler était propriétaire d’un véhicule » (p. 138).

[41] La Couronne a proposé une approche aussi large quant à la thèse du participant, soulignant dans les observations finales que M. Cowan avait expliqué à tous ses « amis » comment commettre le vol :

[TRADUCTION] Donc, à mon humble avis, lorsque M. Cowan, selon son témoignage (une fois de plus, cela fait partie de notre argument subsidiaire), lorsque — s’il a dit à ses amis, alors qu’il savait qu’ils avaient besoin d’argent, « allez-y, vous n’avez qu’à commettre un vol, c’est facile », et qu’il leur a ensuite donné des conseils sur la façon de le faire — a commis une infraction visée à l’al. 21c) du *Code criminel*.

(d.a., vol. III, p. 152)

[42] Cette thèse concordait avec la déclaration de M. Cowan, dans laquelle il avait dit à la police que Littleman, M. Tone, M. Robinson et M. Fiddler étaient tous présents à la résidence de la rue McDonald lorsqu’il avait expliqué comment commettre un vol. En examinant l’admissibilité de cette déclaration, la Couronne a souligné que M. Cowan avait admis non seulement avoir encouragé M. Tone et Littleman, mais aussi avoir encouragé M. Robinson et M. Fiddler. La

argued that “the accused [admitted to abetting] in the commission of an offence when he sa[id] that he told Mr. Fiddler and Mr. Tone, Mr. [Robinson] and another individual named Littleman how to do the . . . robbery and what to say exactly” (A.R., vol. II, at p. 47).

[43] The majority of the Court of Appeal was therefore correct to find that there was “nothing in the trial record to indicate that the Crown asserted it could *only* have been Mr. Tone and [Littleman] who entered the Subway restaurant to commit the robbery” (para. 41 (emphasis in original)).

[44] In any event, even if the evidence and submissions had, in fact, focused on Mr. Tone and Littleman, this did not insulate the trial judge from legal error. As I have explained, Mr. Cowan could still have been found guilty of being a party to the offence even if the precise identity or part played by each individual who participated in the commission of the offence was uncertain, so long as Mr. Cowan had committed the necessary act with the requisite intent (*Isaac*, at p. 81, citing *Sparrow*, at p. 458; *Pickton*, at para. 58; *Thatcher*, at pp. 687-89). There was therefore no need for the trial judge to focus on the identity of a given principal, whether or not the Crown identified specific individuals as principals to the offence. Rather, all that was required was for him to find that Mr. Cowan had encouraged at least one of the individuals who participated in the commission of the offence, be it as a principal (abetting or counselling) or a party (counselling). Respectfully, the trial judge erred in failing to recognize this.

[45] Having found that the trial judge committed an error of law, I must now determine whether that error warranted appellate intervention.

B. *The Legal Error Had a Material Bearing on the Acquittal*

[46] Acquittals are not overturned lightly (*R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595, at

Couronne a fait valoir que [TRADUCTION] « l’accusé [avait admis avoir encouragé] la perpétration d’une infraction lorsqu’il a déclaré avoir expliqué à M. Fiddler, M. Tone, M. [Robinson] et un autre individu nommé Littleman comment commettre le [. . .] vol et quoi dire exactement » (d.a., vol. II, p. 47).

[43] Les juges majoritaires de la Cour d’appel avaient donc raison de conclure que [TRADUCTION] « rien dans le dossier du procès n’indiquait que la Couronne avait affirmé que *seuls* M. Tone et [Littleman] avaient pu entrer dans le restaurant Subway pour commettre le vol » (par. 41 (en italique dans l’original)).

[44] De toute manière, même si la preuve et les observations avaient effectivement mis l’accent sur M. Tone et Littleman, cela n’aurait pas mis le juge du procès à l’abri de commettre une erreur de droit. Comme je l’ai expliqué, M. Cowan aurait tout de même pu être déclaré coupable d’avoir participé à la perpétration de l’infraction même si l’identité précise ou le rôle de chacun des individus y ayant participé étaient incertains, tant que M. Cowan avait commis l’acte nécessaire avec l’intention requise (*Isaac*, p. 81, citant *Sparrow*, p. 458; *Pickton*, par. 58; *Thatcher*, p. 687-689). Il n’était donc pas nécessaire pour le juge du procès de se concentrer sur l’identité d’un auteur principal donné, que la Couronne ait ou non désigné des individus précis comme étant les auteurs principaux de l’infraction. Plutôt, il lui suffisait seulement de conclure que M. Cowan avait encouragé au moins un des individus ayant participé à la perpétration de l’infraction, que ce soit à titre d’auteur principal (encouragé ou conseillé) ou de participant (conseillé). À mon humble avis, le juge du procès a commis une erreur en ne reconnaissant pas cela.

[45] Ayant conclu que le juge du procès a commis une erreur de droit, je dois maintenant décider si cette erreur justifiait une intervention en appel.

B. *L’erreur de droit a eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement*

[46] Les verdicts d’acquiescement ne sont pas annulés à la légère (*R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000]

para. 2). To have an acquittal set aside due to a legal error, the Crown bears the burden of satisfying an appellate court to a reasonable degree of certainty that the impugned error of law might have had a material bearing on the acquittal (*Graveline*, at para. 14). This does not mean that the Crown is required to persuade the court that the verdict would necessarily have been different but for the error (*ibid.*). Instead, the Crown must show that the verdict may well have been affected by it (*R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374).

[47] Here, I am satisfied that the Crown has met its burden of showing that the legal error had a material bearing on the acquittal. The trial judge structured his analysis of the evidence based on the erroneous premise that the Crown had to prove that Mr. Tone and Littleman were the principals before Mr. Cowan could be convicted as an abettor or counsellor.

[48] In particular, he analyzed the evidence before him as follows:

In his interview statement and those passages of it quoted in this judgment, Mr. Cowan clearly admits that he told the persons, which he claimed committed this robbery, namely “Matthew” (taken to be Matthew Tone) and “littleman” how to do it. The evidence of [the Subway employee] and the Subway video confirms that the counselling and instructions that the accused gave respecting how this robbery should be done compares very closely with how it was committed. The language used by the principal robber and the statements he made are virtually identical to the advice Mr. Cowan says he gave to those he claims committed it. [para. 44]

This evidence, as the trial judge summarized it, was reasonably capable of establishing that Mr. Cowan committed the prohibited act with the requisite intent for party liability on the basis of abetting or counselling. Failing to recognize this, however, the trial judge went on to ask the wrong question, namely whether the evidence was sufficient to establish the identity and involvement of Mr. Tone and Littleman

2 R.C.S. 595, par. 2). Pour faire annuler un verdict d’acquittal en raison d’une erreur de droit, il incombe à la Couronne de convaincre la cour d’appel, avec un degré raisonnable de certitude, que l’erreur de droit en cause pourrait avoir eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal (*Graveline*, par. 14). Cela ne signifie pas que la Couronne est tenue de persuader la cour que le verdict aurait nécessairement été différent n’eût été l’erreur (*ibid.*). La Couronne doit plutôt démontrer qu’il se peut fort bien que l’erreur ait eu une incidence sur le verdict (*R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 374).

[47] En l’espèce, je suis convaincu que la Couronne s’est déchargée de son fardeau de démontrer que l’erreur de droit a eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal. Le juge du procès a fondé son analyse de la preuve sur la prémisse erronée voulant que la Couronne devait d’abord prouver que M. Tone et Littleman étaient les auteurs principaux de l’infraction pour que M. Cowan puisse être déclaré coupable d’avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l’infraction.

[48] Plus précisément, il a analysé la preuve dont il disposait de la façon suivante :

[TRADUCTION] Dans sa déclaration et dans les passages de celle-ci cités dans les présents motifs, M. Cowan admet clairement avoir expliqué aux personnes qu’il disait coupables du vol, soit « Matthew » (considéré comme étant Matthew Tone) et « littleman », comment s’y prendre. Le témoignage de [l’employé du Subway] et la vidéo du Subway confirment que les conseils et les instructions donnés par l’accusé quant à la façon dont le vol devrait être commis correspondent très étroitement à la façon dont il a été commis. Le langage utilisé par le voleur principal et les déclarations qu’il a faites correspondent presque mot pour mot aux conseils que M. Cowan affirme avoir donnés à ceux qu’il prétend coupables du vol. [par. 44]

Cette preuve, comme l’a résumé le juge du procès, pouvait raisonnablement permettre d’établir que M. Cowan avait commis l’acte prohibé avec l’intention requise pour être tenu responsable à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l’infraction. Cependant, en ne reconnaissant pas cela, le juge du procès s’est ensuite posé la mauvaise question, soit celle de savoir si

as principal offenders. He concluded it was not, and, therefore, that he could not find Mr. Cowan guilty under the party theory. It follows that the verdict may well have been different if the trial judge had considered the evidence in light of the correct legal principles.

[49] The trial judge’s concluding remarks bear this out. Indeed, he directly acquitted Mr. Cowan on the basis of the lack of evidence tending to show that Mr. Tone and Littleman were the principal offenders:

In the circumstances, before the accused can be convicted of aiding, abetting or counselling the commission of this Subway robbery by Matthew Tone and “littleman” as the accused at some point in his statement says they did, I must be satisfied, beyond a reasonable doubt, that it was Matthew Tone and “littleman” who participated as principals in the commission of this crime. The evidence that I have reviewed does not satisfy me, beyond a reasonable doubt, that they did so and accordingly that the accused aided, abetted or counselled the persons who did commit this crime within the meaning of ss. 21 and 22 of the *Criminal Code*.

In the result, I find the accused, Jason Cowan, not guilty [paras. 49-50]

[50] This passage is a clear indication that the trial judge’s legal error was inextricably intertwined with the verdict of acquittal, and not just a slip of the pen as suggested by the dissenting judge.

[51] On this point, the dissenting judge reasoned that even if the trial judge made the legal error alleged, it could not have affected the verdict because Mr. Cowan’s statement, which was “the source of the evidence to support the named individuals as something other than *principals* or that someone else was a principal or a party”, was rejected by the trial judge (C.A. reasons, at para. 53 (emphasis in original)). While the dissenting judge is correct to note that the trial judge had reservations as to the veracity of Mr. Cowan’s statement, it cannot be said that he

la preuve était suffisante pour établir l’identité et la participation de M. Tone et de Littleman à titre d’auteurs principaux. Il a conclu que ce n’était pas le cas et qu’il ne pouvait donc pas déclarer M. Cowan coupable selon la thèse du participant. Il s’ensuit que le verdict aurait fort bien pu être différent si le juge du procès avait examiné la preuve à la lumière des principes juridiques appropriés.

[49] Les observations finales du juge du procès le confirment. En effet, il a directement acquitté M. Cowan en raison du manque d’éléments de preuve tendant à démontrer que M. Tone et Littleman étaient les auteurs principaux de l’infraction :

[TRADUCTION] Dans les circonstances, avant que l’accusé puisse être déclaré coupable d’avoir aidé, encouragé ou conseillé la perpétration du vol dans le restaurant Subway par Matthew Tone et « littleman », que l’accusé a désignés comme étant les auteurs du vol à un moment donné dans sa déclaration, je dois être convaincu, hors de tout doute raisonnable, que ce sont Matthew Tone et « littleman » qui ont participé à la perpétration de ce crime à titre d’auteurs principaux. La preuve dont j’ai été saisi ne me convainc pas, hors de tout doute raisonnable, qu’ils l’ont fait et, par conséquent, que l’accusé a aidé, encouragé ou conseillé les personnes qui ont commis le crime, au sens des art. 21 et 22 du *Code criminel*.

Je déclare donc l’accusé, Jason Cowan, non coupable . . . [par. 49-50]

[50] Ce passage indique clairement que l’erreur de droit commise par le juge du procès était inextricablement liée au verdict d’acquiescement, plutôt qu’un simple lapsus comme l’a laissé entendre la juge dissidente.

[51] Sur ce point, la juge dissidente a estimé que même si le juge du procès avait commis l’erreur de droit alléguée, celle-ci ne pouvait pas avoir eu d’incidence sur le verdict puisque la déclaration de M. Cowan, qui était [TRADUCTION] « la source de la preuve présentée pour étayer l’allégation voulant que les individus nommés aient agi autrement qu’à titre d’auteurs principaux ou que quelqu’un d’autre ait agi à titre d’auteur principal ou de participant », avait été rejetée par le juge du procès (motifs de la C.A., par. 53 (en italique dans l’original)). Bien que la juge

rejected it as a whole. Rather, his criticisms were aimed predominantly at undermining the strength of Mr. Cowan’s claims regarding the involvement of Mr. Tone and Littleman in the robbery. As I have explained, the focus on Mr. Tone and Littleman is indicative of the trial judge’s failure to recognize the true nature of the Crown’s burden.

[52] Having found that the legal error played a material role in the outcome, the acquittal must be set aside. (*R. v. R.V.*, 2021 SCC 10, [2021] 1 S.C.R. 131, at para. 42, citing *Graveline*, at para. 14). I turn now to the Crown’s appeal to determine the appropriate remedy.

C. *The Appropriate Remedy Is a Full New Trial*

[53] Where, as here, an appellate court allows an appeal from an acquittal and sets aside that verdict, it has the power, pursuant to s. 686(4)(b)(i) of the *Criminal Code*, to order a new trial. That is the remedy the Crown seeks in this case. It maintains, however, that the trial should be a full retrial and not, as the Court of Appeal ordered, one that “proceed[s] from the footing that the question to be determined is whether Mr. Cowan is guilty of robbery, as a party, on the basis of abetting or counselling” (para. 50). I agree. In my respectful view, by limiting the new trial in this manner, the court exceeded the scope of its powers under s. 686(8) of the *Criminal Code*.

(1) Section 686(8) of the *Criminal Code*

[54] Where an appellate court exercises its powers under s. 686(2), (4), (6) or (7), it may also “make any order, in addition, that justice requires” under s. 686(8). This power, however, is not limitless. As this Court recently explained in *R.V.*, for an appellate court to issue an additional order under its s. 686(8) residual power, three conditions must be

dissidente ait eu raison de souligner que le juge du procès avait des réserves quant à la véracité de la déclaration de M. Cowan, on ne peut pas dire qu’il l’a rejetée dans son intégralité. Ses critiques visaient plutôt à discréditer les affirmations de M. Cowan quant au rôle joué par M. Tone et Littleman dans le vol. Comme je l’ai expliqué, le fait que le juge du procès se soit concentré sur M. Tone et Littleman démontre qu’il n’a pas reconnu la nature véritable du fardeau de la Couronne.

[52] Compte tenu de la conclusion selon laquelle l’erreur de droit a eu une incidence significative sur l’issue, le verdict d’acquittal doit être annulé (*R. c. R.V.*, 2021 CSC 10, [2021] 1 R.C.S. 131, par. 42, citant *Graveline*, par. 14). J’examinerai maintenant le pourvoi de la Couronne afin de déterminer la réparation appropriée.

C. *La réparation appropriée est un nouveau procès complet*

[53] Lorsque, comme en l’espèce, une cour d’appel accueille l’appel d’un acquittement et annule ce verdict, elle a le pouvoir, en vertu du sous-al. 686(4)(b)(i) du *Code criminel*, d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. Il s’agit de la réparation que sollicite la Couronne en l’espèce. Celle-ci soutient, cependant, que le procès devrait être un nouveau procès complet et non pas, comme l’a ordonné la Cour d’appel, un procès [TRADUCTION] « reposant sur la prémisse que la question à trancher est celle de savoir si M. Cowan est coupable de vol qualifié, à titre de participant, pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration du vol » (par. 50). Je suis de cet avis. À mon humble avis, en limitant ainsi la portée du nouveau procès, la cour a outrepassé le pouvoir que lui confère le par. 686(8) du *Code criminel*.

(1) Paragraphe 686(8) du *Code criminel*

[54] Lorsqu’une cour d’appel exerce les pouvoirs que lui confèrent les par. 686(2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre « rendre toute ordonnance que la justice exige » en vertu du par. 686(8). Ce pouvoir n’est toutefois pas illimité. Comme l’a récemment expliqué la Cour dans l’arrêt *R.V.*, pour qu’une cour d’appel puisse rendre une ordonnance en vertu du

met (para. 74, citing *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535). First, the court must have exercised one of the triggering powers conferred under s. 686(2), (4), (6) or (7). Second, the order issued must be ancillary to the triggering power in that it cannot be “at direct variance with the court’s underlying judgment” (*Thomas*, at para. 17; see also *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, at paras. 72-74). Third and finally, the order must be one that “justice requires”.

[55] Here, I am of the view that the second and third conditions for exercising s. 686(8) were not met, as the ancillary order limiting the scope of the new trial was at variance with the underlying judgment and was not an order that justice required.

[56] According to the Court of Appeal, the scope of the new trial had to be limited to the question of whether Mr. Cowan was guilty of armed robbery as a party on the basis of abetting or counselling, since the legal error only pertained to the trial judge’s analysis of party liability and the Crown’s grounds of appeal relating to principal liability were rejected. With respect, this was an error. The new trial must be on all available modes of committing the offence.

[57] As I have explained, ss. 21 and 22 do not create multiple offences; rather, they merely provide alternative paths to the same destination by setting out different ways in which an accused may participate in and be found guilty of an offence. Yet, in separating the Crown’s theories of liability in its ancillary order, the Court of Appeal bifurcated the offence of armed robbery into two separate offences: robbery as a principal and robbery as a party, be it as an abettor or counsellor. Thus, the effect of the ancillary order restricting the scope of the new trial was to uphold Mr. Cowan’s acquittal on the single charge of armed robbery *in part*. This is at odds with the underlying judgment allowing the Crown appeal and setting aside the verdict rendered on that

pouvoir résiduel que lui confère le par. 686(8), trois conditions doivent être réunies (par. 74, citant *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535). Premièrement, la cour doit avoir exercé un des pouvoirs conférés par les par. 686(2), (4), (6) ou (7). Deuxièmement, l’ordonnance rendue doit être accessoire à l’exercice de ce pouvoir en ce qu’elle ne doit pas être « directement incompatible avec [le] jugement sous-jacent [de la cour] » (*Thomas*, par. 17; voir aussi *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, par. 72-74). Troisièmement, l’ordonnance doit en être une que « la justice exige ».

[55] En l’espèce, je suis d’avis que les deuxième et troisième conditions pour l’exercice du pouvoir conféré par le par. 686(8) n’étaient pas satisfaites, puisque l’ordonnance accessoire limitant la portée du nouveau procès était incompatible avec le jugement sous-jacent et qu’il ne s’agissait pas d’une ordonnance qu’exigeait la justice.

[56] Selon la Cour d’appel, la portée du nouveau procès devait être limitée à la question de savoir si M. Cowan était coupable de vol à main armée à titre de participant pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l’infraction, puisque l’erreur de droit ne se rapportait qu’à l’analyse faite par le juge du procès quant à la responsabilité à titre de participant et que les moyens d’appel de la Couronne concernant la responsabilité à titre d’auteur principal avaient été rejetés. Soit dit en tout respect, il s’agissait d’une erreur. Le nouveau procès doit porter sur toutes les façons prévues dont l’infraction peut être perpétrée.

[57] Comme je l’ai expliqué, les art. 21 et 22 ne créent pas des infractions multiples; ils prévoient simplement d’autres chemins vers la même destination en énonçant différentes façons dont un accusé peut participer à une infraction et en être déclaré coupable. Or, en séparant les thèses de la Couronne en matière de responsabilité dans son ordonnance accessoire, la Cour d’appel a fractionné l’infraction de vol qualifié en deux infractions distinctes : le vol commis à titre d’auteur principal et le vol commis à titre de participant, pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l’infraction. Ainsi, l’ordonnance accessoire limitant la portée du nouveau procès a eu pour effet de maintenir *en partie* l’acquiescement de M. Cowan à l’égard de la seule accusation de vol

charge *as a whole*. Put simply, the ancillary order gave rise to a partial acquittal on a single criminal charge — a two-headed hydra-like creation unknown to Canada’s criminal law.

[58] On this issue, this Court’s decision in *R. v. MacKay*, 2005 SCC 79, [2005] 3 S.C.R. 725, is particularly instructive. There, the accused was acquitted at trial after being charged with aggravated assault. On appeal, the Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial on the basis that the trial judge erred in failing to instruct the jury with respect to the definitions of assault, set out in s. 265(1). Specifically, while he had correctly instructed the jury with respect to s. 265(1)(a) (assault by applying force), he refused to instruct it on s. 265(1)(b) (assault by threatening to apply force). In ordering the new trial, the court ruled that the scope of that trial should be limited to whether the accused was guilty of aggravated assault, as defined in s. 265(1)(b).

[59] In this Court, Charron J. upheld the Court of Appeal’s decision on the merits of the appeal, but found that it erred in restricting the scope of the new trial. She explained that since subss. 265(1)(a) and (b) “do not create separate offences but simply define two ways of committing the same offence”, the trial judge’s error meant that the “only avenue open to the Court of Appeal was to set aside the verdict of acquittal and order a new trial without restriction” (para. 4). She did not suggest, let alone find, that the order restricting the scope of the new trial was wrong because “it was not possible to isolate the potential application of the two legal standards [in subss. 265(1)(a) and (b)] from the facts — the factual and legal issues were interconnected” (Rowe J.’s reasons, at para. 90). I find it inconceivable that Charron J. would have left out such an important qualifier had it played any role — much less a determinative

qualifié, ce qui est incompatible avec le jugement sous-jacent accueillant l’appel de la Couronne et annulant le verdict rendu à l’égard de cette même accusation *dans son ensemble*. En termes simples, l’ordonnance accessoire a donné lieu à un acquittement partiel à l’égard d’une seule accusation criminelle — une créature bicéphale inconnue en droit criminel canadien.

[58] Sur cette question, l’arrêt *R. c. MacKay*, 2005 CSC 79, [2005] 3 R.C.S. 725, de la Cour est particulièrement instructif. Dans cette affaire, l’accusé avait été acquitté après avoir été inculpé de voies de fait graves. En appel, la Cour d’appel a annulé le verdict d’acquiescement et ordonné la tenue d’un nouveau procès au motif que le juge du procès avait commis une erreur en ne donnant pas de directives au jury sur les définitions de voies de fait prévues au par. 265(1). Plus précisément, alors qu’il avait donné des directives appropriées au jury relativement à l’al. 265(1)a) (voies de fait par l’emploi de la force), le juge avait refusé de donner des directives relativement à l’al. 265(1)b) (voies de fait par la menace d’employer la force). En ordonnant la tenue d’un nouveau procès, la cour a statué que la portée de ce procès devait se limiter à la question de savoir si l’accusé était coupable de voies de fait graves au sens de l’al. 265(1)b).

[59] Au nom de la Cour, la juge Charron a confirmé la décision de la Cour d’appel quant au fond de l’appel, mais elle a conclu que la Cour d’appel avait commis une erreur en limitant la portée du nouveau procès. Elle a expliqué que puisque les al. 265(1)a) et b) « ne créent pas des infractions distinctes, mais décrivent simplement deux façons de commettre la même infraction », l’erreur du juge du procès signifiait que la « Cour d’appel n’avait d’autre choix que d’annuler le verdict d’acquiescement et d’ordonner un nouveau procès assorti d’aucune restriction » (para. 4). Elle n’a pas laissé entendre, encore moins conclu, que l’ordonnance limitant la portée du nouveau procès était erronée parce qu’il « n’était pas possible d’isoler des faits l’application éventuelle des deux normes juridiques [aux al. 265(1)a) et b)] — les questions factuelles et juridiques étaient interreliées » (motifs du juge Rowe, par. 90). Je ne peux

one — in her decision to set aside the order restricting the scope of the new trial.

[60] Justice Charron’s reasoning in *MacKay* applies equally in this case. The fact that *MacKay* was a jury trial, such that there were no reasons to explain how the jury arrived at its decision, is of no moment. The jury’s reasoning process could not have been clearer. It was only instructed on s. 265(1)(a). The trial judge made no mention of s. 265(1)(b). In his instructions, he told the jury that “[i]f you are not satisfied beyond a reasonable doubt that [the accused] intentionally applied force to [the victim] you must find [the accused] not guilty” (para. 1). It follows that the jury could only have acquitted on the basis that it was not satisfied that the accused intentionally applied force to the victim under s. 265(1)(a).

[61] Accordingly, just as subss. 265(1)(a) and (b) do not create separate offences, the party liability provisions at issue here also do not; rather, they define different ways of committing the same offence. And, as in *MacKay*, the Court of Appeal here erred in treating modes of committing an offence as if they were distinct verdicts in themselves that could be severed.

[62] I am therefore satisfied that the Court of Appeal’s ancillary order is inconsistent with its underlying order to have the charge retried in its entirety.

[63] The ancillary order was also not one that justice required. In Canadian criminal law, the concept of the “interests of justice” has come to be understood as encompassing the interests of the accused, the interests of the Crown, broad-based societal

concevoir que la juge Charron aurait laissé de côté un qualificatif aussi important s’il avait joué un rôle quelconque — encore moins un rôle déterminant — dans sa décision d’annuler l’ordonnance limitant la portée du nouveau procès.

[60] Le raisonnement de la juge Charron dans l’arrêt *MacKay* s’applique de la même manière en l’espèce. Le fait que l’affaire *MacKay* ait fait l’objet d’un procès devant jury, de sorte que les motifs n’expliquaient pas comment le jury en est arrivé à sa décision, est sans importance. Le raisonnement des membres du jury n’aurait pas pu être plus clair. Les directives reçues ne concernaient que l’al. 265(1)a. Le juge du procès n’a fait aucune mention de l’al. 265(1)b. Dans ses directives, il a dit ce qui suit aux membres du jury : [TRADUCTION] « Si vous n’êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que [l’accusé] a, d’une manière intentionnelle, employé la force contre [la victime], vous devez le déclarer non coupable » (par. 1). Il s’ensuit que les membres du jury n’auraient pu qu’acquitter l’accusé au motif qu’ils n’étaient pas convaincus que l’accusé avait, de manière intentionnelle, employé la force contre la victime, comme le prévoit l’al. 265(1)a.

[61] Par conséquent, tout comme les al. 265(1)a) et b), les dispositions concernant la responsabilité des participants en cause en l’espèce ne créent pas deux infractions distinctes; elles décrivent plutôt différentes façons de commettre la même infraction. En l’espèce, comme dans l’arrêt *MacKay*, la Cour d’appel a commis une erreur en traitant les modes de perpétration d’une infraction comme s’ils constituaient des verdicts distincts en soi, pouvant être dissociés.

[62] Je suis donc convaincu que l’ordonnance accessoire rendue par la Cour d’appel est incompatible avec son ordonnance sous-jacente prévoyant que l’accusation fasse l’objet d’un nouveau procès complet.

[63] En outre, l’ordonnance accessoire n’en était pas une qu’exigeait la justice. En droit criminel canadien, le concept de « l’intérêt de la justice » en est venu à être compris comme englobant l’intérêt de l’accusé et celui de la Couronne, des préoccupations

concerns, and the integrity of the criminal process (*R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), at paras. 32-36; *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779, at para. 52; *R. v. Last*, 2009 SCC 45, [2009] 3 S.C.R. 146, at para. 16; *R. v. Bernardo* (1997), 105 O.A.C. 244, at paras. 16 and 20). Here, in my view, the ancillary order threatens the integrity of the criminal process by distorting the truth-seeking function of the courts.

[64] As one of the purposes of the criminal process is to foster a search for truth, justice cannot require that a trier of fact be restricted in their ability to determine how, if at all, an accused participated in a given offence. Rather, a trier of fact must be able to consider any and all theories of liability that have an air of reality based on the evidence adduced at the new trial (*Huard*, at para. 60). To prospectively deny a trier of fact the ability to consider a viable theory of liability would be to undermine their ability to carry out their core function: to determine whether the Crown has proven that the accused committed the offence(s) charged. This approach is consistent with the Court’s reasoning in *MacKay*, where Charron J. held that the “scope of the appropriate instruction on the definition of assault at the new trial [could] only be determined on the basis of the evidence adduced at th[at] new trial” (para. 4).

[65] As a practical matter, upholding the Court of Appeal’s ancillary order would mean that if, at the new trial, the defence adduced evidence showing that Mr. Cowan did not abet or counsel anyone because he was, in fact, the principal offender, and the trier of fact believed that evidence or it raised a reasonable doubt, the trier of fact would have no option but to acquit Mr. Cowan of the charge of armed robbery. Such a result would make a mockery of the justice system and cannot be what justice requires.

[66] It is important to note that my conclusion that the Court of Appeal was not permitted to restrict the

sociales globales et l’intégrité du processus en matière criminelle (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), par. 32-36; *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779, par. 52; *R. c. Last*, 2009 CSC 45, [2009] 3 R.C.S. 146, par. 16; *R. c. Bernardo* (1997), 105 O.A.C. 244, par. 16 et 20). Dans le présent cas, à mon avis, l’ordonnance accessoire menace l’intégrité du processus en matière criminelle en dénaturant la fonction de recherche de la vérité des tribunaux.

[64] L’un des objectifs du processus en matière criminelle étant de favoriser la recherche de la vérité, la justice ne peut exiger que soit restreinte la capacité du juge des faits à établir si un accusé a participé à une infraction donnée et, le cas échéant, de quelle façon il y a participé. Le juge des faits doit plutôt être en mesure d’examiner toutes les thèses relatives à la responsabilité qui semblent vraisemblables sur le fondement de la preuve présentée au nouveau procès (*Huard*, par. 60). Empêcher prospectivement le juge des faits d’examiner une thèse viable relative à la responsabilité aurait pour effet de miner sa capacité à exercer sa fonction principale, soit de décider si la Couronne a prouvé que l’accusé a commis l’infraction qui lui est reprochée. Cette approche est compatible avec le raisonnement de la Cour dans l’arrêt *MacKay*, où la juge Charron a déclaré que la « portée de la directive appropriée concernant la définition des voies de fait au nouveau procès ne [pouvait] être déterminée qu’en fonction de la preuve soumise lors de ce nouveau procès » (par. 4).

[65] En pratique, confirmer l’ordonnance accessoire de la Cour d’appel signifierait que si, au nouveau procès, la défense présentait des éléments de preuve montrant que M. Cowan n’avait ni encouragé ni conseillé une autre personne puisqu’il était, en réalité, l’auteur principal de l’infraction, et si le juge des faits ajoutait foi à ces éléments de preuve ou si ceux-ci soulevaient un doute raisonnable, le juge des faits n’aurait d’autre choix que d’acquitter M. Cowan relativement à l’accusation de vol à main armée. Un tel résultat couvrirait de ridicule le système de justice et ne saurait être ce que la justice exige.

[66] Il importe de noter que ma conclusion selon laquelle la Cour d’appel n’était pas autorisée à

available theories of liability at the new trial should not be taken to mean that appellate courts do not have the power to limit the scope of a new trial in all circumstances. For instance, courts have held that an appellate court may limit the scope of a new trial to a lesser and included offence where it is satisfied that the reversible error only tainted the verdict on that offence and it sets aside the verdict on that charge only (see, e.g., *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Guillemette*, [1986] 1 S.C.R. 356; *R. v. Alec*, [1975] 1 S.C.R. 720; *R. v. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186 (Ont. C.A.); *R. v. Ruptash* (1982), 36 A.R. 346 (C.A.); *R. v. Druken*, 2002 NFCA 23, 211 Nfld. & P.E.I.R. 219). The critical distinction, however, is that a lesser and included offence is a *separate* offence and not, as here, one way of committing a single offence. Likewise, in *R.V.*, the issue centred on alleged inconsistent verdicts in the context of three separate offences — a far cry from the present case where we are dealing with a single count of armed robbery that could be committed in different ways. Nor is this a case where “the Crown [is] seeking to overturn acquittals in order to try to change theories or tactics, or to present the same case to a different decision-maker in the hopes of getting a different result” (Rowe J.’s reasons, at para. 91). None of those improper motives can be ascribed to the Crown in this case.

(2) Issue Estoppel

[67] Before concluding, I wish to briefly address the matter of issue estoppel. Mr. Cowan has argued that this Court cannot order a full new trial because the doctrine of issue estoppel prevents the re-litigation of the Crown’s theory that he is guilty of armed robbery as a principal offender. Specifically, he argues that the requirements of issue estoppel are satisfied, since the trial judge’s finding that the Crown had not met its burden of proving that he was a principal offender was: (1) a final decision; (2) made in a prior proceeding; (3) that involved the

limiter la portée du nouveau procès à certaines thèses relatives à la responsabilité ne signifie pas que les cours d’appel n’ont pas le pouvoir de restreindre la portée d’un nouveau procès en toutes circonstances. Par exemple, les tribunaux ont statué qu’une cour d’appel peut limiter la portée d’un nouveau procès à une infraction moindre et incluse si elle est convaincue que l’erreur justifiant l’infirmité de la décision n’a entaché que le verdict rendu à l’égard de cette infraction et si elle annule uniquement le verdict rendu à l’égard de cette accusation (voir, p. ex., *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Guillemette*, [1986] 1 R.C.S. 356; *R. c. Alec*, [1975] 1 R.C.S. 720; *R. c. Cook* (1979), 47 C.C.C. (2d) 186 (C.A. Ont.); *R. c. Ruptash* (1982), 36 A.R. 346 (C.A.); *R. c. Druken*, 2002 NFCA 23, 211 Nfld. & P.E.I.R. 219). La distinction cruciale, cependant, est que l’infraction moindre et incluse constitue une infraction *distincte* et non, comme en l’espèce, une façon de commettre une même infraction. De la même façon, dans l’arrêt *R.V.*, la question portait sur les verdicts qui auraient été incohérents dans le contexte de trois infractions distinctes — une situation très différente du cas qui nous occupe, où il est question d’un seul chef d’accusation de vol qualifié qui aurait pu être commis de différentes façons. Il ne s’agit pas non plus d’un cas où « la Couronne cherche à annuler des acquittements afin d’essayer de changer de thèse ou de stratégie, ou à présenter la même affaire à d’autres décideurs dans l’espoir d’obtenir un résultat différent » (motifs du juge Rowe, par. 91). Aucun de ces motifs irréguliers ne peut être attribué à la Couronne en l’espèce.

(2) Préclusion découlant d’une question déjà tranchée

[67] Avant de conclure, je souhaite examiner brièvement la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Monsieur Cowan a fait valoir que la Cour ne peut pas ordonner un nouveau procès complet parce que la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée empêche la remise en cause de la thèse de la Couronne portant qu’il est coupable de vol qualifié à titre d’auteur principal. Plus précisément, il soutient que les exigences de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée sont satisfaites, étant donné que la conclusion du

same parties (citing *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316, at paras. 52 and 55-56). Respectfully, I would reject Mr. Cowan's submissions on this point. While the doctrine of issue estoppel is available to an accused in the criminal law context, it is not available to Mr. Cowan here to preclude this Court from ordering a full retrial on the charge of armed robbery.

[68] Issue estoppel does not apply simply by virtue of the fact that a trial has been held. As the Court in *Mahalingan* explained, the decision that forms the basis for the issue estoppel must have been made in a prior proceeding that was final (paras. 52-55). That case, however, concerned two separate proceedings and not, as here, a trial and a retrial of the same case following a successful appeal. There is no final decision made in a prior proceeding where an appellate court finds that a verdict of acquittal on a single criminal charge was tainted by legal error and, accordingly, renders that verdict invalid as a whole by setting it aside and ordering a new trial on the relevant charge. This premise was succinctly summarized more than a century ago in the case of *Gray v. Dalgety & Co. Ltd.* (1916), 21 C.L.R. 509 (H.C.A.), at p. 521, where Griffith C.J. stated: "I never before heard it suggested that a grant of a new trial was a final decision upon any point except that the matter should be further investigated".

[69] Moreover, as G. Spencer-Bower and A. K. Turner have explained in *The Doctrine of Res Judicata* (2nd ed. 1969), at para. 168 (cited with approval in *R. v. Duhamel (No. 2)* (1981), 131 D.L.R. (3d) 352, at p. 357 (Alta. C.A.), aff'd [1984] 2 S.C.R.

juge du procès selon laquelle la Couronne ne s'était pas déchargée de son fardeau de prouver qu'il était l'auteur principal de l'infraction : (1) avait un caractère définitif; (2) avait été tirée dans une instance antérieure; (3) concernait les mêmes parties (citant *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316, par. 52 et 55-56). Soit dit en tout respect, je suis d'avis de rejeter les observations de M. Cowan sur ce point. Bien que cette doctrine puisse être invoquée par un accusé dans le contexte du droit criminel, M. Cowan ne peut l'invoquer, en l'espèce, pour empêcher la Cour d'ordonner la tenue d'un nouveau procès complet pour l'accusation de vol à main armée.

[68] La préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'applique pas du seul fait qu'un procès ait eu lieu. Comme l'a expliqué la Cour dans l'arrêt *Mahalingan*, la décision qui constitue le fondement de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée doit avoir été prise dans une instance antérieure et devait avoir un caractère définitif (par. 52-55). Cette affaire, toutefois, concernait deux instances distinctes et non, comme en l'espèce, un procès initial et un nouveau procès tenu à la suite d'un appel fructueux dans une seule et même affaire. On ne peut dire qu'une décision à caractère définitif a été rendue dans une instance antérieure si une cour d'appel conclut qu'un verdict d'acquiescement à l'égard d'une seule accusation criminelle était entaché d'une erreur de droit et, en conséquence, invalide ce verdict dans son ensemble en l'annulant et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès pour l'accusation en question. Cette prémisse a été résumée succinctement il y a plus d'un siècle dans l'arrêt *Gray c. Dalgety & Co. Ltd.* (1916), 21 C.L.R. 509 (H.C.A.), p. 521, où le juge en chef Griffith a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Je n'ai jamais entendu dire auparavant qu'une ordonnance de nouveau procès constituait une décision définitive sur quelque point que ce soit; elle signifie seulement que l'affaire devra être examinée plus en profondeur ».

[69] En outre, comme l'ont expliqué les auteurs G. Spencer-Bower et A. K. Turner dans l'ouvrage *The Doctrine of Res Judicata* (2^e éd. 1969), par. 168 (cité et approuvé dans l'arrêt *R. c. Duhamel (No. 2)* (1981), 131 D.L.R. (3d) 352, p. 357 (C.A. Alta.),

555), no party can be estopped from re-litigating an issue where a verdict is set aside and a new trial ordered:

No finding of the court or of a jury of a trial which has proved abortive, a new trial having been directed, will give rise to a valid plea of estoppel. And a decision of the court setting aside the verdict of a jury, or setting aside a judgment entered pursuant thereto, and directing a new trial, will not result in either party being estopped *per rem judicatam* by anything held on the facts in the judgment in which the new trial is ordered, for the judgment must be read as deciding no more than that, the first trial being unsatisfactory, the issues tried therein should be re-submitted to the court for fresh consideration. [Footnotes omitted.]

[70] I agree with this statement. When an appellate court orders a new trial in a criminal prosecution, it does so to allow the opportunity “to correct errors in the proceedings at the first trial” (*Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412, at p. 417). Such a new trial is a “re-examination of a case on the same information or indictment”, that “supposes a completed trial, which for some sufficient reason has been set aside, so that the issues may be litigated *de novo*” (*ibid.* (emphasis deleted)).

[71] These principles were applied by the Court of Appeal for British Columbia in *R. v. Ekman*, 2006 BCCA 206, 209 C.C.C. (3d) 121. By way of background, in that case, the accused was acquitted at his first murder trial after his incriminating statement to the police was ruled inadmissible. On appeal, the court overturned that ruling and ordered a new trial. In the second trial, the accused was convicted of attempted murder, but acquitted of first degree murder. A Crown appeal from that acquittal was allowed and a third trial was directed on the charge of murder. At the third trial, the accused argued that issue estoppel prohibited the Crown from proceeding against him as the principal offender in the murder. He asked the trial judge for an order “limiting the scope of the new

conf. par [1984] 2 R.C.S. 555), aucune partie ne peut être empêchée de remettre en cause une question lorsqu’un verdict est annulé et que la tenue d’un nouveau procès est ordonnée :

[TRADUCTION] Aucune conclusion tirée par la cour ou le jury dans le cadre d’un procès qui a avorté, et pour lequel la tenue d’un nouveau procès a été ordonnée, ne pourra donner ouverture à un plaidoyer de préclusion valable. Et un jugement de la cour annulant le verdict d’un jury ou infirmant une décision rendue selon ce verdict, et qui ordonnera la tenue d’un nouveau procès, ne pourra faire en sorte qu’une partie se voie opposer la chose jugée comme fin de non-recevoir relativement à toute conclusion de fait contenue dans le jugement ordonnant la tenue d’un nouveau procès, puisque ce jugement ne signifie rien de plus que cela : le premier procès présentait des lacunes, et les questions qui y ont été tranchées devraient être à nouveau soumises à la cour pour réexamen. [Notes en bas de page omises.]

[70] Je souscris à cette déclaration. Lorsqu’une cour d’appel ordonne la tenue d’un nouveau procès dans le cadre d’une poursuite criminelle, elle le fait dans le but d’offrir l’occasion [TRADUCTION] « de corriger les erreurs commises lors du premier procès » (*Welch c. The King*, [1950] R.C.S. 412, p. 417). Un tel nouveau procès se veut un « réexamen d’une affaire sur le fondement de la même dénonciation ou du même acte d’accusation », ce qui « suppose qu’un procès s’est tenu et que, pour des motifs suffisants, il a été annulé de sorte que les questions peuvent être examinées *de novo* » (*ibid.* (italique omis)).

[71] Ces principes ont été appliqués par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *R. c. Ekman*, 2006 BCCA 206, 209 C.C.C. (3d) 121. Pour résumer les faits de cette affaire, l’accusé avait été acquitté lors de son premier procès pour meurtre après que la déclaration incriminante qu’il avait faite à la police eut été jugée inadmissible. En appel, la cour a infirmé cette décision et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Au deuxième procès, l’accusé a été déclaré coupable de tentative de meurtre, mais il a été acquitté de l’accusation de meurtre au premier degré. L’appel de la Couronne à l’égard du verdict d’acquiescement a été accueilli et la tenue d’un troisième procès a été ordonnée relativement à l’accusation de meurtre. Lors de celui-ci, l’accusé

trial to the charge of first degree murder as a party only” (*R. v. Ekman*, 2004 BCSC 900, at paras. 3-4 (CanLII)). The trial judge rejected this submission. The third trial did not reopen an issue that had been finally decided as the result from the second trial — the acquittal for murder — was entirely set aside. Issue estoppel therefore had no application.

[72] The trial judge’s reasoning was upheld by the Court of Appeal:

Trial No. 3 did not reopen a matter that had been fully litigated between the parties because the result of Trial No. 2 was entirely set aside and a new trial was ordered on all issues. There were errors of law in the charge in Trial No. 2 that impeached the verdict. The Crown appeal in Appeal No. 2 advanced three grounds for setting aside the jury’s verdict. This Court found it necessary to decide only one of those grounds but it is implicit in the decision that the whole of the verdict was tainted and had to be set aside. Otherwise, it would have been necessary to address the other grounds which attacked the entire verdict. All the issues of fact were therefore at large and to be considered afresh in Trial No. 3. No “scandal of conflicting decisions” is involved. No issue was finally decided in Trial No. 2 and, in my view, the doctrine of *res judicata* and issue estoppel has no application. [para. 22]

[73] Similarly, in the present case, no issue can be said to have been finally decided in the first trial because the result of that trial — the acquittal on the single charge of armed robbery — has been entirely set aside. As the trial judge committed a legal error that had a material bearing on Mr. Cowan’s acquittal, the verdict is necessarily invalid. The findings in

a soutenu que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée empêchait la Couronne d’intenter une poursuite contre lui à titre d’auteur principal du meurtre. Il a demandé au juge du procès de rendre une ordonnance [TRADUCTION] « limitant la portée du nouveau procès à l’accusation de meurtre au premier degré à titre de participant seulement » (*R. c. Ekman*, 2004 BCSC 900, par. 3-4 (CanLII)). Le juge du procès a rejeté cette demande. Le troisième procès ne remettait pas en cause une question qui avait été tranchée de façon définitive puisque l’issue du deuxième procès — l’acquittement pour meurtre — avait été entièrement annulée. La préclusion découlant d’une question déjà tranchée ne s’appliquait donc pas.

[72] Le raisonnement du juge du procès a été confirmé par la Cour d’appel :

[TRADUCTION] Le troisième procès ne remettait pas en cause une question qui avait été débattue à fond par les parties puisque l’issue du deuxième procès avait été annulée entièrement et que la tenue d’un nouveau procès portant sur toutes les questions avait été ordonnée. Des erreurs de droit contenues dans l’accusation au deuxième procès avaient mis en doute le verdict. L’appel de la Couronne, dans le cadre du deuxième procès, invoquait trois motifs justifiant l’annulation du verdict du jury. Notre Cour a jugé nécessaire de statuer sur un seul de ces motifs, mais il est implicite dans la décision que l’ensemble du verdict était entaché et devait être annulé. Autrement, il aurait été nécessaire de statuer sur les autres motifs invoqués à l’encontre de l’ensemble du verdict. Par conséquent, aucune des questions de fait n’avait été tranchée et elles ont dû être examinées de nouveau au troisième procès. Il n’y a eu aucun « scandale de décisions contradictoires ». Aucune question n’avait été tranchée de façon définitive au deuxième procès et, à mon avis, le principe de la chose jugée et la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ne s’appliquent pas. [par. 22]

[73] De même, dans le présent cas, aucune question ne peut être considérée comme ayant été tranchée de façon définitive au premier procès puisque l’issue de celui-ci — l’acquittement à l’égard de la seule accusation de vol à main armée — a été entièrement annulée. Comme le juge du procès a commis une erreur de droit qui a eu une incidence significative sur

the first trial that led to his acquittal must therefore be set aside and cannot form the basis of a claim of issue estoppel.

VI. Conclusion

[74] In the result, I would dismiss Mr. Cowan’s appeal and allow the Crown’s appeal. The judgment of the Court of Appeal setting aside the acquittal on the charge of armed robbery and ordering a new trial is upheld, but para. 3 of that judgment, which orders that “the question to be determined [at the new trial] is whether Mr. Cowan is guilty of robbery, as a party, on the basis of abetting or counselling” is set aside. A full new trial on the armed robbery charge is ordered.

The reasons of Brown and Rowe JJ. were delivered by

[75] ROWE J. (dissenting) — I would allow the appeal by Mr. Cowan and restore his acquittal. I would do so for the dissenting reasons of Justice Jackson, which I adopt, except for para. 61.³

[76] In light of the foregoing, it is not necessary for me to deal with the appeal by the Crown against the order of the Court of Appeal limiting the scope of the new trial. Nonetheless, I will do so in general terms, as I am concerned by what Moldaver J. has written in this regard.

[77] Issue estoppel precludes the Crown “from relitigating an issue that has been determined in the

³ Given the absence of submissions on this issue, I agree with my colleague Moldaver J. to “leave for another day the question of whether an accused can be liable as an abettor under s. 21(1)(c) [of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46] where they are found to have abetted a party to an offence, other than the principal offender” (para. 37, fn. 2).

le verdict d’acquiescement de M. Cowan, ce verdict est nécessairement invalide. Les conclusions tirées au premier procès, qui ont mené à l’acquiescement de M. Cowan, doivent donc être annulées et ne peuvent être utilisées pour invoquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

VI. Conclusion

[74] En définitive, je suis d’avis de rejeter le pourvoi de M. Cowan et d’accueillir celui de la Couronne. Le jugement de la Cour d’appel annulant le verdict d’acquiescement à l’égard de l’accusation de vol à main armée et ordonnant la tenue d’un nouveau procès est maintenu, mais le par. 3 de ce jugement, qui ordonne que [TRADUCTION] « la question devant être tranchée [au nouveau procès] est celle de savoir si M. Cowan est coupable de vol à main armée, à titre de participant, pour avoir encouragé ou conseillé la perpétration de l’infraction », est infirmé. La tenue d’un nouveau procès complet relativement à l’accusation de vol à main armée est ordonnée.

Version française des motifs des juges Brown et Rowe rendus par

[75] LE JUGE ROWE (dissident) — J’accueillerais le pourvoi de M. Cowan et rétablirais son acquiescement, et ce, pour les motifs dissidents exposés par la juge Jackson, que je fais miens, à l’exception du par. 61³.

[76] À la lumière de ce qui précède, il ne m’est pas nécessaire d’examiner l’appel formé par la Couronne à l’encontre de l’ordonnance de la Cour d’appel limitant la portée du nouveau procès. Je le ferai néanmoins en termes généraux, car je suis préoccupé par ce que le juge Moldaver a écrit à ce sujet.

[77] La préclusion découlant d’une question déjà tranchée empêche la Couronne « de remettre en

³ Étant donné l’absence d’observations à ce sujet, je suis d’accord avec mon collègue le juge Moldaver pour « report[er] à une autre occasion l’examen de la question de savoir si un accusé peut être tenu responsable d’avoir encouragé la perpétration d’une infraction au titre de l’al. 21(1)c) [du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46] lorsque l’on conclut qu’il a encouragé un participant à l’infraction, autre que l’auteur principal » (par. 37, note 2).

accused's favour in a prior criminal proceeding, whether on the basis of a positive finding or reasonable doubt" (*R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316, at para. 31; see also *R. v. Punko*, 2012 SCC 39, [2012] 2 S.C.R. 396, at para. 7). As a result of the application of issue estoppel, in such cases, the Crown would be precluded not "from leading evidence on *any* issue raised in a previous trial that resulted in an acquittal" but "from leading evidence which is inconsistent with findings made in the accused's favour in a previous proceeding" (*Mahalingan*, at paras. 2 and 22 (emphasis in original); see also S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (5th ed. 2018), at §19.152; M. Vaclair and T. Desjardins, in collaboration with P. Lachance, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (27th ed. 2020), at No. 28.296).

[78] There are three requirements for issue estoppel to apply. First, the issue must have been decided in a prior proceeding, which "requires the court in the second trial to decide whether the issue the Crown is seeking to prove is the same as an issue resolved in the accused's favour in a prior criminal proceeding" (*Mahalingan*, at para. 52 (emphasis added)). Second, the decision must be final (para. 55). "Findings on particular issues at trial are final, unless overturned on appeal" (*ibid.*). My colleague Moldaver J. emphasizes in his reasons that the *verdict* was overturned by the Court of Appeal, such that the decision is not final. But issue estoppel is concerned with *issues* decided at trial, not the ultimate result of the litigation (*Mahalingan*, at paras. 17 and 52). Thus, even when a new trial is ordered, an accused should not have to relitigate issues decided in his favour that are not tainted by an error. Third, the parties to the two proceedings must be the same (paras. 56-57).

cause une question ayant fait l'objet d'une décision favorable à l'accusé lors d'une instance criminelle antérieure, que la décision repose sur une conclusion positive ou sur un doute raisonnable » (*R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316, par. 31; voir aussi *R. c. Punko*, 2012 CSC 39, [2012] 2 R.C.S. 396, par. 7). En raison de l'application de cette doctrine, dans de tels cas, la Couronne est empêchée non pas « de présenter une preuve sur *toute* question soulevée dans un procès antérieur ayant abouti à un acquittement », mais « de présenter une preuve incompatible avec des conclusions favorables à l'accusé formulées dans une instance antérieure » (*Mahalingan*, par. 2 et 22 (en italique dans l'original); voir aussi S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (5^e éd. 2018), §19.152; M. Vaclair et T. Desjardins, en collaboration avec P. Lachance, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (27^e éd. 2020), n^o 28.296).

[78] Trois conditions doivent être réunies pour que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique. En premier lieu, la question doit avoir été tranchée dans une instance antérieure, ce qui « [oblige] [l]e tribunal instruisant le deuxième procès [à] déterminer si la question à l'égard de laquelle le ministère public veut présenter une preuve est identique à celle qui avait donné lieu à une décision favorable à l'accusé dans l'instance criminelle antérieure » (*Mahalingan*, par. 52 (je souligne)). En deuxième lieu, la décision doit être définitive (par. 55). « Les conclusions formulées à l'égard de questions particulières dans un procès sont définitives à moins qu'elles ne soient infirmées en appel » (*ibid.*). Mon collègue le juge Moldaver souligne dans ses motifs que le *verdict* a été infirmé par la Cour d'appel, de sorte que la décision n'est pas définitive. Toutefois, la préclusion découlant de la question déjà tranchée s'attache aux *questions* tranchées au procès, non au résultat final du litige (*Mahalingan*, par. 17 et 52). Par conséquent, même si la tenue d'un nouveau procès est ordonnée, l'accusé ne devrait pas avoir à remettre en cause des questions ayant fait l'objet d'une décision qui lui est favorable et qui n'est pas viciée par une erreur. En troisième lieu, les parties aux deux instances doivent être les mêmes (par. 56-57).

[79] Mr. Cowan went to trial accused of committing an armed robbery and having his face masked with intent to commit robbery. At trial, the Crown advanced two theories of liability: either Mr. Cowan perpetrated the robbery himself, or he abetted or counselled those who perpetrated the robbery. He was acquitted. The trial judge explained in his written reasons that he had a reasonable doubt as to the principal liability theory. The Court of Appeal found that the trial judge erred in law regarding abetting and counselling. But, it found no error as to the acquittal based on Mr. Cowan having committed the robbery as a principal. In this regard, no legal error is alleged before this Court, as the Crown did not appeal from this part of the decision. Nonetheless, the Crown wants to pursue the same avenue to conviction in a second trial. The problem is that “[i]f having a reasonable doubt on a particular issue is not held to be a conclusive finding of fact, then very few issues will fall within issue estoppel’s ambit, and the ends of finality will be poorly served” (*Mahalingan*, at para. 30). As this Court stated in *Mahalingan*, in a judge alone trial where reasons explain the decision, “these findings [on critical issues] must be accepted and cannot be relitigated in a subsequent trial, unless set aside on appeal” (para. 53). Here, because the findings on Mr. Cowan’s principal liability were not tainted by an error, they should not be set aside.

[80] Preventing the Crown from relitigating issues resolved in favour of the accused during the first trial is a question of “fairness to the accused, integrity and coherence of the criminal process, and finality” (*Mahalingan*, at para. 59). In my view, even without limiting the scope of the new trial, the accused could raise issue estoppel at the second trial and the trial judge could find that the Crown

[79] Monsieur Cowan a subi un procès relativement à l’accusation d’avoir commis un vol qualifié et à celle d’avoir eu le visage masqué dans l’intention de commettre un vol qualifié. Au procès, la Couronne a fait valoir deux théories de responsabilité : soit M. Cowan a commis le vol qualifié lui-même, soit il a encouragé ou conseillé ceux qui l’ont fait. Il a été acquitté. Le juge du procès a expliqué dans ses motifs écrits qu’il entretenait un doute raisonnable au sujet de la théorie de la responsabilité principale. La Cour d’appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit quant au fait d’encourager ou de conseiller la perpétration d’une infraction. Or, elle n’a constaté aucune erreur en ce qui concerne l’acquittement fondée sur l’accusation voulant que M. Cowan est l’auteur principal du vol qualifié. À cet égard, aucune erreur de droit n’est alléguée devant notre Cour, car la Couronne n’a pas interjeté appel de cette partie de la décision; elle souhaite néanmoins emprunter la même voie pour obtenir une déclaration de culpabilité lors d’un second procès. Le problème est que « [s]i un doute raisonnable sur une question particulière n’est pas considéré comme une conclusion de fait définitive, très peu de questions donneront ouverture à la préclusion découlant de questions déjà tranchées et les fins du principe du caractère définitif des jugements seront mal servies » (*Mahalingan*, par. 30). Comme l’a mentionné la Cour dans l’arrêt *Mahalingan*, lors d’un procès devant juge seul où les motifs expliquent la décision, « ces conclusions [sur des questions essentielles doivent être reconnues] et [ne pas être remises] en cause dans un procès subséquent, à moins qu’elles ne soient infirmées en appel » (par. 53). En l’espèce, comme les conclusions sur la responsabilité principale de M. Cowan n’étaient pas entachées d’une erreur, il n’y a pas lieu de les annuler.

[80] Empêcher la Couronne de remettre en cause des questions tranchées en faveur de l’accusé lors du premier procès est une question « [d]’équité envers l’accusé, [d]’intégrité et [de] cohérence du processus pénal et [de] caractère définitif des jugements » (*Mahalingan*, par. 59). À mon avis, même si l’on ne restreint pas la portée du nouveau procès, l’accusé pourrait évoquer la préclusion découlant d’une

is estopped from relitigating the principal liability issue.

[81] Issue estoppel exists to protect against re-litigation about “specific, underlying elements of the Crown’s case” (*Mahalingan*, at para. 41). The importance of this principle is explained because “[o]ther rules of criminal law do not completely meet the fairness concern of not requiring the accused to answer factual and legal issues (short of the ultimate verdict) that have been resolved in his or her favour in a previous proceeding” (para. 40) and because “the criminal law abhors not only inconsistent verdicts, but inconsistent findings on specific issues” (para. 45).

[82] In my view, too narrow a view of issue estoppel can result in unfairness to accused persons. As I said at the hearing, the Crown’s position seems to be informed by the motto, “if at first you don’t succeed, try, try again” (transcript, at p. 26), such that it should get a second chance to obtain a conviction by means of an avenue of liability even where the trial judge acquitted on this basis and no legal error relevant to this was found. For me, the underlying principle is that an accused should not have to relitigate issues on a basis for conviction upon which he was acquitted wherein no error was found. The trial judge’s findings should not be relitigated and the accused should not have to mount a second defence in the absence of a relevant reversible error. During the new trial, the Crown will seek to persuade the judge that Mr. Cowan committed the robbery as a principal. Will Mr. Cowan not, thereby, be required to defend himself against the same allegations twice under the same theory of liability for the same factual circumstance? He will and that will be unfair.

question déjà tranchée au second procès, et le juge du procès pourrait conclure que la Couronne ne peut remettre en cause la question de la responsabilité principale.

[81] La préclusion découlant de la question déjà tranchée vise à empêcher la remise en cause relative à « des éléments particuliers sous-jacents à la preuve du ministère public » (*Mahalingan*, par. 41). L’importance de ce principe s’explique par le fait que « [d]’autres règles du droit pénal ne correspondent pas complètement à l’objectif d’équité qui écarte l’obligation, pour l’accusé, de répondre à des questions de fait et de droit (autres que le verdict final) tranchées en sa faveur dans une instance antérieure » (par. 40) et que « le droit pénal a horreur non seulement des verdicts incompatibles mais également des conclusions contradictoires sur des questions particulières » (par. 45).

[82] À mon avis, une conception trop étroite de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée risque d’entraîner une injustice pour les accusés. Comme je l’ai dit à l’audience, la position de la Couronne semble guidée par la devise [TRADUCTION] « si vous ne réussissez pas la première fois, essayez et réessayez » (transcription, p. 26), de sorte qu’elle devrait avoir une deuxième chance d’obtenir une déclaration de culpabilité au moyen d’une théorie de responsabilité même si le juge du procès a acquitté l’accusé sur le fondement de cette théorie et que l’on n’a relevé aucune erreur de droit pertinente à cet égard. À mon sens, le principe sous-jacent est qu’un accusé ne devrait pas avoir à remettre en cause des questions sur la base d’une accusation à l’égard de laquelle il a été acquitté lorsqu’aucune erreur n’est constatée dans l’acquittement. Les conclusions du juge du procès ne devraient pas être remises en cause, et l’accusé ne devrait pas avoir à préparer une seconde défense en l’absence d’une erreur pertinente justifiant l’annulation de l’acquittement. Lors du nouveau procès, la Couronne tentera de persuader le juge que M. Cowan est l’auteur principal du vol qualifié. Monsieur Cowan ne sera-t-il donc pas tenu de se défendre deux fois contre les mêmes allégations au regard de la même théorie de responsabilité pour les mêmes faits? Il le sera, et ce sera injuste.

[83] Considering matters in addition to issue estoppel, I cannot agree with the majority's conclusions relating to the exercise by courts of appeal of their powers under s. 686(8) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[84] I do agree with the majority regarding the three conditions that must be met for an appellate court to make an order pursuant to s. 686(8): first, the court must have exercised one of the triggering powers conferred under s. 686(2), (4), (6) or (7); second, the order issued must be ancillary to the triggering power, meaning it is not “at direct variance with the court’s underlying judgment”; and, third, the order must be one that “justice requires” (*R. v. R.V.*, 2021 SCC 10, [2021] 1 S.C.R. 131, at para. 74). However, I do not agree with the majority’s application of the test in this case, as I shall explain.

[85] Appellate courts exercise their powers under s. 686(8) flexibly, consistent with its broad and remedial purpose. It is for the Court of Appeal to exercise the discretion conferred thereby; it is for this Court to review that exercise of discretion. Unless the Court of Appeal erred in principle or the order is clearly wrong, it is not for this Court simply to substitute its own view.

[86] In my view, no error in principle has been shown and the Court of Appeal order is not clearly wrong. First, there is nothing to suggest that the order is at direct variance with the Court of Appeal’s underlying judgment. Contrary to the position of the majority, there is no rule that a charge *as a whole* must be retried if a new trial is ordered on a count alleging an offence which may be committed in different ways. Rather, whether or not a full new trial should be ordered depends on the degree to which counts, and modes of committing offences charged as a single count, are “interconnected”.

[83] En considérant les questions qui s’ajoutent à la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, je ne puis souscrire aux conclusions des juges majoritaires concernant l’exercice par les cours d’appel de leurs pouvoirs en vertu du par. 686(8) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[84] Je suis toutefois d’accord avec les juges majoritaires concernant les trois conditions qui doivent être réunies pour qu’une cour d’appel puisse rendre une ordonnance en vertu du par. 686(8) : premièrement, la cour doit avoir exercé l’un des pouvoirs qui déclenchent l’application du par. 686(8), conférés par les par. 686(2), (4), (6) ou (7); deuxièmement, l’ordonnance rendue doit être accessoire au pouvoir qui déclenche l’application du par. 686(8), c’est-à-dire qu’elle n’est pas « directement incompatible avec [le] jugement sous-jacent [de la cour] »; et troisièmement, l’ordonnance doit en être une « que la justice exige » (*R. c. R.V.*, 2021 CSC 10, [2021] 1 R.C.S. 131, par. 74). Toutefois, je ne souscris pas à l’application que font les juges majoritaires du test en l’espèce, comme je vais l’expliquer.

[85] Les cours d’appel exercent leurs pouvoirs au titre du par. 686(8) avec souplesse, conformément à son vaste objectif de réparation. Il appartient à la Cour d’appel d’exercer le pouvoir discrétionnaire qui y est conféré; il appartient à notre Cour d’examiner l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. À moins que la Cour d’appel ait commis une erreur de principe ou que l’ordonnance soit manifestement erronée, la Cour ne peut simplement substituer son propre avis à la décision rendue par la Cour d’appel.

[86] À mon avis, l’existence d’une erreur de principe n’a pas été établie et l’ordonnance de la Cour d’appel n’est pas manifestement erronée. D’abord, rien ne laisse croire que l’ordonnance est directement incompatible avec le jugement sous-jacent de la Cour d’appel. Contrairement à ce qu’affirment les juges majoritaires, il n’existe aucune règle portant qu’une accusation *dans son ensemble* doit être jugée de nouveau si la tenue d’un nouveau procès est ordonnée à l’égard d’un chef d’accusation portant sur une infraction qui peut être commise de différentes façons. La question de savoir si un nouveau procès

R.V., which the majority cites, explained this at paras. 42-44:

In cases where the Crown has cross-appealed, the acquittal must be set aside if the Crown succeeds in proving that it was based on an error of law “which might reasonably be thought . . . to have had a material bearing on the acquittal” (*Graveline*, at para. 14). The next question is what should follow from setting aside that acquittal.

For the most part, the *Criminal Code* provides the answer. Section 686(4)(b) of the *Code* instructs appellate courts allowing an appeal from an acquittal entered by a jury to order a new trial. Generally, all interconnected charges should be returned for retrial (*Pittiman*, at para. 14). In line with the test I have outlined, it may well be difficult for the appellate court to isolate the error to the acquittal, and a conviction cannot stand if it arises from an error of law. Unless the appellate court can conclude with a high degree of certainty that the legal error did not taint the conviction, setting aside the acquittal on a charge interconnected with a conviction will require retrial on all charges.

Where an appellate court can isolate the legal error to the acquittal, that charge should be the only one sent back for a new trial and the conviction should stand. The error did not taint the conviction, so it should remain in place unless, of course, the conviction is found to be unreasonable on a ground other than inconsistency.

[87] The question is one of being able to isolate the legal error, not the manner in which the offences are structured in the *Criminal Code*. Even if an offence can be committed in several different ways, if it is clear, as in this case, that it cannot be proven that it was committed in one of those ways, there is no reason why an appellate court should not be able to limit the issues on new trial.

complet doit avoir lieu ou non dépend plutôt de la mesure dans laquelle les chefs d’accusation, et les modes de perpétration des infractions faisant l’objet d’un seul chef d’accusation, sont « interreliés ». Cela est expliqué aux par. 42 à 44 de l’arrêt *R.V.*, cité par les juges majoritaires :

Dans les cas où la Couronne interjette un appel incident, l’acquittal doit être écarté si elle réussit à prouver que celui-ci était fondé sur une erreur de droit « [dont] il serait raisonnable de penser [. . .] qu’[elle] [a] eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal » (*Graveline*, par. 14). Il faut ensuite se demander ce qui doit découler de la mise de côté de cet acquittal.

Le *Code criminel* répond en majeure partie à cette question. L’alinéa 686(4)(b) du *Code* prévoit que, lorsqu’une cour d’appel admet l’appel d’un acquittal prononcé par un jury, elle ordonne un nouveau procès. En général, toutes les accusations qui sont interreliées devraient être renvoyées pour faire l’objet d’une nouvelle instruction (*Pittiman*, par. 14). Selon le critère que j’ai énoncé, il se peut fort bien qu’une cour d’appel ait de la difficulté à limiter l’erreur à l’acquittal, et une déclaration de culpabilité ne peut pas être maintenue si elle découle d’une erreur de droit. À moins que la cour d’appel ne puisse conclure avec une certitude élevée que l’erreur de droit n’a pas vicié la déclaration de culpabilité, la tenue d’un nouveau procès à l’égard de toutes les accusations sera nécessaire si l’acquittal est écarté quant à une accusation liée à une déclaration de culpabilité.

Dans les cas où une cour d’appel peut limiter l’erreur de droit à l’acquittal, seule l’accusation dont l’accusé a été acquitté devrait faire l’objet d’un nouveau procès et la déclaration de culpabilité devrait être maintenue. Comme l’erreur n’a pas entaché la déclaration de culpabilité, ce verdict devrait être maintenu à moins, bien entendu, que la déclaration de culpabilité ne soit jugée déraisonnable pour un motif autre que l’incompatibilité.

[87] Il s’agit d’être capable d’isoler l’erreur de droit, et non pas la façon dont les infractions sont structurées dans le *Code criminel*. Même si une infraction peut être commise de plusieurs façons différentes, s’il est clair, comme en l’espèce, qu’il ne peut être prouvé qu’elle a été commise de l’une de ces façons, aucune raison ne justifie qu’une cour d’appel ne soit pas en mesure de limiter les questions lors du nouveau procès.

[88] *R. v. MacKay*, 2005 SCC 79, [2005] 3 S.C.R. 725, on which the majority also relies, illustrates my point. In that case, an accused was acquitted by a jury of aggravated assault under s. 265(1)(a) of the *Criminal Code*, but the trial judge refused to instruct them on the definition of assault under s. 265(1)(b). The New Brunswick Court of Appeal found that the trial judge had erred by failing to instruct the jury on the definition of assault in s. 265(1)(b) and ordered a new trial for aggravated assault based on s. 265(1)(b) only. This Court overturned the decision and ordered a full new trial.

[89] A proper reading of *MacKay* does not support the majority's position that a full new trial must be ordered any time an offence can be committed in two different ways and an appellate court finds that the trial judge made an error with respect to one mode, but not the other. The majority says that the first jury's reasoning process in *MacKay* was "clear" in finding the accused did not have the intent to commit assault under s. 265(1)(a), yet this Court returned it for a full trial on both ss. 265(1)(a) and 265(1)(b). However, the issue is not whether the first trier of fact's decision is "clear" with respect to one mode of committing the offence, but whether the issue is so interconnected to the error made in respect of the second mode that a future trier of fact would necessarily need to reconsider both modes in order to reach a legally correct conclusion. This was the case in *MacKay*.

[90] The ways of committing an assault under ss. 265(1)(a) and 265(1)(b) are similar — s. 265(1)(a) concerns the intentional application of force whereas s. 265(1)(b) is about attempts or threats to apply force. Their application in a particular case may overlap. In *MacKay*, the trial judge refused to instruct the jury on s. 265(1)(b) because he concluded force

[88] L'arrêt *R. c. MacKay*, 2005 CSC 79, [2005] 3 R.C.S. 725, sur lequel les juges majoritaires se sont aussi appuyés, illustre mon point. Dans cette affaire, le jury a acquitté l'accusé relativement à une accusation de voies de fait graves, infraction prévue à l'al. 265(1)a du *Code criminel*, mais le juge du procès a refusé de donner des directives au jury sur la définition des voies de fait prévue à l'al. 265(1)b). La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en omettant de donner des directives au jury sur la définition de voies de fait prévue à l'al. 265(1)b) et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour voies de fait graves sur le fondement de l'al. 265(1)b) seulement. Notre Cour a infirmé la décision et ordonné un nouveau procès complet.

[89] Une interprétation adéquate de l'arrêt *MacKay* n'étaye pas la position des juges majoritaires portant qu'un nouveau procès complet doit être ordonné chaque fois qu'une infraction peut être commise de deux façons différentes et qu'une cour d'appel conclut que le juge du procès a fait une erreur concernant une façon de commettre l'infraction, mais pas l'autre. Les juges majoritaires affirment que le raisonnement du premier jury dans l'arrêt *MacKay* était « clair » en ce qu'ils ont conclu que l'accusé n'avait pas l'intention de commettre des voies de fait comme il est prévu à l'al. 265(1)a), pourtant notre Cour l'a renvoyé en vue d'un nouveau procès complet au titre de l'al. 265(1)a) et de l'al. 265(1)b). Toutefois, la question n'est pas de savoir si la décision du premier juge des faits est « claire » en ce qui a trait à une façon de commettre l'infraction, mais plutôt de savoir si la question est interreliée à l'erreur commise à l'égard de la deuxième façon de commettre l'infraction au point où un futur juge des faits devrait nécessairement réexaminer les deux façons de commettre l'infraction afin de tirer une conclusion valable en droit. Tel était le cas dans l'affaire *MacKay*.

[90] Les façons de commettre des voies de fait prévues aux al. 265(1)a) et 265(1)b) sont semblables — l'al. 265(1)a) concerne l'application intentionnelle de la force, tandis que l'al. 265(1)b) porte sur les tentatives ou les menaces d'emploi de la force. Leur application dans un cas particulier pourrait se chevaucher. Dans l'arrêt *MacKay*, le juge du procès a

was actually applied and that foreclosed its application. However, the Court of Appeal concluded that while the jury could have concluded that force may have been applied unintentionally, they also could have concluded that force was indicative of prior threats or attempts to apply force also amounting to an assault. Without being instructed on s. 265(1)(b), the first jury was missing the necessary context to consider the facts against both legal standards and the requirements of the two subsections as compared to one another. In other words, it was not possible to isolate the potential application of the two legal standards from the facts — the factual and legal issues were interconnected. Where, as here, two modes of committing an offence have entirely different elements and are based on completely different factual foundations, there is no need in the new trial to reconsider how the legal standards of committing the offence as a principal could apply. Moreover, in this case there are reasons from a trial judge which explain why he rejected the theory that Mr. Cowan committed the offence as a principal. There is no error in those reasons. Thus, there is no principled basis to require that those issues be relitigated.

[91] Nor was the Court of Appeal's order contrary to what "justice requires". Aside from fairness to the accused, the Court of Appeal properly narrowed the issues to prevent an unnecessary expenditure of the courts' resources to relitigate matters where there was no error. In *R.V.*, at paras. 78-79, this Court encouraged the Crown to avoid proceeding on duplicative counts and thereby create inefficiency. The Court of Appeal order in this case is similarly consistent with promoting the expeditious use of court resources and encouraging the Crown to put its best foot forward at the first trial. In this sense, the "interests of justice" encompass not only fairness to the accused, but also the public interest in avoiding duplicative litigation in a busy court system. Nor is the integrity of the criminal justice system served by the Crown seeking to overturn acquittals in order

refusé de donner des directives au jury concernant l'al. 265(1)b) parce qu'il avait conclu que la force avait été réellement appliquée, ce qui empêchait l'application de cet alinéa. Cependant, la Cour d'appel a conclu que même si le jury avait pu conclure que la force pouvait avoir été employée involontairement, il aurait pu aussi conclure que la force était révélatrice de menaces antérieures ou de tentatives d'employer la force qui équivalaient également à des voies de fait. Sans avoir reçu de directives sur l'al. 265(1)b), le premier jury ne disposait pas du contexte nécessaire pour examiner les faits par rapport aux normes juridiques et aux exigences des deux dispositions particulières. Autrement dit, il n'était pas possible d'isoler des faits l'application éventuelle des deux normes juridiques — les questions factuelles et juridiques étaient interreliées. Lorsque, comme en l'espèce, deux façons de commettre une infraction ont des éléments complètement différents et reposent sur des fondements factuels totalement différents, il n'est pas nécessaire lors du nouveau procès de réexaminer la façon dont les normes juridiques relatives à la perpétration de l'infraction à titre d'auteur principal pourraient s'appliquer. De plus, dans le cas qui nous occupe, les motifs du juge du procès expliquent pourquoi il a rejeté la thèse portant que M. Cowan avait commis l'infraction à titre d'auteur principal. Ces motifs ne comportent aucune erreur. Par conséquent, aucun fondement rationnel ne justifie que ces questions soient remises en cause.

[91] L'ordonnance de la Cour d'appel n'était pas non plus contraire à ce que « la justice exige ». En plus de tenir compte de l'équité pour l'accusé, la cour a dûment restreint les questions visées afin d'éviter le gaspillage des ressources des tribunaux causé par une remise en cause des questions alors qu'il n'y avait aucune erreur. Dans l'arrêt *R.V.*, aux par. 78-79, la Cour a incité la Couronne à éviter d'intenter des procès sur des chefs d'accusation qui se chevauchent, car cette façon de procéder est inefficace. L'ordonnance de la Cour d'appel en l'espèce vise de la même façon à favoriser l'utilisation optimale des ressources de la cour et à encourager la Couronne à présenter la meilleure cause possible lors du premier procès. En ce sens, les « intérêts de la justice » englobent non seulement l'équité envers l'accusé, mais aussi l'intérêt public à éviter les instances faisant

to try to change theories or tactics, or to present the same case to a different decision-maker in the hopes of getting a different result.

[92] The majority's judgment undermines the ability of courts of appeal to make ancillary orders that limit the issues at a new trial pursuant to s. 686(8) in a way that not only encourages relitigation, but also risks undermining public confidence in the justice system by increasing the likelihood of inconsistent results.

[93] In sum, I am of the view that the Court of Appeal did not err in limiting the issues on the new trial. This result promoted fairness to Mr. Cowan, the efficient use of the court's resources and the integrity of the criminal justice process. There is no reason to return the matter for trial on the issue of whether Mr. Cowan committed the offence as a principal.

Appeal by Jason William Cowan dismissed, appeal by Her Majesty The Queen allowed, BROWN and ROWE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant/respondent Jason William Cowan: Gerrand Rath Johnson, Regina.

Solicitor for the respondent/appellant Her Majesty the Queen: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

double emploi dans un système judiciaire occupé. Il n'est pas non plus utile à l'intégrité du système de justice criminelle que la Couronne cherche à annuler des acquittements afin d'essayer de changer de thèse ou de stratégie, ou à présenter la même affaire à d'autres décideurs dans l'espoir d'obtenir un résultat différent.

[92] La décision des juges majoritaires affaiblit la capacité des cours d'appel de rendre des ordonnances accessoires limitant les questions lors du nouveau procès en application du par. 686(8) d'une façon qui non seulement encourage la remise en cause, mais risque aussi de miner la confiance du public envers le système de justice en raison de la probabilité accrue que les résultats soient incohérents.

[93] Bref, j'estime que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en limitant les questions lors du nouveau procès. Ce résultat favorisait l'équité envers M. Cowan, l'utilisation efficace des ressources de la cour et l'intégrité du processus de justice criminelle. Il n'y a aucune raison de renvoyer l'affaire pour qu'un procès soit tenu concernant la question de savoir si M. Cowan a commis l'infraction en tant qu'auteur principal.

Pourvoi de Jason William Cowan rejeté, pourvoi de Sa Majesté la Reine accueilli, les juges BROWN et ROWE sont dissidents.

Procureurs de l'appellant/intimé Jason William Cowan : Gerrand Rath Johnson, Regina.

Procureur de l'intimée/appelante Sa Majesté la Reine : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

**Cameron O’Lynn Parranto, also known as
Cameron O’Lynn Rocky Parranto** *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Patrick Douglas Felix *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Manitoba,
Attorney General of Alberta,
Criminal Trial Lawyers’ Association,
Canadian Civil Liberties Association,
Aboriginal Legal Services,
Legal Aid Society of Alberta and
Association québécoise des avocats et avocates
de la défense** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. PARRANTO

2021 SCC 46

File No.: 39227.

2021: May 18; 2021: November 12.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
ALBERTA**

*Criminal law — Sentencing — Starting points —
Sentencing ranges — Standard of review in sentencing
appeals — Accused sentenced for offence of wholesale
trafficking in fentanyl — Crown appealing sentences —
Court of Appeal setting starting point for sentence for
offence and increasing sentences — Role played by start-
ing points and sentencing ranges in appellate review of*

**Cameron O’Lynn Parranto,
aussi connu sous le nom de
Cameron O’Lynn Rocky Parranto** *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Patrick Douglas Felix *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Manitoba,
procureur général de l’Alberta,
Criminal Trial Lawyers’ Association,
Association canadienne des libertés civiles,
Aboriginal Legal Services,
Legal Aid Society of Alberta et
Association québécoise des avocats et avocates
de la défense** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. PARRANTO

2021 CSC 46

N° du greffe : 39227.

2021 : 18 mai; 2021 : 12 novembre.

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 DE L’ALBERTA

*Droit criminel — Détermination de la peine — Points
de départ — Fourchettes de peines — Norme de contrôle
applicable aux appels interjetés contre des peines — Ac-
cusés condamnés pour l’infraction de trafic de fentanyl à
grande échelle — Appels formés contre les peines par la
Couronne — Cour d’appel fixant un point de départ pour
l’infraction et augmentant les peines — Rôle joué par*

sentences — Whether accused’s sentences demonstrably unfit.

F and P pleaded guilty to various offences arising out of unrelated drug trafficking operations, including trafficking fentanyl at the wholesale commercial level. F received a global sentence of 7 years and P received a global sentence of 11 years. The Crown appealed the sentences. The Court of Appeal set a starting point sentence of 9 years for wholesale fentanyl trafficking and increased F’s global sentence to 10 years and P’s global sentence to 14 years.

Held (Abella and Karakatsanis JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Brown, Martin and Kasirer JJ.: The sentences at trial were demonstrably unfit and the Court of Appeal’s intervention was appropriate. There is no need to disavow the starting-point approach to sentencing. Sentencing ranges and starting points are simply different tools that assist sentencing judges in reaching a proportionate sentence. It is not for the Court to dictate which of these tools can or cannot be used. Provincial appellate courts should be afforded the respect and latitude to provide their own forms of guidance to sentencing judges, as long as that guidance comports with the principles and objectives of sentencing and with the proper appellate standard of review. However, starting points must be properly treated as non-binding guidance by both sentencing and appellate courts and appellate courts must adhere to the deferential standard of review in sentencing appeals and to the Court’s clear direction on how to account for starting points when reviewing sentences for errors in principle and demonstrable unfitness.

Sentencing is one of the most delicate stages of the criminal justice process. It requires judges to consider and balance a multiplicity of factors and it remains a discretionary exercise. The goal in every case is a fair, fit and principled sanction. Proportionality is the organizing principle in reaching this goal, and parity and individualization are secondary principles. Individualization is central to the proportionality assessment. Each offence is committed in unique circumstances by an offender

les points de départ et les fourchettes de peines dans le contrôle des peines en appel — Les peines infligées aux accusés étaient-elles manifestement non indiquées?

F et P ont reconnu leur culpabilité à diverses infractions découlant d’activités de trafic de drogue sans lien entre elles, dont le trafic commercial du fentanyl à grande échelle. F a été condamné à une peine globale de 7 ans d’emprisonnement, et P s’est vu infliger une peine globale de 11 ans. La Couronne a interjeté appel des peines. La Cour d’appel a fixé à une peine de 9 ans le point de départ pour le trafic de fentanyl à grande échelle, et a augmenté à 10 ans la peine globale de F et à 14 ans, celle de P.

Arrêt (les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes) : Les pourvois sont rejetés.

Le juge en chef Wagner et les juges Brown, Martin et Kasirer : Les peines infligées au procès étaient manifestement non indiquées, et l’intervention de la Cour d’appel était justifiée. Il n’est pas nécessaire de désavouer la méthode des points de départ en matière de détermination de la peine. Les fourchettes de peines et les points de départ sont simplement des outils différents qui aident le juge chargé de déterminer la peine à élaborer une peine proportionnée. Il n’appartient pas à la Cour de dicter lequel de ces outils peut ou ne peut pas être utilisé. Il convient de faire preuve de respect envers les cours d’appel provinciales et de leur laisser la marge de manœuvre nécessaire pour formuler leurs propres types d’indications à l’intention des juges chargés de déterminer la peine, pourvu que ces indications soient conformes aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine et qu’elles respectent la norme de contrôle applicable en appel. Il faut cependant considérer, comme il se doit, que les points de départ ne sont que des lignes directrices non contraignantes proposées tant par les tribunaux chargés de la détermination des peines que par les cours d’appel, et celles-ci doivent respecter la norme de contrôle qui commande la déférence lorsqu’elles sont saisies d’un appel portant sur la détermination de la peine et les directives claires de la Cour quant à la manière de tenir compte des points de départ au moment de vérifier si une peine comporte une erreur de principe ou si elle est manifestement non indiquée.

La détermination de la peine est l’une des étapes les plus délicates du processus de justice pénale et criminelle. Elle oblige les juges à examiner et à mettre en équilibre une multitude de facteurs et implique l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Le but est d’infliger dans chaque cas une sanction équitable, juste et fondée sur des principes. La proportionnalité est le principe directeur qui permet d’atteindre cet objectif, et les principes de parité et d’individualisation sont secondaires. L’individualisation est

with a unique profile. The question is always whether the sentence reflects the gravity of the offence, the offender's degree of responsibility and the unique circumstances of each case. Sentencing courts are best-positioned to craft a fit sentence for the offenders before them. As for appellate courts, they play two roles: considering the fitness of a sentence appealed against and promoting stability in the development of the law while providing guidance to lower courts to ensure the law is applied consistently. Appellate courts are well-positioned to provide such guidance because of their appreciation of overall sentencing practices, patterns and problems in their jurisdiction.

Appellate guidance may take the form of quantitative tools such as sentencing ranges and starting points, non-quantitative guidance explaining the harms entailed by certain offences, or a mix of both. Quantitative appellate guidance, generally starting points or sentencing ranges, operate to ensure sentences reflect the sentencing principles prescribed in the *Criminal Code*. Neither relieves the sentencing judge from conducting an individualized analysis. Sentencing ranges generally represent a summary of the case law that reflects past minimum and maximum sentences imposed by trial judges. Starting points are an alternative to ranges. The starting-point methodology has three stages: defining the category of an offence to which the starting point applies; setting a starting point; and individualization of the sentence by the sentencing court. Both reflect judicial consensus on the gravity of the offence. Irrespective of the preferred sentencing methodology, the purpose of the modality is to assist the sentencing judge in achieving the objectives and principles of sentencing, primarily proportionality. Ranges and starting points are simply different paths to the same destination: a proportionate sentence. Courts of appeal have discretion to choose which form of guidance they find most useful; however, because starting points are not binding precedents, parties seeking to challenge them need not have resort to a reconsideration application procedure.

au cœur de l'évaluation de la proportionnalité. Chaque infraction est commise dans des circonstances uniques, par un délinquant au profil unique. Il s'agit toujours de savoir si la peine correspond à la gravité de l'infraction, au degré de responsabilité du délinquant et aux circonstances particulières de chaque cas. Les tribunaux chargés de la détermination des peines sont les mieux placés pour élaborer une peine adaptée à la personne délinquante qui comparait devant eux. Quant aux cours d'appel, elles jouent un double rôle : considérer la justesse de la sentence dont appel est interjeté et veiller au développement stable du droit, tout en énonçant à l'intention des juridictions inférieures des lignes directrices propres à en assurer une application homogène. Les cours d'appel sont bien placées pour formuler de telles lignes directrices, parce qu'elles connaissent bien l'ensemble des pratiques, tendances et problèmes en matière de détermination de la peine qui existent dans leur ressort.

Les lignes directrices données par les cours d'appel peuvent se présenter sous forme d'outils d'appréciation quantitative (les fourchettes de peines et les points de départ en sont des exemples), de balises non quantitatives expliquant les torts causés par certaines infractions, ou encore sous une forme hybride. Les lignes directrices fondées sur une appréciation quantitative que proposent les cours d'appel, en général des points de départ ou des fourchettes de peines, visent à s'assurer que les peines tiennent compte des principes de détermination de la peine prescrits par le *Code criminel*. Aucune de ces méthodes n'exempte les juges chargés de déterminer la peine d'analyser les circonstances particulières de chaque affaire. Les fourchettes de peines constituent de façon générale un condensé des peines minimales et maximales déjà infligées par des juges du procès. Les points de départ constituent une solution de rechange aux fourchettes de peines. La méthode des points de départ se décline en trois étapes : détermination de la catégorie de l'infraction à laquelle s'applique le point de départ; établissement d'un point de départ; individualisation de la peine par le tribunal chargé de la déterminer. Les deux sont le fruit d'un consensus judiciaire sur la gravité de l'infraction. Indépendamment de la méthode privilégiée pour déterminer la peine, ces modalités visent à aider les juges chargés de déterminer la peine à respecter les objectifs et les principes de la détermination de la peine, au premier chef la proportionnalité. Les fourchettes de peines et les points de départ ne sont que des moyens différents de parvenir au même résultat : infliger une peine proportionnée. Les cours d'appel ont le pouvoir discrétionnaire de choisir la forme de lignes directrices qu'elles trouvent la plus utile; toutefois, puisque les points de départ ne sont pas des précédents contraignants, les parties qui souhaitent les contester n'ont pas besoin de recourir à une procédure de demande de réexamen.

Sentencing decisions are entitled to a high level of deference on appeal. Deviation from a range or starting point does not in itself justify appellate intervention. Unless a sentence is demonstrably unfit or the sentencing judge made an error in principle that impacted the sentence, an appellate court must not vary the sentence. Ranges and starting points cannot be binding in theory or practice and appellate courts cannot apply the standard of review to enforce them. Directions in *R. v. Arcand*, 2010 ABCA 363, relating to the binding nature of starting points do not reflect the required standard of appellate review. It is not the role of appellate courts to enforce a uniform approach to sentencing through the application of the standard of review; rather, appellate courts must guard against undue scrutiny of the sentencing judge's discretionary choice of method. There is no longer space to interpret starting points or ranges as binding in any sense. Departing from a range or starting point is appropriate where required to achieve proportionality and exceptional circumstances are not required when departing from a range or starting point to achieve proportionality.

Starting points do not relieve the sentencing judge from considering all relevant sentencing principles. Sentencing judges have discretion over which objectives to prioritize and may choose to weigh rehabilitation and other objectives more heavily than “built-in” objectives like denunciation and deterrence. Appellate sentencing guidance ought not to purport to pre-weigh or build in any mitigating factors and starting points should not be viewed as incorporating principles such as restraint or rehabilitation. Sentencing judges are not precluded from considering any factor that is built in to a starting point as mitigating in the individual circumstances and retain the discretion to weigh all relevant factors in their global assessment of a fit sanction. When setting starting points and ranges, inclusion of characteristics of an archetypal offender could impede individualization of sentences. Sentencing ranges and starting points are applicable only inasmuch as they solely speak to the gravity of the offence. By restricting starting points and ranges to strictly offence-based considerations, they will continue to be useful without fettering discretion or impeding individualization in a way that could produce clustering of sentences. Any risk of clustering is properly addressed by ensuring sentencing judges

Les décisions relatives à la peine commandent un degré élevé de déférence en appel. L'écart par rapport à une fourchette de peines ou à un point de départ ne justifie pas d'office l'intervention de la cour d'appel. Une cour d'appel ne peut intervenir pour modifier la peine infligée que si celle-ci est manifestement non indiquée ou si le juge qui a fixé la peine a commis une erreur de principe ayant une incidence sur la détermination de cette peine. Les fourchettes de peines et points de départ ne sauraient être contraignants en théorie ou en pratique, et les cours d'appel ne peuvent appliquer la norme de contrôle afin de les utiliser. Les indications relatives au caractère contraignant des points de départ qui ont été données dans l'arrêt *R. c. Arcand*, 2010 ABCA 363, ne correspondent pas à la norme de contrôle applicable en appel. Il n'appartient pas aux cours d'appel d'imposer une approche uniforme en matière de détermination de la peine par le biais de l'application de la norme de contrôle; les cours d'appel doivent plutôt se garder d'accorder une trop grande importance à la méthode qu'a retenue le juge qui a prononcé la peine. Il n'y a plus lieu de considérer les points de départ ou les fourchettes de peines comme étant contraignants à quelque titre que ce soit. Il est loisible aux juges de s'écarter de la fourchette de peines ou du point de départ lorsque cela s'avère nécessaire pour réaliser la proportionnalité, et la présence de circonstances exceptionnelles n'est pas nécessaire lorsqu'on s'écarter d'une fourchette de peines ou d'un point de départ à cette fin.

Les points de départ ne dispensent pas les juges chargés de déterminer la peine de tenir compte de tous les principes applicables en la matière. Les juges chargés de déterminer la peine jouissent du pouvoir discrétionnaire de décider à quels objectifs il faut accorder la priorité, et ils peuvent choisir d'attribuer plus de poids à la réinsertion sociale et à d'autres objectifs que des objectifs intrinsèques telles la dénonciation et la dissuasion. Les lignes directrices données par les cours d'appel en matière de détermination de la peine ne sont pas censées préjuger ou intégrer quelque circonstance atténuante que ce soit, et les points de départ ne devraient pas être considérés comme incorporant des principes de détermination de la peine tels que la modération dans le recours à l'emprisonnement ou la réinsertion sociale. Rien n'empêche les juges chargés de la détermination de la peine de tenir compte de tout facteur intégré à un point de départ et de le considérer comme une circonstance atténuante dans la situation en cause, et ils conservent le pouvoir discrétionnaire de soupeser tout facteur pertinent dans leur évaluation globale de la sanction juste. Lorsqu'on fixe des points de départ et des fourchettes de peines, le fait de tenir compte des caractéristiques du délinquant type risque de nuire à

consider all factors relevant to each individual offender and by clarifying the proper standard of review on appeal.

Starting-point methodologies are not mutually incompatible with *Gladue* principles. When reviewing sentences imposed on Indigenous offenders, appellate courts must bear in mind that a formalistic approach to parity should not be allowed to undermine the remedial purpose of s. 718.2(e). They must also factor in the unique circumstances of an Indigenous offender which could reasonably and justifiably impact the sentence. Starting points do not relieve sentencing judges from considering whether different or alternative sanctions may more effectively achieve the objectives of sentencing. Finally, starting-point sentencing is not a quasi-legislative endeavour. Judicially created categories for sentencing are not unique to starting points. Appellate courts are entitled to conclude that certain forms of conduct are generally more serious and should attract a higher range or starting point. The risk of incursion into the legislative sphere arises only where an appellate court departs from the standard of review by treating a sentencing judge's selection of a category as an error in principle.

The Court of Appeal did not err in setting a starting point for wholesale fentanyl trafficking. It was not necessary to wait for the development of an historical portrait of past sentences. Appellate courts must sometimes set a new direction that reflects a contemporary understanding of the gravity of the offence. It was open to the Court of Appeal to set out guidance conveying the gravity of wholesale trafficking in fentanyl. A key factor in the categorization of drug offences has always been the nature of the drug and harm-based analyses are not an unfamiliar judicial exercise. Appellate courts may step in to provide guidance

l'individualisation de la peine. Les fourchettes de peines et les points de départ ne s'appliquent que dans la mesure où ils portent uniquement sur la gravité de l'infraction. En limitant les points de départ et les fourchettes de peines à des considérations strictement axées sur l'infraction, ces outils continueront d'être utiles sans entraver le pouvoir discrétionnaire et sans empêcher d'individualiser la peine d'une manière susceptible d'entraîner l'agglutination des peines. On diminue adéquatement tout risque d'agglutination en s'assurant que les juges chargés de déterminer la peine tiennent compte de tous les facteurs pertinents pour chaque délinquant, et en clarifiant la norme de contrôle appropriée en appel.

La méthode des points de départ n'est pas incompatible avec les principes de l'arrêt *Gladue*. Lorsqu'elles contrôlent des peines infligées à des délinquants autochtones, les cours d'appel doivent garder à l'esprit qu'il ne faut pas laisser une application formaliste du principe de parité faire échec à l'objectif réparateur de l'al. 718.2e). Elles doivent aussi tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles sont placés les délinquants autochtones, lorsqu'on peut conclure sur une base raisonnable et justifiée qu'elles sont susceptibles d'affecter la peine à imposer. Les points de départ ne dispensent pas les juges chargés de déterminer la peine de l'obligation de se demander si l'imposition de sanctions différentes ou substitutives peut permettre d'atteindre plus efficacement les objectifs de détermination de la peine. Enfin, la détermination de la peine axée sur les points de départ ne constitue pas une entreprise quasi législative. La création, par les tribunaux, de catégories en matière de détermination de la peine n'est pas le propre de la méthode des points de départ. Il est loisible aux cours d'appel de conclure que certains types de comportements sont généralement plus graves et devraient donc justifier une fourchette de peines ou des points de départ plus élevés. Le risque d'usurpation des pouvoirs législatifs n'existe que lorsqu'une cour d'appel déroge à la norme de contrôle applicable en qualifiant d'erreur de principe la catégorie choisie par le juge chargé de déterminer la peine.

La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur dans la fixation d'un point de départ pour le trafic de fentanyl à grande échelle. Il n'était pas nécessaire d'attendre que se développe un portrait historique de peines infligées. Les cours d'appel doivent parfois établir une nouvelle orientation qui traduit la conception courante de la gravité de l'infraction. Il était loisible à la Cour d'appel de donner des indications pour bien faire comprendre la gravité du trafic de fentanyl à grande échelle. Un facteur clé dans la catégorisation d'infractions en matière de drogue a toujours été la nature de la drogue en cause, et il n'est pas inhabituel

to ensure sentences reflect harms, even where the drug is relatively new. The Court of Appeal was entitled to take the lead and consider the public health crisis in Alberta.

F's seven-year sentence was demonstrably unfit. The sentencing judge misapprehended the gravity of the offence and referred to cases that were significantly factually distinct. A more accurate sentencing range for this offence would be 8 to 15 years. The sentencing judge's error impacted his assessment of parity. F's sentence was a substantial and marked departure from the sentences customarily imposed for similar offenders committing similar crimes. An assessment of the gravity of the offence may take into account the offender's willingness to exploit at-risk populations and communities. F was trafficking fentanyl destined for resale in the remote communities in Nunavut. The sentence of 10 years imposed by the Court of Appeal should be upheld.

P's 11-year global sentence was also demonstrably unfit. There is no reason to disturb the sentence of 14 years imposed by the Court of Appeal. The trial judge erred in his selection of comparator cases and in finding a relevant range of 5 to 7 years' imprisonment. P was in possession of significant amounts of fentanyl and other drugs, guns and body armour. He had a lengthy criminal record and re-established his presence as a wholesale trafficker following his release. Based on the gravity of the offence, *Gladue* factors and P's aggravating and mitigating circumstances, a global sentence of 14 years is appropriate.

Per Moldaver and Côté JJ.: The appeals should be dismissed. The sentences imposed by the sentencing judges in both cases were demonstrably unfit. They fall markedly below the range of sentences warranted in cases involving the directing minds of largescale fentanyl trafficking operations. With respect to the role of starting points in sentencing, there is agreement with Rowe J.

Appellate courts can and should depart from prior sentencing precedents that no longer reflect society's

que les tribunaux procèdent à une analyse axée sur les torts. Les cours d'appel peuvent intervenir pour donner des indications afin de s'assurer que les peines reflètent les torts en question, même lorsqu'il s'agit d'une drogue relativement nouvelle. La Cour d'appel était en droit de prendre les devants et de tenir compte de la crise de santé publique qui sévit en Alberta.

La peine de sept ans d'emprisonnement infligée à F était manifestement non indiquée. Le juge chargé de déterminer la peine n'a pas bien saisi la gravité de l'infraction, et il a cité des décisions qui portaient sur des faits très différents. Une fourchette de peines plus exacte pour cette infraction se situerait plutôt entre 8 et 15 ans. L'erreur qu'a commise le juge chargé de déterminer la peine a eu une incidence sur son évaluation de la parité. La peine à laquelle a été condamné F s'écartait de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires. Une évaluation de la gravité de l'infraction peut tenir compte de la volonté du délinquant d'exploiter des populations et des communautés à risque. F faisait le trafic de fentanyl en vue de la revente dans des collectivités éloignées du Nunavut. La peine de 10 ans infligée par la Cour d'appel devrait être confirmée.

La peine globale de 11 ans infligée à P était elle aussi manifestement non indiquée. Il n'y a aucune raison de modifier la peine de 14 ans infligée par la Cour d'appel. Le juge du procès a commis une erreur dans son choix des cas comparatifs et dans sa conclusion suivant laquelle la fourchette de peines applicable était de cinq à sept ans d'emprisonnement. P était en possession de quantités importantes de fentanyl, en plus de grandes quantités d'autres drogues, d'armes à feu et d'un gilet pare-balles. Il avait un lourd casier judiciaire et avait repris ses activités de trafiquant à grande échelle après sa libération. Compte tenu de la gravité de l'infraction, des facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue* et des circonstances aggravantes et circonstances atténuantes concernant P, une peine globale de 14 ans d'emprisonnement est indiquée.

Les juges Moldaver et Côté : Il y a lieu de rejeter les pourvois. Les peines infligées par les juges chargés de déterminer dans les deux cas étaient manifestement non indiquées. Elles se situent nettement sous la fourchette des peines qui s'imposent dans les affaires qui mettent en cause les têtes dirigeantes de réseaux de trafic de fentanyl à grande échelle. Il y a accord avec le juge Rowe en ce qui concerne le rôle que jouent les points de départ dans la détermination de la peine.

Les cours d'appel peuvent et doivent s'écarter des peines déjà infligées qui ne correspondent plus à ce que

understanding of the gravity of a particular offence and the blameworthiness of particular offenders. The gravity of largescale trafficking in fentanyl for personal gain requires severe penalties, ranging from mid-level double digit penitentiary terms up to and including life imprisonment. Trafficking in hard drugs leads to addiction, debilitating adverse health effects, death by overdose and an increase in all manner of crime by those seeking to finance their addiction and organized crime syndicates. Much of this criminal activity is violent. A devastating consequence of the hard drug trade is its impact on families and the inter-generational trauma it causes. It leads to significant costs to society in terms of health care and law enforcement expenses, as well as lost productivity.

Fentanyl has altered the landscape of the substance abuse crisis in Canada. It is a highly addictive substance which puts its users at risk of serious harm, far greater than other opioids. Various courts have described fentanyl as a national crisis and the epidemic shows no signs of abating. The time has come for the perception of the gravity of largescale trafficking in fentanyl to accord with the gravity of the crisis it has caused.

Accordingly, heavy penitentiary sentences will be appropriate where offenders have trafficked in large quantities of fentanyl and assumed leadership roles in the trafficking operation. Substantial sentences should be neither unusual nor reserved for exceptional circumstances, and maximum sentences should not be reserved for the abstract case of the worst crime committed in the worst circumstances. Sentencing judges should feel justified, where circumstances warrant, in applying mid-level double digit sentences and, in particularly aggravating circumstances, potential sentences of life imprisonment.

Per Rowe J.: The appeals should be dismissed. There is agreement with Moldaver J. and the additional guidance he provides.

Starting points are not a permissible form of appellate guidance. The starting-point approach is, in theory and in

la société comprend et connaît aujourd'hui de la gravité d'une infraction en particulier et de la culpabilité morale de certains délinquants. La gravité du trafic à grande échelle de fentanyl motivé par le gain personnel commande des peines sévères, allant d'une peine se situant dans la portion médiane des peines d'emprisonnement à deux chiffres jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité. Le trafic de drogues dures entraîne la dépendance, des effets nocifs débilissants sur la santé et la mort par surdose, et il donne lieu à une augmentation de toutes les formes de crimes, perpétrés tant par des individus qui cherchent à se procurer de l'argent pour assouvir leur dépendance que par des organisations criminelles. La plupart de ces activités criminelles sont de nature violente. Une conséquence dévastatrice du trafic des drogues dures est l'impact qu'il a sur les familles et le traumatisme intergénérationnel qu'il provoque. Il inflige à la société un coût important en matière de prestation de soins de santé et de mesures d'application de la loi, sans oublier la perte de productivité.

Le fentanyl a modifié le paysage de la crise de la toxicomanie au Canada. Il crée une forte dépendance qui expose ses consommateurs à des risques graves, bien plus grands que pour les autres opioïdes. Plusieurs tribunaux ont érigé le fentanyl en crise nationale, et l'épidémie ne montre aucun signe d'essoufflement. Il est temps de faire correspondre la perception de la gravité du trafic à grande échelle du fentanyl à la gravité de la crise qu'il a provoquée.

Par conséquent, il convient d'infliger de lourdes peines d'incarcération à purger dans un pénitencier lorsque le délinquant fait le trafic de grandes quantités de fentanyl et joue un rôle de premier plan dans le réseau de trafic de drogue. Les peines sévères ne devraient être ni inhabituelles ni réservées à des circonstances exceptionnelles, et on ne doit pas réserver la peine maximale au scénario abstrait du pire crime commis dans les pires circonstances. Les juges chargés de la détermination de la peine devraient s'estimer autorisés, lorsque les circonstances le justifient, à infliger des peines se situant dans la portion médiane des peines d'emprisonnement à deux chiffres et, en présence de circonstances particulièrement aggravantes, à des peines pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité.

Le juge Rowe : Il y a lieu de rejeter les pourvois. Il y a accord avec le juge Moldaver et les balises supplémentaires qu'il propose.

Les points de départ ne constituent pas une forme acceptable de balise établie par les cours d'appel. La

practice, contrary to Parliament's sentencing regime and the Court's jurisprudence. It undermines the discretion of sentencing judges and departs from the standard of deference required by appellate courts. As a result, it thwarts the imposition of proportionate and individualized sentences. Despite guidance from the Court on numerous prior occasions, the Court of Appeal's approach has remained unchanged. There is only one effective response: to say that starting-point methodology can no longer be used.

As mandated by s. 718.1 of the *Criminal Code*, in all cases, sentences must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. Secondary principles also guide the sentencing process, in particular parity, which requires that similar offenders who commit similar offences in similar circumstances receive similar sentences. In order to produce proportionate sentences, sentencing must be highly individualized. Sentencing judges must determine which objectives of sentencing merit greater weight and evaluate the importance of mitigating or aggravating factors, to best reflect the circumstances of each case. An appellate court can only vary a sentence if it is demonstrably unfit or the sentencing judge made an error in principle that had an impact on the sentence. An appellate court cannot intervene simply because it would have weighed relevant factors and objectives differently.

Starting points are, by their nature, a prescriptive form of appellate guidance, in that they provide a sequence to follow when determining a fit sentence. Their foundational rationale is the idea that appellate courts are institutionally responsible for creating and enforcing a uniform approach to sentencing. The starting-point approach seeks to reduce arbitrariness, disparity and idiosyncratic decision-making in order to maintain public confidence in the administration of justice. The flaw in this rationale is apparent. Variability resulting from individualization is an essential feature of just sentencing, not a problem. Giving effect to Parliament's choice to confer broad discretion on sentencing judges will inevitably produce variation in sentences. Focussing on variability as a problem is inconsistent with the Court's jurisprudence; it also creates or reinforces problems. Jail becomes the norm, starting points become hardened into fixed sentences, and factors

méthode du point de départ est, en théorie et en pratique, contraire au régime de détermination de la peine établi par le Parlement et à la jurisprudence de la Cour. Elle porte atteinte au pouvoir discrétionnaire des juges chargés de déterminer la peine et déroge à la norme de déférence à laquelle sont tenues les cours d'appel. Elle empêche par conséquent les juges d'infliger des peines proportionnées et individualisées. Malgré les orientations fournies à de nombreuses reprises par la Cour, la Cour d'appel n'a pas changé son approche. Il n'y a qu'une seule solution efficace : déclarer que la méthode du point de départ ne peut plus être utilisée.

Comme le prescrit l'art. 718.1 du *Code criminel*, dans tous les cas, la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Des principes secondaires guident eux aussi le processus de détermination de la peine, en particulier la parité, laquelle exige que des délinquants semblables ayant commis des infractions semblables dans des circonstances semblables reçoivent des peines semblables. Pour établir une peine proportionnée, la détermination de la peine se doit d'être une opération éminemment individualisée. Le juge chargé de fixer la peine doit établir quels objectifs de la détermination de la peine méritent qu'on leur accorde plus de poids et évaluer l'importance des circonstances atténuantes ou aggravantes, afin de bien tenir compte des circonstances de l'espèce. Une cour d'appel ne peut modifier une peine que si elle est manifestement non indiquée ou si le juge chargé de déterminer la peine a commis une erreur de principe qui a eu une incidence sur la détermination de la peine. Une cour d'appel ne peut intervenir simplement parce qu'elle aurait attribué un poids différent aux facteurs et aux objectifs pertinents.

Les points de départ sont, de par leur nature, des balises de type prescriptif établies par les cours d'appel, en ce sens qu'ils proposent une démarche à suivre pour fixer une peine juste. Leur raison d'être essentielle est l'idée que les cours d'appel sont chargées, en tant qu'institutions, de créer une approche uniforme en matière de détermination de la peine et de veiller à son application. La méthode du point de départ vise à limiter les décisions arbitraires ou discordantes et les décisions d'espèce afin de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. La faille que comporte ce raisonnement saute aux yeux. La disparité des peines découlant de l'individualisation constitue un trait essentiel de la détermination de la peine juste, et non un problème. Le respect du choix du Parlement de conférer un vaste pouvoir discrétionnaire aux juges chargés de déterminer la peine se traduira inévitablement par la disparité des peines. Le fait de voir la disparité

leading to systemic discrimination are ignored or inadequately dealt with.

The starting-point approach is also grounded in an erroneous view of proportionality. Proportionality is not achieved by ranking of offences and categories of offences. It is achieved through individualized sentencing that takes into account the specific circumstances of both the offender and the offence. The Court of Appeal's approach is dismissive of the value of precedent in achieving proportionality. Finally, the starting-point approach is premised on a misconception of the role of appellate courts. It sees individualization as a threat to the rule of law and requires appellate courts to create and enforce a uniform approach to sentencing. It reverses the logic of deference to sentencing judges and frames appellate courts as being primarily institutionally responsible and capable for sentencing. Starting points shift effective decision-making authority from individual sentencing judges and concentrate that authority in the Court of Appeal.

The starting-point approach also produces practical issues at each of its stages. Setting starting points is a policy-intensive process which the legislature or a statutory body is better suited to conduct. Starting points can operate like judicially-created criminal offences but creating new offences is the exclusive preserve of Parliament. Furthermore, starting points raise procedural fairness concerns. The offender may not have the resources to guide the court in setting a starting point and future offenders do not have the opportunity to challenge the evidence relied on to set starting points. Sentencing requires flexibility to ensure a result that is fit for the offender and for the administration of criminal justice and the starting-point approach does not provide adequate room for such flexibility.

The application of starting points by trial judges is another area in which the starting-point approach is

des peines comme un problème est non seulement incompatible avec la jurisprudence de la Cour, mais contribue également à créer ou à aggraver d'autres problèmes. L'incarcération devient la norme, les points de départ se cristallisent et finissent par devenir des peines fixes, et les facteurs contribuant à la discrimination systémique sont soit ignorés, soit traités de façon inadéquate.

La méthode du point de départ est également fondée sur une conception erronée du principe fondamental de la proportionnalité. On n'atteint pas la proportionnalité par le classement des infractions et des catégories d'infractions. La proportionnalité est assurée grâce à la détermination d'une peine individualisée qui tient compte de la situation particulière du délinquant et des circonstances particulières de l'infraction. L'approche de la Cour d'appel ne tient pas compte de la valeur des précédents pour assurer la proportionnalité. Enfin, la méthode du point de départ est fondée sur une conception erronée du rôle que jouent les cours d'appel. Elle perçoit l'individualisation comme une menace à la primauté du droit et elle oblige les cours d'appel à élaborer une approche uniforme en matière de détermination de la peine et à en assurer l'application. Elle heurte de front le principe de la déférence dont il convient de faire preuve à l'égard des juges chargés de déterminer la peine et elle part du principe que ce sont les cours d'appel à qui il incombe et sied au premier chef de déterminer la peine. Les points de départ déplacent le pouvoir décisionnel effectif conféré aux juges chargés de déterminer la peine pour le concentrer entre les mains de la Cour d'appel.

La méthode du point de départ pose aussi des problèmes d'ordre pratique à chacune de ses étapes. L'établissement de points de départ est un processus qui requiert des discussions de politique d'intérêt général qu'un législateur ou un organisme créé par la loi est mieux à même de mener. Les points de départ risquent de faire office d'infractions criminelles créées par les tribunaux, mais la création de nouvelles infractions relève exclusivement du Parlement. En outre, les points de départ soulèvent des enjeux d'équité procédurale. Le délinquant ne dispose peut-être pas des ressources nécessaires pour aider le tribunal à fixer un point de départ, et les délinquants à venir n'ont pas la possibilité de contester les preuves utilisées pour fixer des points de départ. La détermination de la peine nécessite de la souplesse pour s'assurer d'infliger une peine qui est adaptée au délinquant et qui convient à l'administration de la justice pénale, et la méthode du point de départ ne permet pas une telle souplesse.

L'application des points de départ par le juge du procès est un autre aspect de la méthode du point de départ qui

inconsistent with the principles of sentencing. Sentencing judges have less discretion to fully consider all relevant circumstances and are less likely to arrive at individualized and proportionate sentences. Starting points overemphasize deterrence and denunciation. They are defined solely in relation to the gravity of the offence. Moral blameworthiness and personal characteristics are secondary considerations. This is a methodological problem because the gravity of the offence and moral blameworthiness must be considered in an integrated manner to achieve proportionate sentences. Sentencing judges using a presumptive sentence do not follow a truly individualized process. Building in some factors to the starting point effectively prescribes the weight to be given to these factors, displacing the sentencing judges' discretion to determine their weight. Under the starting-point approach, categorization is pivotal, and this improperly shifts the main focus from whether a sentence is just and appropriate to which judicially-created category applies. The starting-point approach also bunches sentences around a median. This clustering effect is antithetical to individualization. Starting points are often established to emphasize deterrence and denunciation and to ensure more retributive punishment. This runs contrary to the objectives of reducing prison as a sanction and expanding use of restorative justice principles. As well, starting points make it more difficult for judges to give adequate weight to restorative justice principles because they are designed to be easy to move up and hard to move down. They explicitly or implicitly foreclose reliance on multiple mitigating factors, which risks overlooking lower, appropriate sentences.

In addition, starting points are incompatible with Parliament's direction for sentencing Aboriginal offenders. *Gladue* requires sentencing judges to undertake sentencing of Aboriginal offenders individually and differently, taking into account systemic and background factors that bear on the culpability of the offender and the types of sanctions which might be appropriate because of the offender's Aboriginal heritage or connection. Methodologically, it would be an error to determine an appropriate sentence for Aboriginal offenders by reference to a typical

est incompatible avec les principes de la détermination de la peine. Les juges chargés de déterminer la peine disposent d'un pouvoir discrétionnaire moins étendu pour tenir compte de l'ensemble des circonstances pertinentes, de sorte qu'ils sont moins susceptibles de prononcer des peines individualisées et proportionnées. Les points de départ insistent trop sur la dissuasion et la dénonciation. Ils sont définis uniquement en regard de la gravité de l'infraction. La culpabilité morale et les caractéristiques personnelles sont des facteurs secondaires. Il s'agit là d'un problème méthodologique, car la gravité de l'infraction et la culpabilité morale doivent être examinées dans le cadre d'une analyse intégrée si l'on veut obtenir une peine proportionnée. Les juges chargés de la détermination de la peine qui appliquent une peine de base ne suivent pas un processus véritablement individualisé. En intégrant certains facteurs au point de départ, on prescrit effectivement le poids que doivent accorder à ces facteurs les juges chargés de déterminer la peine, écartant ainsi leur pouvoir discrétionnaire d'en établir le poids. Dans la méthode du point de départ, l'établissement de catégories joue un rôle capital, et le point de mire cesse à tort d'être la question de savoir si la peine est juste et adaptée au délinquant, et il s'agit plutôt de savoir quelle catégorie d'origine judiciaire s'applique. La méthode du point de départ regroupe aussi les peines autour d'une médiane. Cet effet d'agglutination est l'antithèse de l'individualisation. Les points de départ sont souvent fixés pour insister sur la dissuasion et la dénonciation, et pour assurer l'infliction de sanctions plus punitives. Ceci va à l'encontre des objectifs de réduire le recours à l'emprisonnement comme sanction et d'élargir l'application des principes de justice corrective. De plus, les points de départ font en sorte qu'il est plus difficile pour les juges d'accorder le poids qu'il convient aux principes de la justice corrective parce que les points de départ sont conçus de manière à ce qu'il soit facile de les rajuster à la hausse et difficile de les rajuster à la baisse. Ils excluent explicitement ou implicitement la prise en compte d'une foule de circonstances atténuantes, ce qui crée le risque de faire l'impasse sur des peines appropriées moins sévères.

En outre, les points de départ sont incompatibles avec les directives données par le Parlement en matière de détermination de la peine pour les délinquants autochtones. L'arrêt *Gladue* impose aux juges l'obligation d'aborder la détermination de la peine à infliger à des délinquants autochtones d'une façon individualisée et différente en tenant compte des facteurs systémiques et historiques pouvant influencer sur la culpabilité du délinquant et des types de sanctions qui peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou de ses attaches.

non-Aboriginal offender and the starting-point approach is contrary to Parliament's direction to take into account the unique circumstances of Aboriginal offenders.

Finally, starting points are aggressively enforced by appellate courts. The Court of Appeal of Alberta continues to rely on starting points to circumvent the settled standard of appellate sentencing review. Sentencing judges are not free to ignore starting points and failure to place an offence within the correct category is considered reviewable error. The time is past due to deal decisively with the methodological problems inherent in starting points. Those flaws are structural. They cannot be cured by repeating exhortations relating to the standard of review. The only effective response is to say that the starting-point methodology should no longer be used.

Per Abella and Karakatsanis JJ. (dissenting): There is agreement with Brown and Martin JJ. that starting points are a permissible form of appellate sentencing guidance, provided that they are not used to curtail the highly deferential sentencing standard of appellate review. However, both appeals should be allowed and the original sentences should be restored. The Court of Appeal did not act with restraint and deference. Neither trial judge made an error in principle nor was either sentence demonstrably unfit. Both trial judges appreciated the very grave nature of the offences and reasonably exercised their discretion to place great weight on mitigating factors and rehabilitative sentencing principles. It was not open to the Court of Appeal to reweigh those factors or to second-guess those principles.

The principles of appellate sentencing review are well-settled. Appellate courts can only intervene if the trial judge has erred in principle in a way that impacted the sentence or if the sentence was demonstrably unfit. A trial judge has not erred in principle simply because the appeal court would have weighed the relevant sentencing factors differently. A sentencing judge has discretion over which sentencing objectives to prioritize and which sentencing range is applicable in any given case. An appellate court

Du point de vue méthodologique, ce serait une erreur de déterminer la peine appropriée pour un délinquant autochtone en se référant au délinquant type non autochtone, et la méthode du point de départ va à l'encontre des directives données par le Parlement de tenir compte de la situation unique des délinquants autochtones.

Enfin, les cours d'appel veillent agressivement à l'application des points de départ. La Cour d'appel de l'Alberta continue de se fonder sur les points de départ pour contourner la norme établie de contrôle des peines en appel. Il n'est pas loisible aux juges chargés de déterminer la peine d'ignorer les points de départ, et l'omission de faire relever une infraction de la bonne catégorie est considérée comme une erreur susceptible de contrôle. Il est plus que temps de régler définitivement les problèmes méthodologiques que comportent les points de départ. Ces lacunes sont structurelles. On ne peut y remédier en répétant des exhortations relatives au respect de la norme de contrôle. La seule solution efficace au problème consiste à déclarer que la méthode du point de départ ne devrait plus être utilisée.

Les juges Abella et Karakatsanis (dissidentes) : Il y a accord avec les juges Brown et Martin pour dire que les points de départ constituent un type d'indications valables données par les juridictions d'appel pour la détermination de la peine, à condition que leur utilisation ne compromette pas la norme de contrôle en matière de détermination de la peine qui oblige les juridictions d'appel à faire preuve d'un degré élevé de déférence. Il convient toutefois d'accueillir les deux pourvois et de rétablir les peines initiales infligées. La Cour d'appel n'a pas agi avec modération et déférence. Ni l'un ni l'autre des juges du procès n'a commis d'erreur de principe ou prononcé de peine manifestement non indiquée. Les juges du procès étaient tous deux conscients de la nature très grave des infractions, et ils ont exercé raisonnablement leur pouvoir discrétionnaire en accordant beaucoup de poids aux circonstances atténuantes et aux principes relatifs à la réinsertion sociale des délinquants. Il n'était pas loisible à la Cour d'appel de soupeser de nouveau ces facteurs ou de remettre en question ces principes.

Les principes régissant le contrôle en appel des peines sont bien établis. Les cours d'appel ne peuvent intervenir que si le juge du procès a commis une erreur de principe ayant une incidence sur la détermination de la peine ou si la peine était manifestement non indiquée. Le juge du procès ne commet pas d'erreur de principe simplement parce que la cour d'appel aurait attribué un poids différent aux facteurs pertinents en matière de détermination de la peine. Le juge chargé de déterminer la peine a le

cannot intervene just because it would have used a different range. Even if an error in principle is found, deference must be shown unless the error impacted the sentence. In the absence of any errors in principle that impacted the sentence, an appellate court can only intervene if the sentence is demonstrably unfit, meaning that it constitutes an unreasonable departure from the fundamental principle that a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. A sentence is not demonstrably unfit simply because it falls outside of a particular sentencing range or there is significant deviation from a starting point. Whether a sentence is demonstrably unfit is a qualitative rather than a quantitative assessment. What matters is whether the trial judge imposed a proportionate sentence by reasonably appreciating the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender in the specific circumstances of the case.

The Court of Appeal was not justified in intervening in either F or P's case. None of the purported errors in principle are borne out on a fair reading of the trial reasons. It cannot be said that F's trial judge took such a lenient view of wholesale fentanyl trafficking or minimized F's culpability to such a degree that the sentence was an unreasonable departure from the proportionality principle. The trial judge considered placing F within a range of five to nine and a half years but did not do so as this would not give appropriate weight to mitigating factors. The trial judge found multiple strong mitigating factors, including F's extremely promising prospects of rehabilitation. It was not open to the Court of Appeal to reweigh these factors. The trial judge made no errors in principle that impacted the sentence. In P's case, the trial judge's initial notional sentence of 15 years represents an appropriately grave view of grave offences. The Court of Appeal took issue with the trial judge's use of three mitigating factors: P's lack of knowledge of the harms of fentanyl, P's addiction and P's Métis heritage. In the absence of palpable and overriding error, the Court of Appeal was not entitled to disagree and all three critiques impermissibly intruded upon the trial judge's factual findings. The Court of Appeal also took issue with the trial judge's totality analysis. However, totality is a sentencing principle. Different judges may have approached totality differently but that does not mean the

pouvoir discrétionnaire de décider quels objectifs de la détermination de la peine il entend privilégier et quelle fourchette de peines s'applique dans un cas donné. Une cour d'appel ne peut intervenir simplement parce qu'elle aurait employé une autre fourchette de peines. Même si elle constate une erreur de principe, la cour d'appel doit faire preuve de déférence à l'égard de la peine qui a été infligée à moins que l'erreur de principe n'ait eu une incidence sur cette peine. À défaut d'erreur de principe ayant une incidence sur la peine, la cour d'appel ne peut intervenir que si la peine infligée est manifestement non indiquée, ce qui signifie qu'elle déroge de manière déraisonnable au principe fondamental selon lequel la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Une peine n'est pas manifestement non indiquée simplement parce qu'elle ne relève pas d'une fourchette de peines particulière ou qu'il y a un écart important par rapport à un point de départ. La réponse à la question de savoir si la peine est manifestement non indiquée relève d'une appréciation qualitative plutôt que quantitative. Ce qui importe, c'est de savoir si le juge du procès a infligé une peine proportionnée en appréciant raisonnablement la gravité de l'infraction, le degré de responsabilité du délinquant et les circonstances particulières de l'espèce.

La Cour d'appel n'était pas justifiée d'intervenir dans le cas de F ou dans celui de P. Une lecture objective des motifs de première instance ne permet de confirmer aucune des présumées erreurs de principe. On ne peut dire que le juge ayant présidé le procès de F s'est montré si indulgent à l'égard du trafic de fentanyl à grande échelle ou qu'il a minimisé la culpabilité de F à un point tel que la peine dérogeait de façon déraisonnable au principe de la proportionnalité. Le juge du procès a envisagé la possibilité de faire relever F d'une fourchette de peines de cinq à neuf ans et demi d'emprisonnement, mais a écarté cette éventualité au motif que l'on n'accorderait ainsi pas le poids approprié aux circonstances atténuantes. Le juge du procès a constaté l'existence d'un grand nombre de circonstances atténuantes solides, notamment le potentiel de réinsertion sociale extrêmement prometteur de F. Il n'était pas loisible à la Cour d'appel de soupeser à nouveau ces circonstances. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur de principe ayant eu une incidence sur la peine. Dans le cas de P, la peine théorique initiale de 15 ans retenue par le juge du procès montre qu'il a bien saisi la gravité des infractions. La Cour d'appel a reproché au juge du procès d'avoir tenu compte des trois circonstances atténuantes suivantes : le manque de connaissance de P quant aux méfaits du fentanyl, la toxicomanie de P et son héritage métis. À défaut d'erreur manifeste et déterminante, la Cour

trial judge erred. The trial judge did not err in principle and P's sentence was not demonstrably unfit.

Cases Cited

By Brown and Martin JJ.

Disapproved: *R. v. Arcand*, 2010 ABCA 363, 40 Alta. L.R. (5th) 199; **referred to:** *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Williams*, 2019 BCCA 295; *R. v. Sandercock* (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 265; *R. v. Smith*, 2019 SKCA 100, 382 C.C.C. (3d) 455; *R. v. Brennan and Jensen* (1975), 11 N.S.R. (2d) 84; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. Hajar*, 2016 ABCA 222, 39 Alta. L.R. (6th) 209; *R. v. McCowan*, 2010 MBCA 45, 251 Man. R. (2d) 295; *R. v. Lemaigre*, 2018 SKCA 47; *R. v. Smith*, 2017 BCCA 112; *R. v. Nur*, 2011 ONSC 4874, 275 C.C.C. (3d) 330; *R. v. H. (C.N.)* (2002), 62 O.R. (3d) 564; *R. v. Voong*, 2015 BCCA 285, 374 B.C.A.C. 166; *R. v. Cunningham* (1996), 27 O.R. (3d) 786; *R. v. Wright* (2006), 83 O.R. (3d) 427; *R. v. Melnyk*, 2014 ABCA 313, 580 A.R. 389; *R. v. Suter*, 2018 SCC 34, [2018] 2 S.C.R. 496; *R. v. L.F.W.*, 2000 SCC 6, [2000] 1 S.C.R. 132; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; *R. v. Johnas* (1982), 41 A.R. 183; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Burnett*, 2017 MBCA 122, 358 C.C.C. (3d) 123; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Stewart*, 2021 ABCA 79, 21 Alta. L.R. (7th) 213; *R. v. Gandour*, 2018 ABCA 238, 73 Alta. L.R. (6th) 26; *R. v. Sidwell*, 2015 MBCA 56, 319 Man. R. (2d) 144; *R. v. Okimaw*, 2016 ABCA 246, 340 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Kain*, 2004 ABCA 127, 35 Alta. L.R. (4th) 5; *R. v. Skani*, 2002 ABQB 1097, 331 A.R. 50; *R. v. Paul*, 2016 ABPC 113; *R. v. Matwiy* (1996), 178 A.R. 356; *R. v. Beardy*, 2017 MBPC 32, aff'd 2018 MBCA 52; *R. v. Park*, 2016 MBCA 107, 343 C.C.C. (3d) 347; *R. v. Swampy*, 2017 ABCA 134, 50 Alta. L.R. (6th) 240; *R. v. Bird*, 2021 ABCA 243; *R. v. Drake* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 220; *R. v. Sanatkar* (1981), 64 C.C.C. (2d) 325; *R. v. Leach*, 2019 BCCA 451; *R. v. Sinclair*, 2016 ONCA

d'appel n'avait pas le droit d'exprimer son désaccord, et ces trois reproches constituaient une ingérence injustifiée dans les conclusions de fait du juge du procès. La Cour d'appel a également critiqué l'analyse que le juge du procès avait faite du principe de totalité. La totalité est toutefois un principe de détermination de la peine. Des juges différents auraient pu aborder différemment le principe de totalité, mais il ne s'ensuit pas pour autant que le juge du procès a fait erreur. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur de principe, et la peine de P n'était pas manifestement non indiquée.

Jurisprudence

Citée par les juges Brown et Martin

Arrêt désapprouvé : *R. c. Arcand*, 2010 ABCA 363, 40 Alta. L.R. (5th) 199; **arrêts mentionnés :** *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Williams*, 2019 BCCA 295; *R. c. Sandercock* (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 265; *R. c. Smith*, 2019 SKCA 100, 382 C.C.C. (3d) 455; *R. c. Brennan and Jensen* (1975), 11 N.S.R. (2d) 84; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. Hajar*, 2016 ABCA 222, 39 Alta. L.R. (6th) 209; *R. c. McCowan*, 2010 MBCA 45, 251 Man. R. (2d) 295; *R. c. Lemaigre*, 2018 SKCA 47; *R. v. Smith*, 2017 BCCA 112; *R. v. Nur*, 2011 ONSC 4874, 275 C.C.C. (3d) 330; *R. c. H. (C.N.)* (2002), 62 O.R. (3d) 564; *R. c. Voong*, 2015 BCCA 285, 374 B.C.A.C. 166; *R. c. Cunningham* (1996), 27 O.R. (3d) 786; *R. c. Wright* (2006), 83 O.R. (3d) 427; *R. c. Melnyk*, 2014 ABCA 313, 580 A.R. 389; *R. c. Suter*, 2018 CSC 34, [2018] 2 R.C.S. 496; *R. c. L.F.W.*, 2000 CSC 6, [2000] 1 R.C.S. 132; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; *R. c. Johnas* (1982), 41 A.R. 183; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Burnett*, 2017 MBCA 122, 358 C.C.C. (3d) 123; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Stewart*, 2021 ABCA 79, 21 Alta. L.R. (7th) 213; *R. c. Gandour*, 2018 ABCA 238, 73 Alta. L.R. (6th) 26; *R. c. Sidwell*, 2015 MBCA 56, 319 Man. R. (2d) 144; *R. c. Okimaw*, 2016 ABCA 246, 340 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Kain*, 2004 ABCA 127, 35 Alta. L.R. (4th) 5; *R. c. Skani*, 2002 ABQB 1097, 331 A.R. 50; *R. c. Paul*, 2016 ABPC 113; *R. c. Matwiy* (1996), 178 A.R. 356; *R. c. Beardy*, 2017 MBPC 32, conf. par 2018 MBCA 52; *R. c. Park*, 2016 MBCA 107, 343 C.C.C. (3d) 347; *R. c. Swampy*, 2017 ABCA 134, 50 Alta. L.R. (6th) 240; *R. c. Bird*, 2021 ABCA 243; *R. c. Drake* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 220; *R. c. Sanatkar* (1981), 64 C.C.C. (2d) 325; *R. c. Leach*, 2019 BCCA 451;

683; *R. v. Solano-Santana*, 2018 ONSC 3345; *R. v. White*, 2020 NSCA 33, 387 C.C.C. (3d) 106; *R. v. Borris*, 2017 NBQB 253; *R. v. Sidhu*, C.J. Ontario, No. 17-821, June 16, 2017, aff'd 2019 ONCA 880; *R. v. Petrowski*, 2020 MBCA 78, 393 C.C.C. (3d) 102; *R. v. Vezina*, 2017 ONCJ 775; *R. v. Mai*, [2017] O.J. No. 7248; *R. v. Fuller*, 2019 ONCJ 643; *R. v. M.M.A.*, 2018 ABQB 250; *R. v. Adams*, 2018 ABPC 82; *R. v. Dube*, 2017 NWTSC 77; *R. v. Aujla*, 2016 ABPC 272.

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Profeit*, 2009 YKTC 39; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Bains*, 2015 ONCA 677, 127 O.R. (3d) 545; *R. v. Athwal*, 2017 ONCA 222; *R. v. Chukwu*, 2016 SKCA 6, 472 Sask. R. 241; *R. v. Dritsas*, 2015 MBCA 19, 315 Man. R. (2d) 205; *R. v. Smith*, 2016 BCSC 2148, 363 C.R.R. (2d) 365; *R. v. Joumaa*, 2018 ONSC 317; *R. v. Smith*, 2017 BCCA 112; *R. v. Vezina*, 2017 ONCJ 775; *R. v. Aujla*, 2016 ABPC 272; *R. v. Loor*, 2017 ONCA 696; *R. v. Frazer*, 2017 ABPC 116, 58 Alta. L.R. (6th) 185; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163.

By Rowe J.

Referred to: *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *R. v. Arcand*, 2010 ABCA 363, 40 Alta. L.R. (5th) 199; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Willaert*, [1953] O.R. 282; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; *R. v. Suter*, 2018 SCC 34, [2018] 2 S.C.R. 496; *R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *Calderon v. R.*, 2015 QCCA 1573; *Ferland v. R.*, 2009 QCCA 1168, [2009] R.J.Q. 1675; *R. v. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79; *R. v. Lee*, 2012 ABCA 17, 58 Alta. L.R. (5th) 30; *R. v. Gashikanyi*, 2017 ABCA 194, 53 Alta. L.R. (6th) 11; *R. v. D.S.C.*, 2018 ABCA 335, [2019] 3 W.W.R. 259; *R. v. Lafrance* (1993), 59 Q.A.C. 213; *R. v. Hajar*, 2016 ABCA 222, 39 Alta. L.R. (6th) 209; *R. v. M. (B.S.)*, 2011 ABCA 105, 44 Alta. L.R. (5th) 240; *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Bjornson*, 2012 ABCA 230, 536 A.R. 1; *R. v. Maskill* (1981), 29 A.R.

R. c. Sinclair, 2016 ONCA 683; *R. c. Solano-Santana*, 2018 ONSC 3345; *R. c. White*, 2020 NSCA 33, 387 C.C.C. (3d) 106; *R. c. Borris*, 2017 NBQB 253; *R. c. Sidhu*, C.J. Ontario, No. 17-821, June 16, 2017, aff'd 2019 ONCA 880; *R. c. Petrowski*, 2020 MBCA 78, 393 C.C.C. (3d) 102; *R. c. Vezina*, 2017 ONCJ 775; *R. c. Mai*, [2017] O.J. No. 7248; *R. c. Fuller*, 2019 ONCJ 643; *R. c. M.M.A.*, 2018 ABQB 250; *R. c. Adams*, 2018 ABPC 82; *R. c. Dube*, 2017 NWTSC 77; *R. c. Aujla*, 2016 ABPC 272.

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Profeit*, 2009 YKTC 39; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Bains*, 2015 ONCA 677, 127 O.R. (3d) 545; *R. c. Athwal*, 2017 ONCA 222; *R. c. Chukwu*, 2016 SKCA 6, 472 Sask. R. 241; *R. c. Dritsas*, 2015 MBCA 19, 315 Man. R. (2d) 205; *R. c. Smith*, 2016 BCSC 2148, 363 C.R.R. (2d) 365; *R. c. Joumaa*, 2018 ONSC 317; *R. c. Smith*, 2017 BCCA 112; *R. c. Vezina*, 2017 ONCJ 775; *R. c. Aujla*, 2016 ABPC 272; *R. c. Loor*, 2017 ONCA 696; *R. c. Frazer*, 2017 ABPC 116, 58 Alta. L.R. (6th) 185; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163.

Citée par le juge Rowe

Arrêts mentionnés : *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *R. c. Arcand*, 2010 ABCA 363, 40 Alta. L.R. (5th) 199; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Willaert*, [1953] O.R. 282; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; *R. c. Suter*, 2018 CSC 34, [2018] 2 R.C.S. 496; *R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *Calderon c. R.*, 2015 QCCA 1573; *Ferland c. R.*, 2009 QCCA 1168, [2009] R.J.Q. 1675; *R. c. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79; *R. c. Lee*, 2012 ABCA 17, 58 Alta. L.R. (5th) 30; *R. c. Gashikanyi*, 2017 ABCA 194, 53 Alta. L.R. (6th) 11; *R. c. D.S.C.*, 2018 ABCA 335, [2019] 3 W.W.R. 259; *R. c. Lafrance* (1993), 59 Q.A.C. 213; *R. c. Hajar*, 2016 ABCA 222, 39 Alta. L.R. (6th) 209; *R. c. M. (B.S.)*, 2011 ABCA 105, 44 Alta. L.R. (5th) 240; *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *R. c. Bjornson*, 2012 ABCA 230, 536 A.R.

107; *R. v. Melnyk*, 2014 ABCA 313, 580 A.R. 389; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *R. v. Chouhan*, 2021 SCC 26, [2021] 2 S.C.R. 136; *R. v. Hotchen*, 2021 ABCA 119, 22 Alta. L.R. (7th) 64; *R. v. Johnas* (1982), 41 A.R. 183; *R. v. Matwiy* (1996), 178 A.R. 356; *R. v. Wright* (2006), 83 O.R. (3d) 427; *R. v. Agin*, 2018 BCCA 133, 361 C.C.C. (3d) 258; *R. v. W. (C.W.)* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 208; *R. v. H. (C.N.)* (2002), 62 O.R. (3d) 564; *R. v. Voong*, 2015 BCCA 285, 374 B.C.A.C. 166; *R. v. Cunningham* (1996), 104 C.C.C. (3d) 542; *R. v. Rahime*, 2001 ABCA 203, 95 Alta. L.R. (3d) 237; *R. v. Ma*, 2003 ABCA 220, 23 Alta. L.R. (4th) 14; *R. v. Corbiere*, 2017 ABCA 164, 53 Alta. L.R. (6th) 1; *R. v. Giroux*, 2018 ABCA 56, 68 Alta. L.R. (6th) 21; *R. v. L'Hirondelle*, 2018 ABCA 33; *R. v. Melnyk*, 2014 ABCA 344, 584 A.R. 238; *R. v. Godfrey*, 2018 ABCA 369, 77 Alta. L.R. (6th) 213; *R. v. Zawahra*, 2016 QCCA 871; *R. v. Sprague* (1974), 19 C.C.C. (2d) 513; *R. v. Wilson*, 2009 ABCA 257, 9 Alta. L.R. (5th) 283; *R. v. Huskins*, 2018 ABPC 227; *R. v. Soosay*, 2017 ABQB 478; *R. v. Ilesic*, 2000 ABCA 254, 89 Alta. L.R. (3d) 299; *R. v. Innes*, 2012 ABCA 283; *R. v. Reddekopp*, 2018 ABCA 399, 79 Alta. L.R. (6th) 215; *R. v. J.A.S.*, 2019 ABCA 376; *R. v. Moriarty*, 2016 ABPC 25, 34 Alta. L.R. (6th) 110; *R. v. Boriskewich*, 2017 ABPC 202, 62 Alta. L.R. (6th) 194; *R. v. Wakefield*, 2020 ABCA 352; *R. v. Roberts*, 2020 ABCA 434, 17 Alta. L.R. (7th) 255; *R. v. Morton*, 2021 ABCA 29; *R. v. Tran*, 2010 ABCA 317, 490 A.R. 229; *R. v. G.B.*, 2013 ABCA 93, 544 A.R. 127; *R. v. Brodt*, 2016 ABCA 373, 46 Alta. L.R. (6th) 213.

By Karakatsanis J. (dissenting)

R. v. Lacasse, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Rules of Court, A.R. 124/2010, r. 16.27.
Body Armour Control Act, S.A. 2010, c. B-4.8.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 5(1), (2), (3)(a), 10(1), (2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 9(a), 95, 117.01(1), 145(3), 687, Part XXIII, 718 to 718.2 [repl. 1995, c. 22, s. 6], 718.3(1), 726.2.

1; *R. c. Maskill* (1981), 29 A.R. 107; *R. c. Melnyk*, 2014 ABCA 313, 580 A.R. 389; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *R. c. Chouhan*, 2021 CSC 26, [2021] 2 R.C.S. 136; *R. c. Hotchen*, 2021 ABCA 119, 22 Alta. L.R. (7th) 64; *R. c. Johnas* (1982), 41 A.R. 183; *R. c. Matwiy* (1996), 178 A.R. 356; *R. c. Wright* (2006), 83 O.R. (3d) 427; *R. c. Agin*, 2018 BCCA 133, 361 C.C.C. (3d) 258; *R. c. W. (C.W.)* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 208; *R. c. H. (C.N.)* (2002), 62 O.R. (3d) 564; *R. c. Voong*, 2015 BCCA 285, 374 B.C.A.C. 166; *R. c. Cunningham* (1996), 104 C.C.C. (3d) 542; *R. c. Rahime*, 2001 ABCA 203, 95 Alta. L.R. (3d) 237; *R. c. Ma*, 2003 ABCA 220, 23 Alta. L.R. (4th) 14; *R. c. Corbiere*, 2017 ABCA 164, 53 Alta. L.R. (6th) 1; *R. c. Giroux*, 2018 ABCA 56, 68 Alta. L.R. (6th) 21; *R. c. L'Hirondelle*, 2018 ABCA 33; *R. c. Melnyk*, 2014 ABCA 344, 584 A.R. 238; *R. c. Godfrey*, 2018 ABCA 369, 77 Alta. L.R. (6th) 213; *R. c. Zawahra*, 2016 QCCA 871; *R. c. Sprague* (1974), 19 C.C.C. (2d) 513; *R. c. Wilson*, 2009 ABCA 257, 9 Alta. L.R. (5th) 283; *R. c. Huskins*, 2018 ABPC 227; *R. c. Soosay*, 2017 ABQB 478; *R. c. Ilesic*, 2000 ABCA 254, 89 Alta. L.R. (3d) 299; *R. c. Innes*, 2012 ABCA 283; *R. c. Reddekopp*, 2018 ABCA 399, 79 Alta. L.R. (6th) 215; *R. c. J.A.S.*, 2019 ABCA 376; *R. c. Moriarty*, 2016 ABPC 25, 34 Alta. L.R. (6th) 110; *R. c. Boriskewich*, 2017 ABPC 202, 62 Alta. L.R. (6th) 194; *R. c. Wakefield*, 2020 ABCA 352; *R. c. Roberts*, 2020 ABCA 434, 17 Alta. L.R. (7th) 255; *R. c. Morton*, 2021 ABCA 29; *R. c. Tran*, 2010 ABCA 317, 490 A.R. 229; *R. c. G.B.*, 2013 ABCA 93, 544 A.R. 127; *R. c. Brodt*, 2016 ABCA 373, 46 Alta. L.R. (6th) 213.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

R. c. Lacasse, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, A.R. 124/2010, règle 16.27.
Body Armour Control Act, S.A. 2010, c. B-4.8.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 9a), 95, 117.01(1), 145(3), 687(1), Partie XXIII, 718 à 718.2 [repl. 1995, c. 22, art. 6], 718.3(1), 726.2.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 5(1), (2), (3)a), 10(1), (2).

Authors Cited

- Ashworth, Andrew, and Julian V. Roberts. “The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales”, in Andrew Ashworth and Julian V. Roberts, eds., *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*. New York: Oxford University Press, 2013, 1.
- Barnard, Marina. *Drug Addiction and Families*. London: Jessica Kingsley Publishers, 2007.
- Belzak, Lisa, and Jessica Halverson. “The opioid crisis in Canada: a national perspective” (2018), 38 *H.P.C.D.P.C.* 224.
- Bennett, Mark W. “Confronting Cognitive ‘Anchoring Effect’ and ‘Blind Spot’ Biases in Federal Sentencing: A Modest Solution for Reforming a Fundamental Flaw” (2014), 104 *J. Crim. L. & Criminology* 489.
- Bloos, Marvin R., and Michael C. Plaxton. “Starting-Point Sentencing and the Application of *Laberge* In Unlawful Act Manslaughter Cases” (2003), 6 *C.R.* (6th) 346.
- Bloos, Marvin R., and Wayne N. Renke. “Stopping Starting Points: *R. v. McDonnell*” (1997), 35 *Alta. L. Rev.* 795.
- Brown, Graeme. *Criminal Sentencing as Practical Wisdom*. Protland, Or.: Hart, 2017.
- Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa, 1987.
- Canada. Statistic Canada. *Table 35-10-0069-01 — Number of homicide victims, by method used to commit the homicide*, July 27, 2021 (online: <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tb11/en/tv.action?pid=3510006901>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC46_1_eng.pdf).
- Canadian Substance Use Costs and Harms Scientific Working Group. *Canadian Substance Use Costs and Harms 2015–2017*. Prepared by the Canadian Institute for Substance Use Research and the Canadian Centre on Substance Use and Addiction. Ottawa: Canadian Centre on Substance Use and Addiction, 2020.
- Crystal, Michael A. “Are the Days of Range Sentencing and Starting Points Numbered? The Cases of *R. v. Felix* and *R. v. Parranto*” (2021), 15 *J.P.P.L.* 125.
- Desrosiers, Julie, et Hugues Parent. “Principes”, dans *JurisClasseur Québec — Collection droit pénal — Droit pénal général*, par Marie-Pierre Robert et Simon Roy, dir. Montréal: LexisNexis, 2013, fascicule 20 (feuilles mobiles mises à jour mars 2021, envoi n° 14).
- Doob, Anthony N. “The Unfinished Work of the Canadian Sentencing Commission” (2011), 53 *C.J.C.C.J.* 279.
- Government of Canada. *Federal actions on opioids to date*, June 2021 (online: <https://www.canada.ca/content/dam/hc-sc/documents/services/substance-use/problematic-prescription-drug-use/opioids/responding-ca>

Doctrine et autres documents cités

- Ashworth, Andrew, and Julian V. Roberts. « The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales », in Andrew Ashworth and Julian V. Roberts, eds., *Sentencing Guidelines : Exploring the English Model*, New York, Oxford University Press, 2013, 1.
- Barnard, Marina. *Drug Addiction and Families*, London, Jessica Kingsley Publishers, 2007.
- Belzak, Lisa, et Jessica Halverson. « La crise des opioïdes au Canada : une perspective nationale » (2018), 38 *P.S.P.M.C.C.* 255.
- Bennett, Mark W. « Confronting Cognitive “Anchoring Effect” and “Blind Spot” Biases in Federal Sentencing : A Modest Solution for Reforming a Fundamental Flaw » (2014), 104 *J. Crim. L. & Criminology* 489.
- Bloos, Marvin R., and Michael C. Plaxton. « Starting-Point Sentencing and the Application of *Laberge* In Unlawful Act Manslaughter Cases » (2003), 6 *C.R.* (6th) 346.
- Bloos, Marvin R., and Wayne N. Renke. « Stopping Starting Points : *R. v. McDonnell* » (1997), 35 *Alta. L. Rev.* 795.
- Brown, Graeme. *Criminal Sentencing as Practical Wisdom*, Protland (Or.), Hart, 2017.
- Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence : une approche canadienne*, Ottawa, 1987.
- Canada. Statistique Canada. *Tableau 35-10-0069-01 — Nombre de victimes d’homicide, selon la méthode utilisée pour commettre l’homicide*, 27 juillet 2021 (en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tb11/fr/tv.action?pid=3510006901>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC46_1_fra.pdf).
- Comité consultatif spécial sur l’épidémie de surdoses d’opioïdes. *Méfais associés aux opioïdes et aux stimulants au Canada*, Ottawa, Agence de la santé publique du Canada, septembre 2021 (en ligne : <https://sante-infobase.canada.ca/mefaits-associes-aux-substances/opioides-stimulants>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC46_3_fra.pdf).
- Crystal, Michael A. « Are the Days of Range Sentencing and Starting Points Numbered? The Cases of *R. v. Felix* and *R. v. Parranto* » (2021), 15 *R.D.P.P.* 125.
- Desrosiers, Julie, et Hugues Parent. « Principes », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit pénal — Droit pénal général*, par Marie-Pierre Robert et Simon Roy, dir., Montréal, LexisNexis, 2013, fascicule 20 (feuilles mobiles mises à jour mars 2021, envoi n° 14).
- Doob, Anthony N. « The Unfinished Work of the Canadian Sentencing Commission » (2011), 53 *R.C.C.J.P.* 279.

- nada-opioid-crisis/federal-actions/federal-action-opioids-to-date-dec-eng.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC46_2_eng.pdf).
- Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski and Andrew J. Wistrich. "Inside the Judicial Mind" (2001), 86 *Cornell L. Rev.* 777.
- Healy, Patrick. "Sentencing from There to Here and from Then to Now" (2013), 17 *Can. Crim. L.R.* 291.
- Hrymak, Haley. "A Bad Deal: British Columbia's Emphasis on Deterrence and Increasing Prison Sentences for Street-Level Fentanyl Traffickers" (2018), 41 *Man. L.J.* 149.
- Isaacs, Daniel M. "Baseline Framing in Sentencing" (2011), 121 *Yale L.J.* 426.
- Manson, Allan. "McDonnell and the Methodology of Sentencing" (1997), 6 *C.R.* (5th) 277.
- Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- Manson, Allan, et al. *Sentencing and Penal Policy in Canada: Cases, Materials, and Commentary*, 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2016.
- Marder, Ian D., and Jose Pina-Sánchez. "Nudge the judge? Theorizing the interaction between heuristics, sentencing guidelines and sentence clustering" (2020), 20 *C.C.J.* 399.
- Moreau, Paul. "In Defence of Starting Point Sentencing" (2016), 63 *Crim. L.Q.* 345.
- Moreau, Paul L. "Trouble for Starting Points?" (2021), 68 *C.R.* (7th) 129.
- Parent, Hugues, et Julie Desrosiers. *Traité de droit criminel*, t. III, *La peine*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 2020.
- Québec. Groupe de travail sur la lutte contre la drogue. *Rapport du groupe de travail sur la lutte contre la drogue*. Québec, 1990.
- Quigley, Tim. "Are We Doing Anything about the Disproportionate Jailing of Aboriginal People?" (1999), 42 *Crim. L.Q.* 129.
- Quigley, Tim. "Has the Role of Judges in Sentencing Changed . . . or Should it?" (2000), 5 *Can. Crim. L.R.* 317.
- Roberts, Julian V. "Structuring Sentencing in Canada, England and Wales: A Tale of Two Jurisdictions" (2012), 23 *Crim. L.F.* 319.
- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1980.
- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2020.
- 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.
- Gouvernement du Canada. *Mesures fédérales sur les opioïdes à ce jour*, juin 2021 (en ligne : <https://www.canada.ca/content/dam/hc-sc/documents/services/substance-use/problematic-prescription-drug-use/opioids/responding-canada-opioid-crisis/federal-actions/federal-action-opioids-to-date-june-fra.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC46_2_fra.pdf).
- Groupe de travail scientifique sur les coûts et les méfaits de l'usage de substances au Canada. *Coûts et méfaits de l'usage de substances au Canada (2015-2017)*, préparé par l'Institut canadien de recherche sur l'usage de substances et le Centre canadien sur les dépendances et l'usage de substances, Ottawa, Centre canadien sur les dépendances et l'usage de substances, 2020.
- Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski and Andrew J. Wistrich. « Inside the Judicial Mind » (2001), 86 *Cornell L. Rev.* 777.
- Healy, Patrick. « Sentencing from There to Here and from Then to Now » (2013), 17 *Rev. can. D.P.* 291.
- Hrymak, Haley. « A Bad Deal : British Columbia's Emphasis on Deterrence and Increasing Prison Sentences for Street-Level Fentanyl Traffickers » (2018), 41 *Man. L.J.* 149.
- Isaacs, Daniel M. « Baseline Framing in Sentencing » (2011), 121 *Yale L.J.* 426.
- Manson, Allan. « McDonnell and the Methodology of Sentencing » (1997), 6 *C.R.* (5th) 277.
- Manson, Allan. *The Law of Sentencing*, Toronto, Irwin Law, 2001.
- Manson, Allan, et al. *Sentencing and Penal Policy in Canada : Cases, Materials, and Commentary*, 3rd ed., Toronto, Emond Montgomery, 2016.
- Marder, Ian D., and Jose Pina-Sánchez. « Nudge the judge? Theorizing the interaction between heuristics, sentencing guidelines and sentence clustering » (2020), 20 *C.C.J.* 399.
- Moreau, Paul. « In Defence of Starting Point Sentencing » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 345.
- Moreau, Paul L. « Trouble for Starting Points? » (2021), 68 *C.R.* (7th) 129.
- Parent, Hugues, et Julie Desrosiers. *Traité de droit criminel*, t. III, *La peine*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2020.
- Québec. Groupe de travail sur la lutte contre la drogue. *Rapport du groupe de travail sur la lutte contre la drogue*, Québec, 1990.
- Quigley, Tim. « Are We Doing Anything about the Disproportionate Jailing of Aboriginal People? » (1999), 42 *Crim. L.Q.* 129.
- Quigley, Tim. « Has the Role of Judges in Sentencing Changed . . . or Should it? » (2000), 5 *Rev. can. D.P.* 317.
- Roberts, Julian V. « Structuring Sentencing in Canada, England and Wales : A Tale of Two Jurisdictions » (2012), 23 *Crim. L.F.* 319.

- Sabbadini, Andrew, and Adam Boni. *Sentencing Drug Offenders*. Toronto: Thomson Reuters, 2004 (loose-leaf updates March 2021, release 2).
- Special Advisory Committee on the Epidemic of Opioid Overdoses. *Opioid and Stimulant-related Harms in Canada*. Ottawa: Public Health Agency of Canada, September 2021 (online: <https://health-infobase.canada.ca/substance-related-harms/opioids-stimulants>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021-SCC-CSC46_3_eng.pdf).
- Tversky, Amos, and Daniel Kahneman. “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases” (1974), 185 *Science* 1124.
- Varma, Kimberly N., and Voula Marinos. “Three Decades of Public Attitudes Research on Crime and Punishment in Canada” (2013), 55 *C.J.C.C.J.* 549.
- Vauclair, Martin, et Tristan Desjardins, avec la collaboration de Pauline Lachance. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 28^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2021.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Paperny, Watson, Slatter, Crighton and Antonio JJ.A.), 2019 ABCA 457, 98 Alta. L.R. (6th) 114, [2020] 5 W.W.R. 1, [2019] A.J. No. 1587 (QL), 2019 CarswellAlta 2519 (WL Can.), varying a sentence entered by Ouellette J., 2018 ABQB 863, [2018] A.J. No. 1225 (QL), 2018 CarswellAlta 2338 (WL Can.). Appeal dismissed, Abella and Karakatsanis JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Paperny, Watson, Slatter, Crighton and Antonio JJ.A.), 2019 ABCA 458, 98 Alta. L.R. (6th) 136, [2020] 5 W.W.R. 420, [2019] A.J. No. 1588 (QL), 2019 CarswellAlta 2520 (WL Can.), varying a sentence entered by Burrows J., 2019 ABQB 183, [2019] A.J. No. 303 (QL), 2019 CarswellAlta 454 (WL Can.). Appeal dismissed, Abella and Karakatsanis JJ. dissenting.

Paul Moreau, for the appellant Cameron O’Lynn Parranto.

Andrew Phypers and *Jared Craig*, for the appellant Patrick Douglas Felix.

David W. Schermbrucker and *Monique Dion*, for the respondent.

- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1980.
- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2020.
- 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.
- Sabbadini, Andrew, and Adam Boni. *Sentencing Drug Offenders*, Toronto, Thomson Reuters, 2004 (loose-leaf updates March 2021, release 2).
- Tversky, Amos, and Daniel Kahneman. « Judgment under Uncertainty : Heuristics and Biases » (1974), 185 *Science* 1124.
- Varma, Kimberly N., and Voula Marinos. « Three Decades of Public Attitudes Research on Crime and Punishment in Canada » (2013), 55 *R.C.C.J.P.* 549.
- Vauclair, Martin, et Tristan Desjardins, avec la collaboration de Pauline Lachance. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 28^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2021.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Paperny, Watson, Slatter, Crighton et Antonio), 2019 ABCA 457, 98 Alta. L.R. (6th) 114, [2020] 5 W.W.R. 1, [2019] A.J. No. 1587 (QL), 2019 CarswellAlta 2519 (WL Can.), qui a modifié la peine inscrite par le juge Ouellette, 2018 ABQB 863, [2018] A.J. No. 1225 (QL), 2018 CarswellAlta 2338 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Paperny, Watson, Slatter, Crighton et Antonio), 2019 ABCA 458, 98 Alta. L.R. (6th) 136, [2020] 5 W.W.R. 420, [2019] A.J. No. 1588 (QL), 2019 CarswellAlta 2520 (WL Can.), qui a modifié la peine inscrite par le juge Burrows, 2019 ABQB 183, [2019] A.J. No. 303 (QL), 2019 CarswellAlta 454 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes.

Paul Moreau, pour l’appelant Cameron O’Lynn Parranto.

Andrew Phypers et *Jared Craig*, pour l’appelant Patrick Douglas Felix.

David W. Schermbrucker et *Monique Dion*, pour l’intimée.

Renée Lagimodière, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Joanne B. Dartana, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Daniel J. Song, for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association.

Sarah Rankin, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Jonathan Rudin, for the intervener the Aboriginal Legal Services.

Dane F. Bullerwell, for the intervener the Legal Aid Society of Alberta.

Hugo Caissy, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

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

BROWN AND MARTIN JJ. —

I. Overview

[1] In these appeals, the appellants ask this Court to abolish the starting-point method of sentencing. Like sentencing ranges, starting points are a form of appellate guidance that provide a place to begin the exercise of reaching a fit and proportionate sentence.

[2] The appellants, Patrick Douglas Felix and Cameron O'Lynn Parranto, pleaded guilty to various offences arising out of unrelated drug trafficking operations, including fentanyl trafficking contrary to s. 5(1) and s. 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“CDSA”). Both appellants were found to be operating at the “wholesale” commercial level. At sentencing, Mr. Felix received a global 7-year sentence (2019 ABQB 183), and Mr. Parranto received a global sentence of 11 years (2018 ABQB 863). The Crown appealed the

Renée Lagimodière, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Joanne B. Dartana, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Daniel J. Song, pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association.

Sarah Rankin, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Jonathan Rudin, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services.

Dane F. Bullerwell, pour l'intervenante Legal Aid Society of Alberta.

Hugo Caissy, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

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

LES JUGES BROWN ET MARTIN —

I. Aperçu

[1] Dans les présents pourvois, les appelants demandent à notre Cour d'abolir la méthode de détermination de la peine axée sur les points de départ. Comme les fourchettes de peines, les points de départ sont des points de repère donnés par les cours d'appel pour faciliter l'amorce d'une réflexion afin de déterminer une peine juste et proportionnée.

[2] Les appelants, Patrick Douglas Felix et Cameron O'Lynn Parranto, ont reconnu leur culpabilité à diverses infractions découlant d'activités de trafic de drogue sans lien entre elles, dont le trafic de fentanyl, en contravention des par. 5(1) et (2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (« LRDS »). Les tribunaux ont estimé que les deux appelants se livraient au trafic commercial du fentanyl « à grande échelle ». Lors de la détermination de la peine, M. Felix a été condamné à une peine globale de 7 ans d'emprisonnement

sentences to the Court of Appeal of Alberta, where a five-member panel heard the appeals jointly for the express purpose of setting a “starting point” for wholesale fentanyl trafficking. In separate decisions released concurrently, the Court of Appeal set a 9-year starting point for wholesale fentanyl trafficking and increased Mr. Felix’s sentence to 10 years (2019 ABCA 458, 98 Alta. L.R. (6th) 136), and Mr. Parranto’s to 14 years (2019 ABCA 457, 98 Alta. L.R. (6th) 114).

[3] The appellants and several interveners sought to discredit the starting-point approach by arguing that it has undesirable results, including higher rates of incarceration for Indigenous and other offenders. These criticisms lose their force, however, if starting points are properly treated as non-binding guidance by both sentencing and appellate courts. Further, such criticisms speak to the risks inherent in using *any* form of quantitative sentencing guidance, including sentencing ranges. But these risks can be avoided if appellate courts adhere to the deferential standard of review in sentencing appeals, and if this Court provides clear direction on how appellate courts should account for starting points when reviewing sentences for errors in principle and demonstrable unfitness. What follows, therefore, is not an endorsement of starting points as they have sometimes been enforced at the Court of Appeal of Alberta, but rather a revised understanding, bringing them into conformance with the standard of appellate review and principles and objectives of sentencing.

[4] Accordingly, there is no need to disavow the starting-point approach to sentencing. Sentencing ranges and starting points are simply different tools

(2019 ABQB 183), et M. Parranto s’est vu infliger une peine globale de 11 ans (2018 ABQB 863). La Couronne a interjeté appel à la Cour d’appel de l’Alberta, où une formation collégiale de cinq juges a instruit conjointement les deux appels dans le but explicite de fixer un « point de départ » pour le trafic du fentanyl à grande échelle. Dans des décisions distinctes rendues simultanément, la Cour d’appel a fixé à une peine de 9 ans le point de départ pour le trafic de fentanyl à grande échelle, et a augmenté à 10 ans la peine de M. Felix (2019 ABCA 458, 98 Alta. L.R. (6th) 136) et à 14 ans, celle de M. Parranto (2019 ABCA 457, 98 Alta. L.R. (6th) 114).

[3] Les appelants et plusieurs intervenants ont tenté de discréditer la méthode des points de départ en faisant valoir qu’elle entraînait des résultats indésirables, dont des taux d’incarcération plus élevés chez les personnes délinquantes, notamment chez les Autochtones. Leurs critiques perdent toutefois de leur impact si l’on considère, comme il se doit, que les points de départ ne sont que des lignes directrices non contraignantes proposées tant par les tribunaux chargés de la détermination des peines que par les cours d’appel. De plus, ces critiques mettent en évidence les risques inhérents à l’utilisation de *toute* forme de balise fondée sur une appréciation quantitative en matière de détermination de la peine, y compris les fourchettes de peines. Mais ces risques peuvent être évités si les cours d’appel appliquent la norme de contrôle qui commande la déférence lorsqu’elles sont saisies d’un appel portant sur la détermination de la peine et si notre Cour fournit des directives claires quant à la manière dont les cours d’appel devraient tenir compte des points de départ lorsqu’elles vérifient si une peine comporte une erreur de principe ou si elle est manifestement non indiquée. La suite des présents motifs ne constitue donc pas une approbation des points de départ dont on a parfois assuré le respect en Cour d’appel de l’Alberta, mais plutôt une nouvelle vision de ceux-ci qui les rend conformes à la norme de contrôle applicable en appel ainsi qu’aux principes et objectifs de la détermination de la peine.

[4] Il n’est donc pas nécessaire de désavouer la méthode des points de départ en matière de détermination de la peine. Les fourchettes de peines et les

that assist sentencing judges in reaching a proportionate sentence. It is not for this Court to dictate which of these tools can or cannot be used by appellate courts across the country. Provincial appellate courts should be afforded the respect and latitude to provide their own forms of guidance to sentencing judges, as long as that guidance comports with the principles and objectives of sentencing under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and with the proper appellate standard of review.

[5] Nor would we interfere with the sentences imposed upon Mr. Felix and Mr. Parranto at the Court of Appeal. In our respectful view, the sentences imposed on these offenders by the respective sentencing judges were demonstrably unfit. The Court of Appeal's intervention was therefore appropriate.

[6] Therefore, and for the reasons that follow, we would dismiss the appeals, affirm the orders of the Court of Appeal, and confirm that starting points, when properly understood and applied, represent a valid form of sentencing guidance.

II. Parties' Submissions

[7] The appellants submit that the Court of Appeal erred in intervening to impose its own views over those of the sentencing judge in each case. The foundation of this error, they say, is the starting-point approach to sentencing. The appellants raise several criticisms of the starting-point approach and argue that sentencing ranges are a preferable means of providing quantitative guidance to sentencing judges. They submit that, in light of these concerns, this Court must abolish starting-point sentences.

points de départ sont simplement des outils différents qui aident le juge chargé de déterminer la peine à élaborer une peine proportionnée. Il n'appartient pas à notre Cour de dicter lequel de ces outils peut ou ne peut pas être utilisé par les cours d'appel au Canada. Il convient de faire preuve de respect envers les cours d'appel provinciales et de leur laisser la marge de manœuvre nécessaire pour formuler leurs propres types d'indications à l'intention des juges chargés de déterminer la peine, pourvu que ces indications soient conformes aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine prévus au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et qu'elles respectent la norme de contrôle applicable en appel.

[5] Nous sommes également d'avis de ne pas modifier les peines infligées à MM. Felix et Parranto par la Cour d'appel. À notre humble avis, les peines auxquelles ils ont respectivement été condamnés par chacun des juges chargés de cette tâche étaient manifestement non indiquées. L'intervention de la Cour d'appel était donc justifiée.

[6] Par conséquent, et pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de rejeter les pourvois, de confirmer les ordonnances de la Cour d'appel et de confirmer que, lorsqu'ils sont bien compris et bien appliqués, les points de départ représentent une forme valable de lignes directrices en matière de détermination de la peine.

II. Prétentions des parties

[7] Les appelants affirment que la Cour d'appel a commis une erreur en intervenant pour substituer pour chacun d'entre eux sa propre appréciation à celle du juge chargé de déterminer la peine. À leur avis, cette erreur découle de l'application de la méthode des points de départ pour déterminer la peine. Les appelants expriment plusieurs critiques à l'égard de la méthode des points de départ et font valoir que les fourchettes de peines constituent un meilleur moyen pour fournir aux juges chargés de déterminer la peine des lignes directrices fondées sur une appréciation quantitative. Ils soutiennent que, compte tenu de ces préoccupations, notre Cour devrait abolir les peines fondées sur des points de départ.

[8] The Crown, on the other hand, submits that there is no reason to abolish starting-point sentences. Starting points are merely guidelines and functionally no different from sentencing ranges. The Crown argues that the Court of Appeal correctly intervened as the sentences imposed at first instance were demonstrably unfit and, in the case of Mr. Parranto, the trial judge’s sentencing decision contained errors in principle that affected the sentence.

III. Analysis

A. *Standard of Review*

(1) Basic Sentencing Principles

[9] This Court has repeatedly expressed that sentencing is “one of the most delicate stages of the criminal justice process in Canada” (*R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 1). More of an art than a science, sentencing requires judges to consider and balance a multiplicity of factors. While the sentencing process is governed by the clearly defined objectives and principles in Part XXIII of the *Criminal Code*, it remains a discretionary exercise for sentencing courts in balancing all relevant factors to meet the basic objectives of sentencing (*Lacasse*, at para. 1).

[10] The goal in every case is a fair, fit and principled sanction. Proportionality is the organizing principle in reaching this goal. Unlike other principles of sentencing set out in the *Criminal Code*, proportionality stands alone following the heading “Fundamental principle” (s. 718.1). Accordingly, “[a]ll sentencing starts with the principle that sentences must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender” (*R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at para. 30). The principles of parity and

[8] La Couronne affirme en revanche qu’il n’y a aucune raison d’abolir les peines fondées sur des points de départ. Les points de départ ne sont que des indications et ne sont pas différents, en pratique, des fourchettes de peines. La Couronne soutient que la Cour d’appel a eu raison d’intervenir, car les peines infligées en première instance étaient manifestement non indiquées et, dans le cas de M. Parranto, la décision que le juge du procès a rendue concernant la peine était entachée d’erreurs de principe qui ont eu une incidence sur la peine.

III. Analyse

A. *Norme de contrôle*

(1) Principes fondamentaux en matière de détermination de la peine

[9] Notre Cour a maintes fois réaffirmé que la détermination de la peine est « l’une des étapes les plus délicates du processus de justice pénale et criminelle au Canada » (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 1). S’apparentant davantage à un art qu’à une science, la détermination de la peine oblige les juges à examiner et à mettre en équilibre une multitude de facteurs. Bien qu’il soit régi par des objectifs et des principes clairement définis à la partie XXIII du *Code criminel*, le processus de la détermination de la peine implique l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire de la part des tribunaux chargés de déterminer les peines, qui doivent mettre en balance tous les facteurs pertinents afin d’atteindre les objectifs fondamentaux visés par la détermination de la peine (*Lacasse*, par. 1).

[10] Le but est d’infliger dans chaque cas une sanction équitable, juste et fondée sur des principes. La proportionnalité est le principe directeur qui permet d’atteindre cet objectif. À la différence des autres principes de détermination de la peine qui sont énoncés dans le *Code criminel*, la proportionnalité est un principe distinct qui est inscrit sous une rubrique intitulée « Principe fondamental » (art. 718.1). Par conséquent, « [t]oute détermination de la peine part du principe que la peine doit être proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité

individualization, while important, are secondary principles.

[11] Despite what would appear to be an inherent tension among these sentencing principles, this Court explained in *Friesen* that parity and proportionality are not at odds with each other. To impose the same sentence on unlike cases furthers neither principle, while consistent application of proportionality will result in parity (para. 32). This is because parity, as an expression of proportionality, will assist courts in fixing on a proportionate sentence (para. 32). Courts cannot arrive at a proportionate sentence based solely on first principles, but rather must “calibrate the demands of proportionality by reference to the sentences imposed in other cases” (para. 33).

[12] As to the relationship of individualization to proportionality and parity, this Court in *Lacasse* aptly observed:

Proportionality is determined both on an individual basis, that is, in relation to the accused him or herself and to the offence committed by the accused, and by comparison with sentences imposed for similar offences committed in similar circumstances. [para. 53]

Individualization is central to the proportionality assessment. Whereas the gravity of a particular offence may be relatively constant, each offence is “committed in unique circumstances by an offender with a unique profile” (para. 58). This is why proportionality sometimes demands a sentence that has never been imposed in the past for a similar offence. The question is always whether the sentence reflects the gravity of the offence, the offender’s degree of responsibility and the unique circumstances of each case (para. 58).

du délinquant » (*R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, par. 30). Bien qu’importants, les principes de parité et d’individualisation sont secondaires.

[11] Malgré ce qui pourrait sembler être une tension inhérente entre ces principes en matière de détermination de la peine, notre Cour a expliqué, dans l’arrêt *Friesen*, que la parité et la proportionnalité ne s’opposent pas l’une à l’autre. Le fait d’imposer la même peine dans des cas différents ne permet d’atteindre ni la parité ni la proportionnalité, tandis que l’application cohérente de la proportionnalité entraîne la parité (par. 32). La raison en est que la parité, en tant que manifestation de la proportionnalité, aide les tribunaux à déterminer une peine proportionnée (par. 32). Les tribunaux ne peuvent déterminer une peine proportionnée en se fondant uniquement sur des principes de base, mais doivent plutôt « calibre[r] les exigences de la proportionnalité en regard des peines infligées dans d’autres cas » (par. 33).

[12] En ce qui concerne le rapport entre, d’une part, l’individualisation et, d’autre part, la proportionnalité et la parité, notre Cour a fait remarquer avec justesse ce qui suit dans l’arrêt *Lacasse* :

La proportionnalité se détermine à la fois sur une base individuelle, c’est-à-dire à l’égard de l’accusé lui-même et de l’infraction qu’il a commise, ainsi que sur une base comparative des peines infligées pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables. [par. 53]

L’individualisation est au cœur de l’évaluation de la proportionnalité. Alors que la gravité d’une infraction particulière peut être relativement constante, chaque crime « est commis dans des circonstances uniques, par un délinquant au profil unique » (par. 58). C’est la raison pour laquelle la proportionnalité exige parfois de prononcer une peine qui n’a jamais été infligée dans le passé pour une infraction similaire. Il s’agit toujours de savoir si la peine correspond à la gravité de l’infraction, au degré de responsabilité du délinquant et aux circonstances particulières de chaque cas (par. 58).

(2) Role of Sentencing Courts and Appellate Courts

[13] Appellate and sentencing courts each have distinct roles in sentencing, based on the *Code* and their respective institutional capacities. In s. 718.3(1), Parliament has “explicitly vested sentencing judges with a discretion to determine the appropriate degree and kind of punishment under the *Criminal Code*” (*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 90 (emphasis deleted)). Sentencing courts are best-positioned to craft a fit sentence for the offenders before them. Sentencing is a “profoundly subjective process”, and the sentencing judge “has the advantage of having seen and heard all of the witnesses whereas the appellate court can only base itself upon a written record” (*R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 46). The sentencing judge also has “unique qualifications of experience and judgment from having served on the front lines” and “will normally preside near or within the community which has suffered the consequences of the offender’s crime” (*M. (C.A.)*, at para. 91).

[14] In sentencing appeals, provincial appellate courts play two roles “in ensuring the consistency, stability and permanence of the case law” (*Lacasse*, at para. 36). First, the court of appeal must “consider the fitness of the sentence appealed against” and is empowered to vary the sentence (*Code*, s. 687). In fulfilling this role, appellate courts safeguard against errors of law made by sentencing courts while reviewing the reasonableness of the judge’s exercise of discretion. They also ensure that sentencing courts state the law correctly and apply it consistently (*Lacasse*, at para. 36).

(2) Rôle des tribunaux appelés à déterminer les peines et des cours d’appel

[13] Les cours d’appel et les tribunaux chargés de déterminer les peines ont un rôle distinct à jouer en matière de détermination de la peine, selon ce que prévoit le *Code* et ce que leur permettent leurs capacités institutionnelles respectives. Au paragraphe 718.3(1), le Parlement « a conféré expressément aux juges chargés de prononcer les peines le pouvoir discrétionnaire de déterminer le genre de peine qui doit être infligée en vertu du *Code criminel* et l’importance de celle-ci » (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 90 (soulignement omis)). Les tribunaux chargés de la détermination des peines sont les mieux placés pour élaborer une peine adaptée à la personne délinquante qui comparaît devant eux. La détermination de la peine est « un processus profondément subjectif », et les juges chargés de déterminer la peine « [ont] l’avantage d’avoir vu et entendu tous les témoins, tandis que la cour d’appel ne peut se fonder que sur un compte rendu écrit » (*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 46). « Du fait qu’il[s] ser[vent] en première ligne de notre système de justice pénale », les juges chargés de déterminer la peine « possède[nt] également une qualification unique sur le plan de l’expérience et de l’appréciation » et ils « exerce[nt] normalement [leur] charge dans la communauté qui a subi les conséquences du crime du délinquant ou à proximité de celle-ci » (*M. (C.A.)*, par. 91).

[14] Lorsqu’elle est saisie de l’appel d’une peine, une cour d’appel provinciale joue un double rôle « en matière de contrôle de la cohérence, de la stabilité et de la pérennité de la jurisprudence tant en droit criminel qu’en droit civil » (*Lacasse*, par. 36). Premièrement, la cour d’appel doit « consid[érer] la justesse de la sentence dont appel est interjeté » et elle est habilitée à modifier la peine (*Code*, art. 687). Dans l’exercice de ce rôle, les cours d’appel font office de rempart contre les erreurs de droit commises par les tribunaux chargés de déterminer les peines tout en contrôlant la raisonnable de l’exercice du pouvoir discrétionnaire de ces derniers. Elles veillent aussi à ce que les tribunaux chargés de déterminer les peines énoncent correctement le droit et l’appliquent uniformément (*Lacasse*, par. 36).

[15] Secondly, provincial appellate courts must promote stability in the development of the law while providing guidance to lower courts to ensure the law is applied consistently in a particular jurisdiction (*Lacasse*, at para. 37). In carrying out this role, appellate courts may provide guidance to assist sentencing judges in reaching a proportionate sentence that properly balances parity and individualization (para. 2). Appellate courts are well-positioned to provide such guidance because of their appreciation of “overall sentencing practices, patterns and problems” in their jurisdiction (*R. v. Arcand*, 2010 ABCA 363, 40 Alta. L.R. (5th) 199, at para. 153). Appellate guidance may take the form of quantitative tools (such as sentencing ranges and starting points), non-quantitative guidance explaining the harms entailed by certain offences, or a mix of both (see, e.g., *Friesen*, at paras. 42-105 and 114-16; *R. v. Williams*, 2019 BCCA 295, at paras. 64-66 and 71 (CanLII); *R. v. Sandercock* (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 265 (C.A.), at pp. 270-71).

(3) Forms of Quantitative Appellate Guidance

[16] Quantitative appellate guidance generally takes one of two forms: starting points, or sentencing ranges. These tools are best understood as “navigational buoys” that operate to ensure sentences reflect the sentencing principles prescribed in the *Criminal Code*. Busy sentencing judges face a challenging task; the *Code* often provides for a wide range of possible sentences and the factual circumstances of each case vary infinitely. Sentencing must begin somewhere, and both starting-point and range methodologies assist sentencing judges by providing a place to start in the form of either a single number or a range. As this Court has recognized, however, “there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime” (*M.* (C.A.), at para. 92). Neither tool relieves the sentencing judge from conducting

[15] En second lieu, les cours d’appel provinciales doivent veiller au développement stable du droit, tout en énonçant à l’intention des juridictions inférieures des lignes directrices propres à en assurer une application homogène à l’intérieur d’un même territoire (*Lacasse*, par. 37). Dans l’accomplissement de ce rôle, les cours d’appel peuvent proposer des balises pour aider les juges chargés de déterminer les peines à infliger des peines proportionnées qui équilibrent convenablement la parité et l’individualisation (par. 2). Les cours d’appel sont bien placées pour formuler de telles lignes directrices, parce qu’elles connaissent bien [TRADUCTION] « l’ensemble des pratiques, tendances et problèmes en matière de détermination de la peine » qui existent dans leur ressort (*R. c. Arcand*, 2010 ABCA 363, 40 Alta. L.R. (5th) 199, par. 153). Les lignes directrices données par les cours d’appel peuvent se présenter sous forme d’outils d’appréciation quantitative (les fourchettes de peines et les points de départ en sont des exemples), de balises non quantitatives expliquant les torts causés par certaines infractions, ou encore sous une forme hybride (voir, p. ex., *Friesen*, par. 42-105 et 114-116; *R. c. Williams*, 2019 BCCA 295, par. 64-66 et 71 (CanLII); *R. c. Sandercock* (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 265 (C.A.), p. 270-271).

(3) Types de lignes directrices fondées sur une appréciation quantitative données par les cours d’appel

[16] Les cours d’appel proposent généralement deux types de lignes directrices fondées sur une appréciation quantitative : les points de départ et les fourchettes de peines. On peut considérer ces outils comme des « points de repère » qui visent à s’assurer que les peines tiennent compte des principes de détermination de la peine prescrits par le *Code criminel*. Une lourde tâche attend les juges occupés à qui il revient de déterminer les peines; le *Code* prévoit dans bien des cas un vaste éventail de peines potentielles, et les circonstances factuelles de chaque cas varient à l’infini. La détermination de la peine doit commencer quelque part, et tant la méthode des points de départ que celle des fourchettes de peines facilitent la tâche des juges chargés de déterminer la peine en leur proposant des points de repère pour

an individualized analysis taking into account all relevant factors and sentencing principles.

[17] Sentencing ranges generally represent a summary of the case law that reflects the minimum and maximum sentences imposed by trial judges in the past (*Lacasse*, at para. 57; *Friesen*, at para. 36). They “provide structure and guidance and can prevent disparity”, while leaving judges space to “weigh mitigating and aggravating factors and arrive at proportional sentences” (*R. v. Smith*, 2019 SKCA 100, 382 C.C.C. (3d) 455, at para. 126). The range, therefore, “reflects individual cases, but does not govern them” (C. C. Ruby, *Sentencing* (10th ed. 2020), at § 23.7, citing *R. v. Brennan and Jensen* (1975), 11 N.S.R. (2d) 84 (C.A.)).

[18] Contrary to the comments of the Court of Appeal in *Arcand*, at para. 148, this Court has subsequently and expressly held that starting points are an “alternative” to ranges, with “[s]imilar principles” applying to both (*Friesen*, at para. 36). The starting-point methodology has three stages: (1) defining the category of an offence to which the starting point applies; (2) setting a starting point; and (3) individualization of the sentence by the sentencing court (*Sandercock*, at p. 269). Both ranges and starting points are attached to “a category of offences that share enough common features that it is useful to judge them by the same rubric” (*Friesen*, at para. 39). At the second stage, the court of appeal must choose a “reasonable” number which “may be viewed as the mid-point in the traditional range of sentences for a particular sort of crime” (*R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, at para. 60, per McLachlin J.; *contra, Arcand*, at paras. 150-56). At the final stage, the sentencing judge considers whether aggravating

amorcer leur réflexion sous la forme d’un nombre précis ou d’une fourchette de peines. Mais comme notre Cour l’a reconnu, « il n’existe pas de peine uniforme pour un crime donné » (*M. (C.A.)*, par. 92). Aucune de ces méthodes n’exempte les juges chargés de déterminer la peine d’analyser les circonstances particulières de chaque affaire, en tenant compte de tous les facteurs pertinents et des principes de la détermination de la peine.

[17] Les fourchettes de peines constituent de façon générale un condensé des peines minimales et maximales déjà infligées par des juges du procès (*Lacasse*, par. 57; *Friesen*, par. 36). Elles [TRADUCTION] « offrent un cadre et des balises et peuvent contribuer à empêcher les disparités », tout en assurant aux juges la marge de manœuvre dont ils ont besoin pour « soupeser les circonstances atténuantes et circonstances aggravantes et en arriver à une peine proportionnée » (*R. c. Smith*, 2019 SKCA 100, 382 C.C.C. (3d) 455, par. 126). Par conséquent, les fourchettes de peines [TRADUCTION] « reflètent les cas individuels, sans toutefois s’appliquer systématiquement à tous de la même manière » (C. C. Ruby, *Sentencing* (10^e éd. 2020), § 23.7, citant *R. c. Brennan and Jensen* (1975), 11 N.S.R. (2d) 84 (C.A.)).

[18] Contrairement à ce que la Cour d’appel affirme dans l’arrêt *Arcand*, par. 148, notre Cour a, depuis cet arrêt, explicitement déclaré que les points de départ constituent une « solution de rechange » aux fourchettes de peines, ajoutant que « [d]es principes similaires » s’appliquent aux deux méthodes (*Friesen*, par. 36). La méthode des points de départ se décline en trois étapes : (1) détermination de la catégorie de l’infraction à laquelle s’applique le point de départ; (2) établissement d’un point de départ; (3) individualisation de la peine par le tribunal chargé de la déterminer (*Sandercock*, p. 269). Les fourchettes de peines et les points de départ s’appliquent à « une catégorie d’infractions partageant assez de caractéristiques communes pour qu’il soit utile de les juger sous la même rubrique » (*Friesen*, par. 39). À la deuxième étape, la cour d’appel doit établir un chiffre « raisonnable » qui « peut être considéré comme étant situé au milieu de l’échelle traditionnelle de peines applicable à un genre particulier de crime »

or mitigating factors justify moving the sentence up or down from the starting point (*McDonnell*, at paras. 79-80).

[19] The quantitative guidance set by appellate courts can be distinguished from informal or “discerned” ranges relied on by sentencing courts. Since starting points and appellate sentencing ranges — which may be described as “formal” or “established” ranges — do not exist for every offence, sentencing judges must often attempt to discern the appropriate range from the case law with the assistance of counsel. As with appellate guidance, discerned ranges are a tool for reaching a fit and proportionate sentence. After hearing the parties’ submissions on analogous case law and on the appropriate disposition in the circumstances, the exercise of discerning a range requires the sentencing judge to consider comparator cases that best represent the gravity of the offence and the circumstances of the offender.

[20] Starting points and sentencing ranges set by appellate courts, on the other hand, often reflect judicial consensus on the gravity of the offence, helping to advance parity and “prevent any substantial and marked disparities” in sentencing (*Lacasse*, at para. 2; see also *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290, at para. 244; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 44; *Smith* (2019), at para. 126). The primary rationale for the use of starting points is to “reduce idiosyncratic decision-making” (*Arcand*, at para. 102; *R. v. Hajar*, 2016 ABCA 222, 39 Alta. L.R. (6th) 209, at para. 72; *R. v. McCowan*, 2010 MBCA 45, 251 Man. R. (2d) 295, at para. 11; *R. v. Lemaigre*, 2018 SKCA 47, at para. 20 (CanLII)). In *Sandercock*, for instance, a three-year starting point

(*R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, par. 60, la juge McLachlin; *contra*, *Arcand*, par. 150-156). À l’étape finale, le juge chargé de déterminer la peine se demande s’il existe des circonstances aggravantes ou des facteurs atténuants qui justifient de déroger, à la hausse ou à la baisse, à ce point de départ pour déterminer la peine à infliger (*McDonnell*, par. 79-80).

[19] Il y a lieu d’établir une distinction entre les lignes directrices fondées sur une appréciation quantitative données par les cours d’appel et les fourchettes de peines informelles ou « modulées » appliquées par les tribunaux chargés de déterminer les peines. Étant donné que les cours d’appel n’ont pas défini pour chaque infraction des points de départ et des fourchettes de peines — que l’on pourrait qualifier de fourchettes « formelles » ou « bien établies » —, les juges chargés de déterminer la peine doivent souvent recourir à l’aide des avocats pour arrêter la fourchette de peines applicable, à partir de la jurisprudence. À l’instar des lignes directrices données par les cours d’appel, les fourchettes de peines modulées sont un outil mis à la disposition des tribunaux pour fixer une peine juste et proportionnée. Après avoir entendu les observations des parties sur la jurisprudence analogue et la solution que commandent les circonstances de l’espèce, les juges chargés de déterminer la peine qui cherchent à fixer une peine modulée doivent examiner les causes semblables qui correspondent le mieux à la gravité de l’infraction et à la situation de la personne délinquante.

[20] En revanche, les points de départ et les fourchettes de peines fixés par les cours d’appel sont souvent le fruit d’un consensus judiciaire sur la gravité de l’infraction, ce qui contribue à assurer la parité et à « éviter des écarts importants, marqués et substantiels » entre les peines infligées (*Lacasse*, par. 2; voir aussi *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 244; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 44; *Smith* (2019), par. 126). La principale raison d’être du recours à la méthode des points de départ est la volonté de [TRADUCTION] « limiter les décisions d’espèce » (*Arcand*, par. 102; *R. c. Hajar*, 2016 ABCA 222, 39 Alta L.R. (6th) 209, par. 72; *R. c. McCowan*, 2010 MBCA 45, 251 Man. R. (2d) 295, par. 11; *R. c. Lemaigre*, 2018 SKCA

was established to address the “wide, and unjustified, divergence amongst judges about appropriate sentences for rape and equally serious forms of sexual assault” (*Arcand*, at para. 102). The starting point stated in *Sandercock* was intended to ensure that the harms caused by a particular category of offence — “major sexual assaults” — are consistently accounted for in sentencing.

[21] Quantitative appellate guidance — whether in the form of a range or a starting point — may draw on sentences imposed in past cases, or it may be intended to change the existing approach to sentencing for a particular offence. As we have explained, sentencing ranges generally represent a “historical portrait” of past decisions. This portrait reflects “all the principles and objective of sentencing” (*Lacasse*, at para. 57) as well as the “collective wisdom of the appellate courts” (M. A. Crystal, “Are the Days of Range Sentencing and Starting Points Numbered? The Cases of *R. v. Felix* and *R. v. Parranto*” (2021), 15 *J.P.P.L.* 125, at p. 139).

[22] In some cases, however,

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). . . . 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. [Emphasis added.]

(*Friesen*, at para. 35)

This reflects the reality that “[i]t is a common phenomenon . . . for sentences to increase and decrease

47, par. 20 (CanLII)). Dans l’affaire *Sandercock*, par exemple, un point de départ de trois ans a été fixé pour remédier aux [TRADUCTION] « divergences de vues profondes et injustifiées qui existent entre les juges quant à la peine à infliger pour viol et d’autres formes tout aussi graves d’agression sexuelle » (*Arcand*, par. 102). Le point de départ retenu dans l’affaire *Sandercock* visait à s’assurer que l’on tienne systématiquement compte des torts causés par une catégorie particulière d’infractions — les « agressions sexuelles graves » — lors de la détermination de la peine.

[21] Les lignes directrices données par les cours d’appel en fonction d’une appréciation quantitative — sous forme de fourchettes de peines ou de points de départ — peuvent s’inspirer de peines infligées dans des décisions antérieures ou avoir pour objet de modifier la méthode de détermination de la peine pour une infraction en particulier. Comme nous l’avons déjà expliqué, les fourchettes de peines offrent généralement un « portrait historique » de la jurisprudence. Ce portrait reflète « l’ensemble des principes et des objectifs de la détermination de la peine » (*Lacasse*, par. 57), de même que [TRADUCTION] « la sagesse collective des cours d’appel » (M. A. Crystal, « Are the Days of Range Sentencing and Starting Points Numbered? The Cases of *R. v. Felix* and *R. v. Parranto* » (2021), 15 *R.D.P.P.* 125, p. 139).

[22] Parfois, cependant,

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). [. . .] [E]n 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. [Nous soulignons.]

(*Friesen*, par. 35)

Ces propos illustrent le fait que [TRADUCTION] « les tribunaux ont pour pratique courante d’ajuster à la

as societal and judicial knowledge and attitudes about certain offences change” (*R. v. Smith*, 2017 BCCA 112, at para. 36 (CanLII) (emphasis deleted), citing *R. v. Nur*, 2011 ONSC 4874, 275 C.C.C. (3d) 330, at para. 49).

[23] The same applies to starting points. While some jurisprudence from the Court of Appeal of Alberta suggests that starting points are established through an independent policy-laden inquiry rather than by looking to precedent (e.g., *Arcand*, at para. 104), an appellate court may derive a starting point in whole or in part from past sentencing decisions. It may also choose to depart from past trends to recalibrate how the gravity of the offence is weighed in the proportionality analysis. Like established ranges, then, starting points may reflect “collective court experience” by drawing on an overview of the case law for a range of sentences imposed, but they may also represent a departure based on a “consensus view of [all] the social values and policy considerations relating to the category of crime in question” (*Arcand*, at para. 104).

[24] While each jurisdiction tends to prefer one of these two methodologies, describing a jurisdiction as either a “range jurisdiction” or “starting-point jurisdiction” represents an incomplete view of appellate guidance. Contrary to the references contained in submissions from many parties on these appeals, the division between “range jurisdictions” and “starting-point jurisdictions” cannot be described in absolute or dichotomous terms. Even in so-called “starting-point jurisdictions”, appellate courts have established starting points only for a limited number of offences, with other forms of guidance — including established and discerned sentencing ranges — used to reach a proportionate sentence for other offences. This flexibility in sentencing modalities also applies in “range jurisdictions”. In practice, courts that have either rejected or failed “to fully endorse the starting point” approach have, in effect, adopted something

hausse ou à la baisse les peines afin de tenir compte de l’évolution des connaissances et des attitudes de la société et des juges relativement à certaines infractions » (*R. c. Smith*, 2017 BCCA 112, par. 36 (CanLII) (soulignement omis), citant *R. c. Nur*, 2011 ONSC 4874, 275 C.C.C. (3d) 330, par. 49).

[23] Il en va de même pour les points de départ. Bien que, dans certains de ses arrêts, la Cour d’appel de l’Alberta laisse entendre que les points de départ sont établis à la suite d’une analyse indépendante solidement ancrée dans des politiques d’intérêt général plutôt qu’à la lumière des précédents (p. ex., *Arcand*, par. 104), une cour d’appel peut s’inspirer en tout ou en partie des points de départ fixés dans des décisions déjà rendues en matière de détermination de la peine. Elle peut également décider de s’écarter des tendances antérieures pour recadrer la pondération de la gravité de l’infraction dans son analyse de la proportionnalité. Comme les fourchettes de peines déjà établies, les points de départ peuvent donc refléter [TRADUCTION] « l’expérience collective des tribunaux » en s’inspirant de la jurisprudence relative à un éventail de peines infligées, mais elles peuvent également marquer une nouvelle ligne directrice fondée sur [TRADUCTION] « un consensus quant à [l’ensemble] des valeurs de la société et des considérations de principe relatives à la catégorie de crime en question » (*Arcand*, par. 104).

[24] Bien que chaque province ou territoire ait tendance à préférer l’une ou l’autre méthode, les qualifier de façon absolue de « ressorts préconisant la méthode des fourchettes de peines » ou de « ressorts préconisant la méthode des points de départ » ne rend pas pleinement compte des lignes directrices données par les cours d’appel. Contrairement à ce que prétendent bon nombre des parties au présent pourvoi dans leurs observations, on ne peut scinder systématiquement ou de façon dichotomique les divers territoires et provinces en « ressorts préconisant la méthode des fourchettes de peines » et en « ressorts préconisant la méthode des points de départ ». Même dans les soi-disant « ressorts préconisant la méthode des points de départ », les cours d’appel n’ont établi des points de départ que pour un nombre restreint d’infractions et ont donné d’autres types de directives — y compris pour les fourchettes de peines

similar to the starting-point methodology by either setting sentencing ranges without a top end (*Smith* (2017)), or by incorporating mitigating factors such as prior good character into the sentencing range, an approach usually associated with starting points (*R. v. H. (C.N.)* (2002), 62 O.R. (3d) 564 (C.A.), at para. 52; *R. v. Voong*, 2015 BCCA 285, 374 B.C.A.C. 166; *R. v. Cunningham* (1996), 27 O.R. (3d) 786 (C.A.), at p. 790; see also P. Moreau, “In Defence of Starting Point Sentencing” (2016), 63 *Crim. L.Q.* 345, at pp. 356 and 365-66).

[25] This flexibility in sentencing modalities is reflective of the primary goal of sentencing: to impose a fit sentence. In our view, irrespective of the preferred sentencing methodology, the purpose of the modality is to assist the sentencing judge in achieving the objectives and principles of sentencing, primarily proportionality. Ranges and starting points are simply different paths to the same destination: a proportionate sentence. Courts of appeal have discretion to choose which form of guidance they find most useful and responsive to the perceived needs of their jurisdiction, which may vary across the country. As long as that guidance conforms to the principles and objectives of sentencing in the *Code*, this Court should respect the choices made by appellate courts. Both sentencing ranges and starting points, where properly applied and subject to the correct standard of review on appeal, are consistent with the *Code*. It is not this Court’s role to decide which form of guidance is superior, nor would it be desirable to confine appellate courts to giving one or another form of quantitative guidance.

établies et les fourchettes de peines modulées — afin de déterminer une peine proportionnée pour d’autres infractions. Cette souplesse dans les modalités de la détermination de la peine s’applique aussi aux « ressorts préconisant la méthode des fourchettes de peines ». En pratique, les tribunaux qui ont rejeté l’approche fondée sur les points de départ ou qui [TRADUCTION] « n’y ont pas totalement adhéré » ont en fait adopté une méthode qui s’apparente à celle des points de départ, soit en établissant des fourchettes de peines non assorties de peines maximales (*Smith* (2017)), soit en tenant compte dans la fourchette de peines de circonstances atténuantes telles que les antécédents de bonne moralité, une approche habituellement associée à la méthode des points de départ (*R. c. H. (C.N.)* (2002), 62 O.R. (3d) 564 (C.A.), par. 52; *R. c. Voong*, 2015 BCCA 285, 374 B.C.A.C. 166; *R. c. Cunningham* (1996), 27 O.R. (3d) 786 (C.A.), p. 790; voir aussi P. Moreau, « In Defence of Starting Point Sentencing » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 345, p. 356 et 365-366).

[25] Cette souplesse dans les modalités de la détermination de la peine reflète l’objectif premier de la détermination de la peine : infliger une peine juste. À notre avis, indépendamment de la méthode privilégiée pour déterminer la peine, ces modalités visent à aider les juges chargés de déterminer la peine à respecter les objectifs et les principes de la détermination de la peine, au premier chef la proportionnalité. Les fourchettes de peines et les points de départ ne sont que des moyens différents de parvenir au même résultat : infliger une peine proportionnée. Les cours d’appel ont le pouvoir discrétionnaire de choisir la forme de lignes directrices qu’elles trouvent la plus utile et adaptée aux besoins perçus de leur province ou territoire, lesquels peuvent varier partout au pays. Tant que cette ligne directrice se conforme aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine énoncés dans le *Code*, notre Cour devrait respecter les choix des cours d’appel. Lorsqu’ils sont correctement appliqués et assujettis à la bonne norme de contrôle en appel, les fourchettes de peines et les points de départ respectent le *Code*. Il n’appartient pas à notre Cour de décider quelle forme d’orientation est meilleure, et il ne serait pas non plus souhaitable d’obliger les cours d’appel à s’en tenir à l’une ou l’autre forme d’orientation fondée sur une appréciation quantitative.

[26] A final point that merits discussion is how a range or starting point is modified once it has been established. The Court of Appeal for Ontario has described how ranges vary:

“Ranges” are not embedded in stone. Given their nature as guidelines only, I do not view them as being fixed in law, as is the case with binding legal principles. They may be altered deliberately, after careful consideration, by the courts. Or, they may be altered practically, as a consequence of a series of decisions made by the courts which have that effect. If a range moves by virtue of the application of individual cases over time, it is not necessary to overrule an earlier range that may once have been in vogue; it is only necessary to recognize that the courts have adapted and the guidelines have changed.

(*R. v. Wright* (2006), 83 O.R. (3d) 427 (C.A.), at para. 22)

[27] In contrast, in Alberta, the Court of Appeal has required parties to formally apply for reconsideration of a starting point under r. 16.27 of the *Alberta Rules of Court*, A.R. 124/2010. Our colleague Rowe J. views this procedure as a judicial mandate and an expression of the Court of Appeal’s “aggressive enforcement” of starting points (para. 164). The reconsideration procedure, however, is a legislative requirement of general application (*Alberta Rules of Court*, r. 16.27). The process is a judicial one whereby the Court of Appeal weighs several criteria in deciding whether to “reconsider” the starting point, such as whether the starting point is new or old, has been disapproved of or is contrary to decisions of other courts of appeal, was created by overlooking binding statute or authority, contains some “simple, obvious, demonstrable flaw”, or was established in Reasons for Judgment Reserved or a Memorandum of Judgment (*Arcand*, at para. 199). With the exception of the final criterion, all of these considerations are relevant in determining whether the starting point for a particular offence should be recalibrated.

[26] Un dernier point dont il convient de traiter est la façon dont on modifie une fourchette de peines ou un point de départ une fois qu’ils ont été établis. La Cour d’appel de l’Ontario explique comment on procède pour modifier une fourchette de peines :

[TRADUCTION] Les « fourchettes » ne sont pas immuables. Comme elles ne sont que des lignes directrices, je ne les considère pas comme des règles de droit fixes au même titre que les principes juridiquement contraignants. Les tribunaux peuvent, après mûre réflexion, les modifier délibérément. Ou bien, elles peuvent se trouver effectivement modifiées par suite d’une série de décisions rendues par les tribunaux en ce sens. Si une fourchette de peines est modifiée par suite de l’application de décisions individuelles au fil du temps, il n’est pas nécessaire de déclarer inapplicable la fourchette qui était à la mode auparavant; il suffit de reconnaître que les tribunaux se sont adaptés et que les lignes directrices ont changé.

(*R. c. Wright* (2006), 83 O.R. (3d) 427 (C.A.), par. 22)

[27] En revanche, en Alberta, la Cour d’appel exige que les parties demandent formellement le réexamen d’un point de départ en vertu de la règle 16.27 des *Alberta Rules of Court*, A.R. 124/2010. Notre collègue le juge Rowe considère cette procédure comme un décret d’origine judiciaire et l’expression du « recours musclé » à la méthode des points de départ par la Cour d’appel (par. 164). La procédure de réexamen est toutefois une mesure législative d’application générale (*Alberta Rules of Court*, règle 16.27). Il s’agit d’un processus judiciaire dans le cadre duquel la Cour d’appel soupèse plusieurs critères pour décider s’il y a lieu de « réexaminer » le point de départ, en se demandant, par exemple, si le point de départ est nouveau ou ancien, s’il a été désapprouvé ou s’il va à l’encontre d’arrêts rendus par d’autres cours d’appel, s’il a été créé sans tenir compte d’une loi ou d’un précédent contraignants, s’il comporte [TRADUCTION] « une lacune simple, évidente et manifeste » ou s’il a été établi dans les motifs d’un jugement mis en délibéré ou dans un mémoire de jugement (*Arcand*, par. 199). À l’exception de ce dernier critère, tous ces facteurs sont pertinents pour déterminer si le point de départ applicable à une infraction particulière doit être recalibré.

[28] While our colleague finds it difficult to reconcile the reconsideration procedure with the standard of review, the answer, in light of this Court's direction on the standard of review and the non-binding nature of starting points, is clear. Parties seeking to challenge a starting point need not have resort to the procedure, because starting points are not binding precedents. If the procedure is used, the effect of a successful reconsideration application is merely to re-establish the point from which trial judges begin their thinking. Such applications provide the Court of Appeal with the opportunity to consider the sentencing landscape to determine if the starting point still provides relevant appellate guidance and accurately reflects the gravity of the offence. To the extent the reconsideration procedure is perceived to be necessary to change starting points because they are binding precedents (*Arcand*, at para. 199; *R. v. Melnyk*, 2014 ABCA 313, 580 A.R. 389, at para. 2), this perception cannot survive *Lacasse* and *Friesen*, as it is mistaken in law.

(4) Basis for Appellate Intervention

[29] It is trite law that appellate courts cannot interfere with sentencing decisions lightly (see *R. v. Suter*, 2018 SCC 34, [2018] 2 S.C.R. 496, at para. 23, citing *Shropshire*, at para. 48; *R. v. L.F.W.*, 2000 SCC 6, [2000] 1 S.C.R. 132, at para. 25; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, at para. 14; *Nasogaluak*, at para. 46; *Lacasse*, at para. 39; and *Friesen*, at para. 25). Sentencing judges are to be afforded wide latitude, and their decisions are entitled to a high level of deference on appeal (*Lacasse*, at para. 11). It remains the case that, where a judge deviates from a sentencing range or starting point, no matter the degree of deviation, this does not in itself justify appellate intervention.

[30] It bears emphasizing that the sentencing judge's discretion includes the choice of a sentencing range or of a category within a range, and that this exercise of discretion cannot in itself constitute a reviewable error (*Lacasse*, at para. 51). It is an error

[28] Bien que notre collègue ait du mal à concilier la procédure de réexamen avec la norme de contrôle applicable, la réponse, à la lumière de la directive donnée par notre Cour sur la norme de contrôle et la nature non contraignante des points de départ, est claire. Les parties qui souhaitent contester un point de départ n'ont pas besoin de recourir à cette procédure parce que les points de départ ne sont pas des précédents contraignants. Si une partie recourt à cette procédure et obtient gain de cause, le point de référence à partir duquel les juges du procès amorcent leur réflexion est tout simplement rétabli. Ces demandes donnent à la Cour d'appel l'occasion d'examiner le contexte de la détermination de la peine pour décider si le point de départ fournit toujours des lignes directrices utiles à l'usage des cours d'appel et reflète fidèlement la gravité de l'infraction. Dans la mesure où la procédure de réexamen est perçue comme étant nécessaire pour modifier les points de départ au motif qu'ils constituent des précédents contraignants (*Arcand*, par. 199; *R. c. Melnyk*, 2014 ABCA 313, 580 A.R. 389, par. 2), cette perception n'est plus valide depuis les arrêts *Lacasse* et *Friesen* parce qu'il s'agit d'une erreur de droit.

(4) Cas justifiant l'intervention des cours d'appel

[29] Il est de jurisprudence constante que les cours d'appel ne peuvent modifier à la légère les décisions relatives à la peine (voir *R. c. Suter*, 2018 CSC 34, [2018] 2 R.C.S. 496, par. 23, citant *Shropshire*, par. 48; *R. c. L.F.W.*, 2000 CSC 6, [2000] 1 R.C.S. 132, par. 25; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, par. 14; *Nasogaluak*, par. 46; *Lacasse*, par. 39; et *Friesen*, par. 25). Il y a lieu d'accorder une grande latitude au juge qui prononce la peine, et ses décisions commandent un degré élevé de déférence en appel (*Lacasse*, par. 11). Il n'en demeure pas moins que le seul fait que le juge s'écarte de la fourchette des peines ou des points de départ ne justifie pas d'office l'intervention de la cour d'appel, et ce, peu importe l'ampleur de l'écart.

[30] Il vaut la peine de souligner que le choix de la fourchette de peines ou de l'une de ses catégories relève du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de déterminer la peine et que ce choix ne peut, en soi, constituer une erreur susceptible de contrôle

of law for an appellate court to intervene merely on the ground that it would have placed the offence in a different range or category. Unless a sentence is demonstrably unfit or the sentencing judge made an error in principle that impacts the sentence, an appellate court must not vary the sentence on appeal (paras. 11 and 67). The focus of the demonstrable unfitness inquiry is on whether the sentence is proportionate, not whether the sentencing judge applied the correct starting point, sentencing range or category within a range (*Lacasse*, at paras. 51 and 53; *Friesen*, at para. 162).

[31] Following the recent judgments of this Court in *Lacasse* and *Friesen*, we are of the view that these appeals do not require the Court to chart a new path, but rather requires us to reiterate and reinforce the standard for appellate intervention. In particular, the Court must clarify the role that sentencing ranges or starting points play in appellate review of sentences.

[32] The relationship between quantitative appellate guidance and the standard of review on appeal had led to exchanges between the various levels of court. But *Lacasse* and *Friesen* have brought finality to the matter, and they leave no room for doubt, interpretation or equivocation. In *Friesen*, this Court made it clear that “[r]anges 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 [Arcand], at paras. 116-18 and 273” (para. 37 (emphasis added)). The Attorney General of Alberta intervened on these appeals and argued that this passage is open to interpretation, as the paragraphs it cites from *Arcand* closely mirror this Court’s guidance in *Lacasse*. In *Lacasse*, at para. 67, this Court stated that “a deviation from such a range or category is not an error in principle and cannot in itself automatically justify appellate intervention unless the sentence that is imposed departs significantly

(*Lacasse*, par. 51). Commet une erreur de droit la cour d’appel qui intervient pour la seule raison qu’elle aurait placé la peine dans une fourchette ou une catégorie différente. Une cour d’appel ne peut intervenir pour modifier la peine qui a été infligée que si celle-ci est manifestement non indiquée ou si le juge qui a fixé la peine a commis une erreur de principe ayant une incidence sur la détermination de cette peine (par. 11 et 67). L’analyse du caractère manifestement non indiqué est axée sur la question de savoir si la peine est proportionnée, et non sur la question de savoir si les juges chargés de la détermination de la peine ont appliqué le bon point de départ ou la bonne fourchette de peines ou l’une des catégories de cette fourchette (*Lacasse*, par. 51 et 53; *Friesen*, par. 162).

[31] À la suite des arrêts récents rendus par notre Cour dans les affaires *Lacasse* et *Friesen*, nous estimons que les présents pourvois n’obligent pas la Cour à tracer une nouvelle voie. Nous estimons plutôt que les présents pourvois nous contraignent à réitérer et à renforcer la norme relative à l’intervention des cours d’appel. La Cour doit en particulier clarifier le rôle que jouent les fourchettes de peines et les points de départ dans le contrôle en appel des peines.

[32] Le rapport entre les lignes directrices fondées sur une appréciation quantitative fournies par les cours d’appel et la norme de contrôle applicable en appel a donné lieu à des échanges entre des tribunaux de toutes les instances. Mais les arrêts *Lacasse* et *Friesen* ont clos le débat, et ils ne laissent aucune place au doute, à l’interprétation ou à l’équivoque. Dans l’arrêt *Friesen*, notre Cour a déclaré clairement que « [l]es 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 [Arcand], par. 116-118 et 273 » (par. 37 (nous soulignons)). Le procureur général de l’Alberta est intervenu dans les présents pourvois pour faire valoir que ce passage se prêtait à plusieurs interprétations, car les paragraphes de l’arrêt *Arcand* qui y sont cités reflètent fidèlement les balises fournies par notre Cour dans l’arrêt *Lacasse*. Dans l’arrêt *Lacasse*, par. 67, notre Cour

and for no reason from the contemplated sentences” (emphasis added).

[33] While we agree that the Court of Appeal’s comments in *Arcand* do *closely* mirror this Court’s direction in *Lacasse*, there is an important distinction between *Arcand* and this Court’s sentencing jurisprudence. The clear direction from this Court is that “[a]ppellate courts cannot treat the departure from or the failure to refer to a range of sentence . . . as an error in principle” (*Friesen*, at para. 37 (emphasis added)). The Court of Appeal in *Arcand*, however, suggested the contrary, stating “that sentencing judges will give due consideration to those starting points and the process that starting point sentencing entails” (at para. 273 (emphasis added)). To resolve any possible ambiguity that could have survived *Friesen*, we say this: the directions relating to the binding nature of starting points or the starting-point approach as set out in *Arcand* have been overtaken by *Lacasse* and *Friesen* and no longer reflect the required standard of appellate review.

[34] While the goal of the starting-point methodology has been framed as “uniformity of approach” (*Arcand*, at para. 92; *R. v. Johnas* (1982), 41 A.R. 183 (C.A.), para. 31), the standard of review limits its function in this regard. Certainly, it is open to appellate courts to provide guidance to assist sentencing judges in minimizing idiosyncrasies and to promote consistency in approaches to sentencing. As *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, and *Friesen* make clear, however, there is no one uniform approach to sentencing in Canada. Attempts to create a single uniform approach are therefore misguided. Different cases may require different methods, and

a affirmé qu’« une dérogation à une telle fourchette ou catégorie ne constitue pas une erreur de principe et ne saurait à elle seule justifier automatiquement l’intervention d’une cour d’appel, à moins que la peine infligée ne s’écarte nettement et sans motif de celles prévues » (nous soulignons).

[33] Bien que nous soyons d’accord que les propos tenus par la Cour d’appel dans l’arrêt *Arcand* reflètent *fidèlement* les balises fournies par notre Cour dans l’arrêt *Lacasse*, il existe une différence marquée entre l’arrêt *Arcand* et la jurisprudence de notre Cour en matière de détermination de la peine. Notre Cour a déclaré dans les termes les plus nets que « [l]es 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 de départ comme une erreur de principe » (*Friesen*, par. 37 (nous soulignons)). Dans l’arrêt *Arcand*, la Cour d’appel laisse toutefois entendre le contraire en déclarant que [TRADUCTION] « les juges chargés de déterminer la peine accorderont toute l’attention voulue à ces points de départ pour déterminer la peine, ainsi qu’au processus qu’ils impliquent » (par. 273 (nous soulignons)). Pour lever toute ambiguïté qui pourrait subsister après l’arrêt *Friesen*, nous tenons à préciser que les indications relatives au caractère contraignant des points de départ ou de la méthode des points de départ qui ont été données dans l’arrêt *Arcand* sont devenues caduques depuis les arrêts *Lacasse* et *Friesen* et qu’elles ne correspondent plus à la norme de contrôle applicable en appel.

[34] Même si l’objectif de la méthode des points de départ est d’assurer [TRADUCTION] « la cohérence de la démarche » (*Arcand*, par. 92; *R. c. Johnas* (1982), 41 A.R. 183 (C.A.), par. 31), la norme de contrôle limite le rôle que cette méthode joue à cet égard. Certes, il est loisible aux cours d’appel de fournir des lignes directrices pour aider les juges chargés de déterminer la peine à limiter les décisions d’espèce et pour promouvoir l’uniformité des méthodes de détermination de la peine. Toutefois, comme le montrent clairement les arrêts *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, et *Friesen*, il n’existe pas d’approche uniforme en matière de détermination de la

selecting the method of sentencing is within the discretion of the sentencing judge.

[35] Moreover, it is not the role of appellate courts to enforce a uniform approach to sentencing through the application of the standard of review. Rather, the proper focus of appellate review is whether the sentence was fit and whether the judge properly applied the principles of sentencing. To be clear, those principles do not include an obligation to follow a particular uniform approach to sentencing. While promoting consistency in method of sentencing may have a role to play in setting appellate guidance, at the stage of appellate review, focusing on uniformity of approach is apt to mislead the reviewing court. Appellate courts must guard against undue scrutiny of the sentencing judge's discretionary choice of method, as this may stray from the standard of review.

[36] The key principles are as follows:

1. Starting points and ranges are not and cannot be binding in theory or in practice (*Friesen*, at para. 36);
2. Ranges and starting points are “guidelines, not hard and fast rules”, and a “departure from or failure to refer to a range of sentence or starting point” cannot be treated as an error in principle (*Friesen*, at para. 37);
3. Sentencing judges have discretion to “individualize sentencing both in method and outcome”, and “[d]ifferent methods may even be required to account properly for relevant systemic and background factors” (*Friesen*, at para. 38, citing *Ipeelee*, at para. 59); and,

peine au Canada. Les tentatives visant à créer une démarche unique et uniforme sont donc malavisées. Des cas différents peuvent commander des méthodes différentes, et le choix de la méthode de détermination de la peine relève du pouvoir discrétionnaire des juges.

[35] De plus, il n'appartient pas aux cours d'appel d'imposer une approche uniforme en matière de détermination de la peine par le biais de l'application de la norme de contrôle. Le contrôle en appel s'attache plutôt à déterminer si la peine était juste et si le juge a appliqué correctement les principes de détermination de la peine. Pour être clair, ces principes n'exigent pas que l'on suive une approche uniforme particulière en matière de détermination de la peine. Bien que la promotion de l'uniformité de la méthode de détermination de la peine puisse avoir un rôle à jouer dans l'établissement des lignes directrices données par les cours d'appel, à l'étape du contrôle en appel, insister sur la cohérence de la démarche risque d'induire le tribunal de révision en erreur. Les cours d'appel doivent se garder d'accorder une trop grande importance à la méthode qu'a retenue le juge qui a prononcé la peine, au risque de ne pas respecter la norme de contrôle applicable.

[36] Les principes essentiels sont les suivants :

1. Les points de départ et les fourchettes de peines ne sont pas et ne peuvent pas être contraignants en théorie ou en pratique (*Friesen*, par. 36);
2. Les fourchettes de peines et les points de départ sont « des lignes directrices, et non des règles absolues » et « 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 de départ » ne peut être considéré comme une erreur de principe (*Friesen*, par. 37);
3. Les juges chargés de déterminer la peine jouissent du pouvoir discrétionnaire d'adapter la peine « tant au chapitre de la méthode que de celui du résultat » et « [i]l peut même s'avérer nécessaire d'employer différentes méthodes pour tenir dûment compte des facteurs systémiques et historiques pertinents » (*Friesen*, par. 38, citant *Ipeelee*, par. 59); et

4. Appellate courts cannot “intervene simply because the sentence is different from the sentence that would have been reached had the range of sentence or starting point been applied” (*Friesen*, at para. 37). The focus should be on whether the sentence was fit and whether the judge properly applied the principles of sentencing, not whether the judge chose the right starting point or category (*Friesen*, at para. 162).

These principles settle the matter. Contrary to the Crown’s submission, it is not an open question whether sentencing judges are free to reject the starting-point approach. Sentencing judges retain discretion to individualize their approach to sentencing “[f]or this offence, committed by this offender, harming this victim, in this community” (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 80 (emphasis in original)). There is no longer space to interpret starting points (or ranges) as binding *in any sense*.

[37] Having made clear that starting points and ranges are tools and not straitjackets, we turn to the role that a sentencing range or starting point plays in appellate sentence review.

[38] As we have already stated, sentencing is an individualized process, and parity is secondary to proportionality. Therefore, departures from the starting point or sentences above or below the range are to be expected. Even significant departures are not to be treated as a *prima facie* indication of an error or demonstrable unfitness. Fitness is assessed with reference to the principles and objectives of sentencing in the *Code*, not with reference to how far the sentence departs from quantitative appellate guidance.

4. Les cours d’appel « ne peuvent [. . .] 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 » (*Friesen*, par. 37). On doit se demander si la peine était juste et si le juge a bien appliqué les principes de détermination de la peine, et non si le juge a choisi le bon point de départ ou la bonne catégorie (*Friesen*, par. 162).

Ces principes règlent la question. Contrairement à ce que prétend la Couronne, la question de savoir s’il est loisible aux juges chargés de la détermination de la peine de rejeter la méthode des points de départ ne se pose pas. Les juges chargés de prononcer la peine conservent leur pouvoir discrétionnaire d’individualiser leur méthode de détermination de la peine « [p]our cette infraction, commise par ce délinquant, ayant causé du tort à cette victime, dans cette communauté » (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 80 (souligné dans l’original)). Il n’y a plus lieu de considérer les points de départ (ou les fourchettes de peines) comme étant contraignants à *quelque titre que ce soit*.

[37] Après avoir bien précisé que les points de départ et les fourchettes de peines sont des outils et non des carcans, nous passons maintenant au rôle que jouent les fourchettes des peines et les points de départ dans le contrôle en appel des peines.

[38] Comme nous l’avons déjà dit, la détermination de la peine est une démarche individualisée, et la parité joue un rôle secondaire par rapport à la proportionnalité. Il faut donc s’attendre à des écarts par rapport aux points de départ, ainsi qu’à des peines rajustées au-dessus ou en dessous de la fourchette concernée. Même les écarts marqués ne doivent pas être considérés comme indiquant à première vue que la peine est entachée d’une erreur ou qu’elle est manifestement non indiquée. La justesse de la peine s’évalue en fonction des principes et des objectifs de la détermination de la peine prévus au *Code*, et non en fonction de l’ampleur de l’écart de la peine par rapport aux lignes directrices données par les cours d’appel sur le fondement d’une appréciation quantitative.

[39] Ultimately, the sentencing judge's reasons and the record must allow the appellate court to discern whether the sentence is fit in light of the principles and objectives in the *Code*. Section 726.2 requires the sentencing court to provide reasons for the sentence imposed. This is not a new standard in criminal law. In sentencing, as with any decision, the reasons must, when read in conjunction with the record, show why the judge reached a particular result.

[40] Most particularly, and irrespective of the modality used, the trial judge's reasons and the record must demonstrate why the sentence is proportionate to the moral blameworthiness of the offender and the gravity of the offence. This may involve adopting appellate guidance such as this Court's comments in *Friesen* on the harms of the offence. Quantitative appellate guidance may also be part of the jurisprudential background informing the gravity of the offence. As noted, it is not an error in principle for the sentencing judge to fail to refer to a starting point. Since starting points and ranges reflect the gravity of the offence, however, the sentencing judge's reasons and the record must allow the reviewing court to understand why the sentence is proportionate despite a significant departure from the range or starting point. This applies regardless of whether the reasons refer to the starting point or not. At the very least, the appellate court must be able to discern from the reasons and the record why the sentence is fit in the circumstances of the offence and the offender. We emphasize, however, that it is inappropriate for appellate courts to "artificially constrain sentencing judges' ability to impose a proportionate sentence" by requiring "exceptional circumstances" when departing from a range (*Friesen*, at paras. 111-12; *R. v. Burnett*, 2017 MBCA 122, 358 C.C.C. (3d) 123, at para. 26). Departing from a range or starting point is appropriate where required to achieve proportionality.

[39] En définitive, le dossier et les motifs du juge qui a prononcé la peine doivent permettre à la cour d'appel de déterminer si la peine est juste à la lumière des principes et des objectifs du *Code*. L'article 726.2 oblige le tribunal qui prononce la peine à motiver celle-ci. Il ne s'agit pas d'une nouvelle norme de droit criminel. En matière de détermination de la peine, les motifs doivent, lorsque lus en corrélation avec le dossier, montrer pourquoi le juge est arrivé à un résultat donné.

[40] Plus particulièrement, et indépendamment de la démarche suivie, les motifs des juges du procès et le dossier doivent démontrer en quoi la peine est proportionnelle à la culpabilité morale du délinquant et à la gravité de l'infraction. Pour ce faire, ils peuvent notamment adopter les lignes directrices données par les cours d'appel, comme celles énoncées par notre Cour dans l'arrêt *Friesen* au sujet des torts causés par l'infraction. Les lignes directrices fondées sur une appréciation quantitative qui sont données par les cours d'appel peuvent également faire partie du contexte jurisprudential permettant d'établir la gravité de l'infraction. Comme nous l'avons déjà signalé, les juges qui omettent de mentionner un point de départ ne commettent pas d'erreur de principe. Toutefois, étant donné que les points de départ et les fourchettes de peines reflètent la gravité de l'infraction, le dossier et les motifs de la décision du juge qui a prononcé la peine doivent permettre à la juridiction de révision de comprendre pourquoi la peine est proportionnée même si elle s'écarte sensiblement de la fourchette de peines ou du point de départ. Ce principe s'applique peu importe que le tribunal mentionne ou non le point de départ dans ses motifs. La cour d'appel doit à tout le moins être en mesure de déduire des motifs et du dossier pourquoi la peine est juste dans les circonstances de l'infraction et vu la situation du délinquant. Nous tenons toutefois à souligner que les cours d'appel doivent s'abstenir de « restreindre artificiellement de cette manière la faculté des juges d'infliger une peine proportionnelle » en exigeant d'eux qu'ils invoquent des « circonstances exceptionnelles » pour justifier le fait qu'ils s'écartent de la fourchette de peines (*Friesen*, par. 111-112; *R. c. Burnett*, 2017 MBCA 122, 358 C.C.C. (3d) 123, par. 26). Il est loisible aux juges de s'écarter de la fourchette de peines ou du point de départ lorsque cela s'avère nécessaire pour réaliser la proportionnalité.

[41] In *Arcand*, the Court of Appeal asked whether “starting point sentencing has a meaningful function in Canada” (para. 116). The answer is that it does, but that function is not to bind trial judges or to licence boundless appellate intervention. Quantitative sentencing tools need not be binding to provide useful guidance to busy sentencing courts. Starting-point sentences, like ranges, assist sentencing judges in their day-to-day work by providing a frame of reference and a shorthand for judicial views on the gravity of the offence. This guidance is especially important where Parliament has left open the possibility of a wide range of sentences (*R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 86).

B. *Starting Points*

[42] The Court heard many criticisms of the starting-point approach to sentencing in the course of these appeals. So long, however, as appellate courts apply the appropriate standard of review to sentencing decisions, many of these criticisms fall away. Further, any risks associated with starting-point sentencing are inherent in other forms of quantitative appellate guidance, including sentencing ranges. Such risks therefore do not serve to compel the abolition of starting-point sentencing; they do, however, demonstrate the importance of individualizing sentences and applying the proper appellate standard of review, irrespective of the form of quantitative guidance used.

[43] Moreover, a caricatured version of the starting-point approach as it is pronounced in *Arcand* should

[41] Dans l’affaire *Arcand*, la Cour d’appel s’est demandé si [TRADUCTION] « le processus de détermination de la peine axé sur les points de départ a une quelconque utilité au Canada » (par. 116). Il faut répondre par l’affirmative à cette question, en précisant toutefois que ce processus ne doit pas être contraignant pour les juges du procès ni permettre aux cours d’appel d’intervenir de façon illimitée. Les outils de détermination de la peine fondés sur une appréciation quantitative n’ont pas besoin d’être contraignants pour donner des lignes directrices utiles aux tribunaux occupés qui prononcent les peines. À l’instar des fourchettes de peines, les peines axées sur les points de départ aident les juges chargés de déterminer la peine à faire leur travail quotidien en établissant un cadre de référence et un condensé d’avis judiciaires sur la gravité de l’infraction. Ces indications sont particulièrement importantes lorsque le Parlement laisse au juge du procès toute latitude pour prononcer une vaste gamme de peines (*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 86).

B. *Points de départ*

[42] La Cour a, dans le cadre des présents pourvois, entendu de nombreuses critiques au sujet de la méthode des points de départ employée pour déterminer la peine. Toutefois, dès lors que les cours d’appel appliquent la bonne norme de contrôle aux décisions en matière de détermination de la peine, bon nombre de ces critiques perdent leur raison d’être. En outre, les risques associés à la détermination de la peine axée sur les points de départ font partie intégrante d’autres types de lignes directrices données par les cours d’appel sur le fondement d’une appréciation quantitative, y compris les fourchettes de peines. Ces risques ne commandent donc pas l’abolition de la méthode de détermination de la peine axée sur les points de départ; ils illustrent toutefois l’importance d’individualiser les peines et d’appliquer la bonne norme de contrôle en appel, indépendamment de la forme sous laquelle se présentent les lignes directrices fondées sur une appréciation quantitative auxquelles on a recours.

[43] Il ne faut pas non plus se fonder sur la version caricaturale de la méthode des points de départ

not be relied on to reject starting points altogether. Focussing on *Arcand* fails to account for both subsequent developments in the law in Alberta (see, e.g., *R. v. Stewart*, 2021 ABCA 79, 21 Alta. L.R. (7th) 213; *R. v. Gandour*, 2018 ABCA 238, 73 Alta. L.R. (6th) 26, at para. 55) and jurisprudence in other jurisdictions that use starting points. In Manitoba, for instance, the Court of Appeal has been clear that starting points are simply tools or guidelines, “not rigid tariffs that fetter the discretion of a sentencing judge to impose an individualized sentence” (*Burnett*, at para. 10; see also *R. v. Sidwell*, 2015 MBCA 56, 319 Man. R. (2d) 144, at para. 50). Other jurisprudence thus shows that the starting-point approach can be compatible with the principles of sentencing and the standard of review on appeal. The starting-point methodology ought not to be rejected wholesale by focusing on pre-*Friesen* cases decided at a time in which the Court of Appeal of Alberta still spoke of starting points as binding. As we have made clear, and as the Court of Appeal of Alberta has acknowledged in *Stewart* and *Gandour*, starting points are *not* binding and the jurisprudence of this Court prevails over any case law that suggests otherwise.

[44] While not binding, however, sentencing ranges and starting points *are* useful tools because they convey to sentencing judges an appreciation of the gravity of the offence. And, as we have already observed, they offer judges a place to begin their thinking. When applying these tools, sentencing judges must individualize the sentence in a way that accounts for both aspects of proportionality: the gravity of the offence and the offender’s individual circumstances and moral culpability. At the stage of individualizing the sentence, the sentencing judge must therefore consider “all of the relevant factors and circumstances, including the status and life experiences, of the person standing before them” (*Ipeelee*, at para. 75). Those factors and circumstances may well justify a significant downward or upward adjustment in the sentence imposed.

proposée dans l’arrêt *Arcand* pour rejeter d’emblée les points de départ. En se concentrant sur l’arrêt *Arcand*, on méconnaît l’évolution subséquente du droit en Alberta (voir, p. ex., *R. c. Stewart*, 2021 ABCA 79, 21 Alta. L.R. (7th) 213; *R. c. Gandour*, 2018 ABCA 238, 73 Alta. L.R. (6th) 26, par. 55) et de la jurisprudence d’autres provinces et territoires où la méthode des points de départ est utilisée. Au Manitoba, par exemple, la Cour d’appel a clairement indiqué que les points de départ sont simplement des outils ou des lignes directrices, et [TRADUCTION] « non des barèmes rigides entravant le pouvoir discrétionnaire du juge d’infliger une peine individualisée » (*Burnett*, par. 10; voir aussi *R. c. Sidwell*, 2015 MBCA 56, 319 Man. R. (2d) 144, par. 50). Il existe donc d’autres décisions qui montrent que la méthode des points de départ peut être compatible avec les principes de la détermination de la peine et avec la norme de contrôle applicable en appel. Il ne faut pas rejeter en bloc la méthode des points de départ en insistant sur des décisions qui ont été rendues avant l’arrêt *Friesen*, à une époque où la Cour d’appel de l’Alberta jugeait encore que les points de départ étaient contraignants. Comme nous l’avons clairement indiqué, et tel que la Cour d’appel de l’Alberta l’a reconnu dans les arrêts *Stewart* et *Gandour*, les points de départ *ne* sont *pas* contraignants, et la jurisprudence de notre Cour prévaut sur toute jurisprudence qui suggère le contraire.

[44] Bien qu’ils ne soient pas contraignants, les fourchettes de peines et les points de départ *constituent* des balises utiles parce qu’ils permettent aux juges chargés de déterminer la peine d’apprécier la gravité de l’infraction. Et, comme nous l’avons déjà fait observer, ils offrent aux juges des points de repère pour amorcer leur réflexion. Lorsqu’ils utilisent ces outils, les juges doivent individualiser la peine de manière à tenir compte des deux aspects de la proportionnalité : la gravité de l’infraction et la situation personnelle du délinquant et sa culpabilité morale. À l’étape de l’individualisation de la peine, les juges chargés de déterminer la peine doivent par conséquent examiner « tous les facteurs et toutes les circonstances propres à la personne qui se trouve devant eux, y compris sa situation et son vécu » (*Ipeelee*, par. 75). Ces facteurs et ces circonstances peuvent fort bien justifier un rajustement significatif à la baisse ou à la hausse de la peine.

[45] Starting points also do not relieve the sentencing judge from considering all relevant sentencing principles. The principles of denunciation and deterrence are generally built into starting points and reflected in ranges, but those objectives “cannot be allowed to obliterate and render nugatory or impotent other relevant sentencing objectives” (*R. v. Okimaw*, 2016 ABCA 246, 340 C.C.C. (3d) 225, at para. 90). When conducting an individualized analysis, sentencing judges are expected to account for other relevant sentencing objectives, including rehabilitation and restraint. Indeed, this Court has held that the 1996 sentencing reforms were intended to both ensure courts consider restorative justice principles and to address the problem of over-incarceration in Canada (*Gladue*, at para. 57; *Proulx*, at paras. 16-20). Sentencing judges have discretion over which objectives to prioritize (*Nasogaluak*, at para. 43; *Lacasse*, at para. 54) and may choose to weigh rehabilitation and other objectives more heavily than “built-in” objectives like denunciation and deterrence. Appellate courts should not lose sight of these principles — nor the deferential standard of review — when reviewing sentences that depart from a starting point or range.

[46] One objection to starting points advanced in these appeals is that they can easily harden into *de facto* minimums because they build in the mitigating factor of prior good character, thus preventing sentencing judges from relying on that factor to justify a downward departure (A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), at p. 72; *R. v. Kain*, 2004 ABCA 127, 35 Alta. L.R. (4th) 5, at para. 32, per Berger J.A.). But the same is sometimes true of ranges (*Cunningham*; *Voong*). Importantly, neither tool incorporates other potential mitigating circumstances or *Gladue* factors, nor should it. Appellate sentencing guidance ought not to purport to pre-weigh or

[45] Les points de départ ne dispensent pas non plus les juges chargés de déterminer la peine de tenir compte de tous les principes applicables en la matière. Les principes de la dénonciation et de la dissuasion sont généralement des objectifs intrinsèques des points de départ et sont reflétés dans les fourchettes de peines, mais [TRADUCTION] « on ne saurait permettre à ces objectifs de réduire à néant et de rendre inopérants ou inefficaces d’autres objectifs pertinents de la détermination de la peine » (*R. c. Okimaw*, 2016 ABCA 246, 340 C.C.C. (3d) 225, par. 90). On s’attend à ce que les juges chargés de déterminer la peine tiennent compte des autres objectifs pertinents relatifs à la détermination de la peine, y compris la réinsertion sociale et la modération quant au recours à l’emprisonnement, lorsqu’ils procèdent à une analyse individualisée. D’ailleurs, notre Cour a jugé que les réformes de 1996 en matière de détermination de la peine visaient à la fois à faire en sorte que les tribunaux tiennent compte des principes de justice réparatrice et à s’attaquer au problème de la surincarcération au Canada (*Gladue*, par. 57; *Proulx*, par. 16-20). Les juges chargés de déterminer la peine jouissent du pouvoir discrétionnaire de décider à quels objectifs il faut accorder la priorité (*Nasogaluak*, par. 43; *Lacasse*, par. 54), et ils peuvent choisir d’attribuer plus de poids à la réinsertion sociale et à d’autres objectifs que des objectifs intrinsèques telles la dénonciation et la dissuasion. Les cours d’appel ne devraient pas perdre de vue ces principes — ni la norme de contrôle les obligeant à faire preuve de déférence — lorsqu’elles se penchent sur des peines qui s’écartent d’un point de départ ou d’une fourchette de peines.

[46] Une des objections aux points de départ formulées dans les présents pourvois est qu’ils peuvent facilement devenir des peines minimales *de facto* parce qu’ils intègrent le facteur atténuant des antécédents de bonne moralité, empêchant ainsi les juges chargés de la peine de tenir compte de ce facteur pour justifier un écart à la baisse (A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), p. 72; *R. c. Kain*, 2004 ABCA 127, 35 Alta. L.R. (4th) 5, par. 32, le juge Berger). Mais il en va parfois de même pour les fourchettes de peines (*Cunningham*; *Voong*). Il importe de noter que ni l’un ni l’autre de ces outils ne tient compte d’autres circonstances atténuantes

“build-in” any mitigating factors (*contra, Arcand*, at para. 135). Likewise, since starting points are intended to reflect the gravity of the offence and the resulting need for deterrence and denunciation, they should not be viewed as incorporating sentencing principles such as restraint or rehabilitation, contrary to the suggestion in *Arcand*, at para. 293. Where sentencing judges choose to refer to the starting point or range, they are not precluded from considering any factor that is “built in” as mitigating in the individual circumstances, and they retain the discretion to consider and weigh all relevant factors in their global assessment of a fit sanction. This comports with the principle that the sentencing judge must always consider all relevant individual circumstances in reaching a fit sentence tailored to the offender before the court.

[47] Moreover, when setting starting points and ranges, appellate courts must be mindful of what is built into those forms of guidance. Any inclusion of characteristics of an archetypal offender could impede individualization of sentences, rendering the guidance inconsistent with the standard of review (*M. (C.A.)*, at para. 90; *Nasogaluak*, at para. 43) and with Parliament’s express choice to vest sentencing judges with the discretion to determine a fit sanction (*Code*, s. 718.3(1)). While this Court’s role is not to dictate how provincial appellate courts should establish sentencing ranges and starting points, we emphasize that those tools are applicable only inasmuch as they solely speak to the gravity of the offence. By restricting starting points and ranges to strictly offence-based considerations, they will continue to be useful to sentencing judges without fettering their

potentielles ou des facteurs énoncés dans l’arrêt *Gladue*, et qu’ils ne doivent pas non plus les intégrer. Les lignes directrices données par les cours d’appel en matière de détermination de la peine ne sont pas censées préjuger ou « intégrer » *quelque* circonstance atténuante *que ce soit* (*contra, Arcand*, par. 135). De même, puisqu’ils sont censés refléter la gravité de l’infraction — d’où la nécessité de tenir compte des principes de dissuasion et de dénonciation —, les points de départ ne devraient pas être considérés comme incorporant des principes de détermination de la peine tels que la modération dans le recours à l’emprisonnement ou la réinsertion sociale, contrairement à ce que la Cour d’appel a laissé entendre dans l’arrêt *Arcand*, par. 293. Lorsque les juges chargés de la détermination de la peine décident de se référer à un point de départ ou une fourchette de peines, rien ne les empêche de tenir compte de tout facteur qui est « intégré » et de le considérer comme une circonstance atténuante dans la situation en cause, de sorte que le pouvoir discrétionnaire d’examiner et de soupeser tout facteur pertinent dans leur évaluation globale de la sanction juste est conservé. Ces considérations s’accordent avec le principe suivant lequel les juges chargés de déterminer la peine doivent toujours tenir compte de l’ensemble des circonstances individuelles pertinentes pour infliger une peine juste et adaptée au délinquant qui se trouve devant eux.

[47] De plus, lorsqu’elles fixent des points de départ et des fourchettes de peines, les cours d’appel doivent être conscientes des éléments qui font partie intégrante de ces formes de lignes directrices. Le fait de tenir compte des caractéristiques du délinquant type risque de nuire à l’individualisation de la peine et de rendre ainsi les lignes directrices incompatibles avec la norme de contrôle applicable (*M. (C.A.)*, par. 90; *Nasogaluak*, par. 43), de même qu’avec le choix exprès du Parlement de conférer aux juges chargés de la détermination de la peine le pouvoir discrétionnaire de déterminer la sanction juste (*Code*, par. 718.3(1)). Bien qu’il n’appartienne pas à notre Cour de dicter la façon dont les cours d’appel provinciales doivent établir les fourchettes de peines et les points de départ, nous insistons sur le fait que ces outils ne s’appliquent que dans la mesure où ils

discretion or impeding individualization in a way that could produce clustering of sentences.

[48] While we heard arguments regarding the clustering effect starting points *may* have on sentences, we were provided with no empirical data demonstrating this effect. Further, the literature relied on by the parties in support of this psychological “anchoring effect” relates to sentencing guidelines in other jurisdictions that involve ranges (M. W. Bennett, “Confronting Cognitive ‘Anchoring Effect’ and ‘Blind Spot’ Biases in Federal Sentencing: A Modest Solution for Reforming a Fundamental Flaw” (2014), 104 *J. Crim. L. & Criminology* 489; I. D. Marder and J. Pina-Sánchez, “Nudge the judge? Theorizing the interaction between heuristics, sentencing guidelines and sentence clustering” (2020), 20 *C.C.J.* 399). This suggests that concerns about clustering apply equally when other forms of quantitative appellate guidance are used, not solely in the context of starting points. In any event, any risk of clustering — beyond what is appropriate in seeking a proportionate sentence that reflects the principle of parity — is properly addressed by ensuring sentencing judges consider all factors relevant to each individual offender, and by clarifying the proper standard of review on appeal. Further, knowledge of this risk will go far in mitigating the potential negative impacts of clustering by ensuring sentencing courts are on guard against it.

[49] We also heard submissions that starting points impede sentencing judges in applying the principles in *Gladue* to Indigenous offenders. As noted,

portent uniquement sur la gravité de l’infraction. En limitant les points de départ et les fourchettes de peines à des considérations strictement axées sur l’infraction, ces outils continueront d’être utiles aux juges chargés de la détermination de la peine sans entraver leur pouvoir discrétionnaire et sans les empêcher d’individualiser la peine d’une manière susceptible d’entraîner l’agglutination des peines.

[48] Bien que nous ayons entendu des arguments concernant l’effet d’agglutination que les points de départ *sont susceptibles* d’avoir sur les peines, on ne nous a soumis aucune donnée empirique pour en faire la démonstration. De plus, les ouvrages cités par les parties à l’appui de cet [TRADUCTION] « effet d’ancrage » psychologique intéressent des lignes directrices sur la détermination de la peine qui sont appliquées dans d’autres provinces ou territoires qui utilisent la méthode des fourchettes de peines (M. W. Bennett, « Confronting Cognitive “Anchoring Effect” and “Blind Spot” Biases in Federal Sentencing : A Modest Solution for Reforming a Fundamental Flaw » (2014), 104 *J. Crim. L. & Criminology* 489; I. D. Marder et J. Pina-Sánchez, « Nudge the judge? Theorizing the interaction between heuristics, sentencing guidelines and sentence clustering » (2020), 20 *C.C.J.* 399). On peut en déduire que les préoccupations exprimées au sujet de l’agglutination valent tout autant lorsque d’autres formes de lignes directrices fondées sur une appréciation quantitative fournies par les cours d’appel sont utilisées, et pas uniquement dans le contexte des points de départ. Quoiqu’il en soit, on diminue tout risque d’agglutination — lorsque celle-ci compromet la recherche d’une peine proportionnée qui reflète le principe de la parité — en s’assurant que les juges chargés de déterminer la peine tiennent compte de tous les facteurs pertinents pour chaque délinquant, et en clarifiant la norme de contrôle appropriée en appel. En outre, la conscience de ce risque contribuera grandement à atténuer les éventuels effets négatifs de l’agglutination en faisant en sorte que les tribunaux chargés de déterminer les peines se prémunissent contre ce phénomène.

[49] Nous avons également entendu des arguments selon lesquels les points de départ empêchent les juges chargés de déterminer la peine d’appliquer

sentencing judges have the authority to adopt a different and individualized method of sentencing to reach a fit sentence for Indigenous offenders (*Ipeelee*, at para. 59). This does not mean that *Gladue* and starting-point methodologies are mutually incompatible. When applied properly, starting points do not prevent judges from giving effect to s. 718.2(e) and the principles in *Gladue*, as demonstrated by *R. v. Skani*, 2002 ABQB 1097, 331 A.R. 50, a case involving the three-year starting point from *Johnas*, and *R. v. Paul*, 2016 ABPC 113, a case engaging the eight-year starting point from *R. v. Matwiy* (1996), 178 A.R. 356 (C.A.). In *Paul*, for example, *Gladue* factors played a central role in assessing the moral culpability of the offender, ultimately justifying a downward departure from the eight-year starting point to a sentence of five years (para. 56). These examples show that starting-point jurisdictions have been able to integrate *Gladue* principles into the starting-point methodology (see also *R. v. Beardy*, 2017 MBPC 32, at paras. 9, 12 and 16 (CanLII), aff'd 2018 MBCA 52).

[50] When reviewing sentences imposed on Indigenous offenders, appellate courts must bear in mind that a “formalistic approach to parity” should not be allowed to “undermine the remedial purpose of s. 718.2(e)” (*Ipeelee*, at para. 79). Whether starting points or ranges are used, sentencing judges are under an obligation to factor in the “unique circumstances of an Aboriginal offender which could reasonably and justifiably impact on the sentence imposed” (para. 72; see also *R. v. Park*, 2016 MBCA 107, 343 C.C.C. 3(d) 347, at para. 24). As recognized by the Court of Appeal of Alberta in *R. v. Swampy*, 2017 ABCA 134, 50 Alta. L.R. (6th) 240, at para. 36, “[t]here can be no sound proportionality analysis in the case of an Aboriginal offender without considering the impact of the offender’s Aboriginal heritage on his moral culpability.” The Court of Appeal has also stated that it is an error in principle for a sentencing judge to refer to *Gladue* factors without

les principes de l’arrêt *Gladue* aux délinquants autochtones. Comme nous l’avons fait observer, les juges chargés de la détermination de la peine ont le pouvoir d’adopter une méthode d’analyse individualisée différente pour fixer une peine juste dans le cas d’un délinquant autochtone (*Ipeelee*, par. 59). Cela ne veut pas dire que l’arrêt *Gladue* et la méthode des points de départ sont incompatibles. Lorsqu’on les applique correctement, les points de départ n’empêchent pas les juges de donner effet à l’al. 718.2e) et aux principes de l’arrêt *Gladue*, comme l’illustrent l’affaire *R. c. Skani*, 2002 ABQB 1097, 331 A.R. 50, dans laquelle il était question du point de départ de trois ans établi dans l’arrêt *Johnas*, et l’affaire *R. c. Paul*, 2016 ABPC 113, qui portait sur l’application du point de départ de huit ans fixé dans l’arrêt *R. c. Matwiy* (1996), 178 A.R. 356 (C.A.). Dans l’affaire *Paul*, par exemple, les facteurs énoncés dans l’arrêt *Gladue* ont joué un rôle primordial dans l’évaluation de la culpabilité morale du délinquant et justifié au bout du compte un rajustement à la baisse du point de départ de huit ans à une peine de cinq ans (par. 56). Les exemples précités démontrent que les ressorts où l’on a recours aux points de départ sont parvenus à intégrer les principes de l’arrêt *Gladue* à la méthode des points de départ (voir aussi *R. c. Beardy*, 2017 MBPC 32, par. 9, 12 et 16 (CanLII), conf. par 2018 MBCA 52).

[50] Lorsqu’elles contrôlent des peines infligées à des délinquants autochtones, les cours d’appel doivent garder à l’esprit qu’il ne faut pas laisser une « application formaliste du principe de parité [. . .] fa[ire] échec à l’objectif réparateur de l’al. 718.2e) » (*Ipeelee*, par. 79). Peu importe qu’ils utilisent les points de départ ou les fourchettes de peines, les juges chargés de déterminer la peine ont l’obligation de tenir compte des « circonstances particulières dans lesquelles sont placés les Autochtones, lorsqu’on peut conclure sur une base raisonnable et justifiée qu’elles sont susceptibles d’affecter la peine à imposer » (par. 72; voir aussi *R. c. Park*, 2016 MBCA 107, 343 C.C.C. (3d) 347, par. 24). Comme l’a reconnu la Cour d’appel de l’Alberta dans l’arrêt *R. c. Swampy*, 2017 ABCA 134, 50 Alta. L.R. (6th) 240, par. 36, [TRADUCTION] « [i] ne peut y avoir de bonne analyse de la proportionnalité dans le cas d’un délinquant autochtone si l’on fait abstraction des

considering the impact of those factors on moral blameworthiness (*R. v. Bird*, 2021 ABCA 243, at para. 20 (CanLII)).

[51] Another argument advanced before us is that starting points are inconsistent with s. 718.2(d) of the *Code*, which demands that trial judges consider sentences other than imprisonment in appropriate cases (*R. v. Drake* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 220 (P.E.I.S.C. (App. Div.)), at para. 5). Nothing about the nature of starting points or ranges compels this result. But this Court was clear in *Lacasse* that courts may have few options other than imprisonment where general or specific deterrence and denunciation must be emphasized, as in this case (*Lacasse*, at para. 6). As we have discussed, ranges and starting points are properly understood as a reflection of the gravity of the offence. The reality is that the gravity of some offences may effectively remove the option of non-custodial sentences.

[52] Further, in cases involving Indigenous offenders, starting points do not relieve sentencing judges from considering whether “different or alternative sanctions may more effectively achieve the objectives of sentencing in a particular community” (*Ipeelee*, at para. 74). For example, in *Skani*, the starting-point sentence of 3 years’ imprisonment was reduced to a sentence of 23 months served in the community, taking into account “the perspective of the aboriginal offender’s community” (para. 66). As with every offender, but especially Indigenous offenders, consideration of different sanctions reflects the second arm of the proportionality assessment. That is, while the gravity of the offence may dictate a custodial sentence, the offender’s individual situation must also support the sentence imposed.

conséquences de l’héritage autochtone du délinquant sur sa culpabilité morale. » La Cour d’appel a ajouté que le juge chargé de la détermination de la peine commet une erreur de principe en mentionnant les facteurs de l’arrêt *Gladue* sans tenir compte de l’incidence de ces facteurs sur la culpabilité morale (*R. c. Bird*, 2021 ABCA 243, par. 20 (CanLII)).

[51] Un autre argument qui a été plaidé devant nous est que les points de départ sont incompatibles avec l’al. 718.2d du *Code*, qui exige que les juges du procès examinent la possibilité de sanctions autres que l’incarcération dans les cas qui s’y prêtent (*R. c. Drake* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 220 (C.S.Î.-P.-É. (Div. app.)), par. 5). Or, rien dans la nature des points de départ ou des fourchettes de peines n’impose ce résultat. Notre Cour a toutefois clairement indiqué dans l’arrêt *Lacasse* que les tribunaux disposent de très peu de moyens, mis à part l’emprisonnement, dans les cas où la dissuasion générale ou spécifique et la dénonciation doivent primer, comme en l’espèce (*Lacasse*, par. 6). Comme nous l’avons vu, les fourchettes de peines et les points de départ sont à juste titre considérés comme des méthodes reflétant la gravité de l’infraction. Dans les faits, la gravité de certaines infractions risque effectivement d’écarter l’option d’infliger une peine non privative de liberté.

[52] En outre, dans les affaires impliquant des délinquants autochtones, les points de départ ne dispensent pas les juges chargés de déterminer la peine de l’obligation de se demander si « l’imposition de sanctions différentes ou substitutives peut permettre d’atteindre plus efficacement les objectifs de détermination de la peine dans une collectivité donnée » (*Ipeelee*, par. 74). Par exemple, dans l’affaire *Skani*, la peine de 3 ans d’emprisonnement infligée comme point de départ a été ramenée à une peine de 23 mois à purger au sein de la collectivité, compte tenu de [TRADUCTION] « la perspective de la communauté du délinquant autochtone » (par. 66). Comme pour tout délinquant, mais surtout pour les délinquants autochtones, la prise en considération de sanctions différentes correspond au second volet de l’analyse de la proportionnalité. Autrement dit, bien que la gravité de l’infraction puisse commander une peine privative de liberté, la situation individuelle du délinquant doit également justifier la peine infligée.

[53] A final concern raised by these appeals is that starting-point sentencing, through the use of judicially created categories, is a quasi-legislative endeavour. Judicially created categories for sentencing are not, however, unique to starting points; both the range and starting-point approaches rely on categorization of offences to ensure parity (*Lacasse*, at paras. 2 and 51; *Arcand*, at para. 93). This Court has recognized that courts may use categories to situate conduct along a continuum for the purposes of sentencing (*Lacasse*, at para. 67). Categorization can make sentencing more manageable, since many offences under the *Code* cover a wide range of conduct and may attract a broad range of sentences (*McDonnell*, at para. 85). Categorization assists sentencing judges by breaking down a single offence under the *Code* based on factors such as the type of conduct at issue, the circumstances in which it was committed, and the consequences for the victim or community (*Arcand*, at para. 95). Appellate courts are entitled to conclude that certain forms of conduct are generally more serious and thus should attract a higher range or starting point.

[54] The risk of incursion into the legislative sphere arises only where an appellate court departs from the standard of review by treating a sentencing judge's failure to select the "correct" category as an error in principle. As always, the reviewing court is limited to questioning whether there is an error in principle that impacted the sentence or whether the sentence is demonstrably unfit. In some cases, mischaracterization of the offence will result in a sentence that is demonstrably unfit, but only if selecting the "wrong" category led the trial judge to misapprehend the gravity of the offence. An appellate court cannot conclude that the sentence is unfit simply because the judge failed to adhere to a judicially created category or range. Further, as in *Friesen*, a sentencing judge may make a "reasoned choice" — based on individualized factors — to place an offence in a sub-category even

[53] Une dernière préoccupation soulevée par les présents pourvois est que la détermination de la peine axée sur les points de départ constitue une entreprise quasi législative, du fait que l'on recourt à des catégories créées par les tribunaux. La création, par les tribunaux, de catégories en matière de détermination de la peine n'est toutefois pas le propre de la méthode des points de départ; la méthode des fourchettes des peines et celle des points de départ reposent toutes les deux sur l'établissement de catégories d'infractions pour assurer la parité (*Lacasse*, par. 2 et 51; *Arcand*, par. 93). Notre Cour a reconnu que les tribunaux peuvent utiliser des catégories pour situer l'acte reproché le long d'un spectre de gravité aux fins de détermination de la peine (*Lacasse*, par. 67). L'établissement de catégories peut rendre la détermination de la peine plus facile à gérer, étant donné que bon nombre des infractions au *Code* visent une large gamme d'actes et sont assorties d'une foule de peines (*McDonnell*, par. 85). La création de catégories facilite la tâche des juges chargés de déterminer la peine en particulierisant les infractions au *Code* en fonction de facteurs tels que le type de comportement en cause, les circonstances dans lesquelles l'acte reproché a été commis et ses répercussions sur la victime ou la collectivité (*Arcand*, par. 95). Il est loisible aux cours d'appel de conclure que certains types de comportements sont généralement plus graves et devraient donc justifier une fourchette de peines ou des points de départ plus élevés.

[54] Le risque d'usurpation des pouvoirs législatifs n'existe que lorsqu'une cour d'appel déroge à la norme de contrôle applicable en qualifiant d'erreur de principe l'omission du juge chargé de déterminer la peine de choisir la « bonne » catégorie. Comme toujours, la seule question que la juridiction de révision doit se poser est celle de savoir si le juge a commis une erreur de principe qui a eu une incidence sur la détermination de la peine ou si la peine est manifestement non indiquée. Dans certains cas, le fait de mal qualifier l'infraction entraînera une peine manifestement non indiquée, mais seulement si le choix de la « mauvaise » catégorie a amené le juge du procès à mal apprécier la gravité de l'infraction. Une cour d'appel ne peut conclure que la peine n'est pas indiquée simplement parce que le juge n'a pas respecté une catégorie ou une fourchette créée par

where the established criteria for that sub-category do not apply.

IV. Application: Sentences on Appeal

A. *Setting a Starting Point*

[55] In our view, the Court of Appeal did not err in setting a starting point for wholesale fentanyl trafficking. Relying heavily on para. 57 of *Lacasse*, in which this Court stated that sentencing ranges are “nothing more than summaries of the minimum and maximum sentences imposed in the past”, Mr. Felix argues that there was insufficient case law on sentencing for fentanyl trafficking to allow the Court of Appeal to create a “prospective” starting point (A.F. (F.), at paras. 86-87). Relatedly, Mr. Felix urges this Court to reject the creation of a starting point in this case on the basis that it is beyond an appellate court’s purview to determine the gravity of an offence without a “broad jurisprudential base” (A.F. (F.), at para. 100). In effect, Mr. Felix takes the position that there must be a sufficient “historical portrait” before an appellate court may set a range or a starting point.

[56] It is true that appellate courts often ground quantitative guidance in judicial experience and past decisions. As noted in *Friesen*, at para. 33, “[p]recedents embody the collective experience and wisdom of the judiciary.” It is unnecessary, however, for a provincial appellate court to wait for the development of a “historical portrait” of past sentences to give guidance on the gravity of the offence. As noted, this Court has affirmed that appellate courts must sometimes “set a new direction” that reflects a contemporary understanding of the gravity of the offence (*Friesen*, at para. 35).

les tribunaux. De plus, comme dans l’affaire *Friesen*, les juges chargés de déterminer la peine peuvent faire un « choix sensé » — fondé sur des facteurs individualisés — pour situer une infraction dans une sous-catégorie, même lorsque les critères établis pour cette sous-catégorie ne s’appliquent pas.

IV. Application : Examen des peines en appel

A. *Fixation d’un point de départ*

[55] À notre avis, la Cour d’appel n’a pas commis d’erreur dans la fixation d’un point de départ pour le trafic de fentanyl à grande échelle. Tablant fortement sur le par. 57 de l’arrêt *Lacasse*, dans lequel notre Cour déclarait que les fourchettes de peines « ne sont rien de plus que des condensés des peines minimales et maximales déjà infligées », M. Felix soutient qu’il n’y a pas une jurisprudence suffisante sur la détermination de la peine pour le trafic de fentanyl pour permettre à la Cour d’appel de créer un point de départ [TRADUCTION] « applicable pour l’avenir » (m.a. (F.), par. 86-87). Dans le même ordre d’idées, M. Felix exhorte notre Cour à écarter la création d’un point de départ en l’espèce au motif qu’il n’est pas du ressort d’une cour d’appel de déterminer la gravité d’une infraction à défaut d’un [TRADUCTION] « fondement jurisprudentiel solide » (m.a. (F.), par. 100). En fait, M. Felix est d’avis que la cour d’appel doit disposer d’un « portrait historique » suffisant avant de pouvoir fixer une fourchette de peines ou un point de départ.

[56] Il est vrai que les cours d’appel s’inspirent souvent de l’expérience judiciaire et de décisions antérieures pour formuler des lignes directrices fondées sur une appréciation quantitative. Comme la Cour le fait remarquer dans l’arrêt *Friesen*, par. 33, « [l]es précédents incarnent l’expérience collective et la sagesse des juges. » Il n’est toutefois pas nécessaire qu’une cour d’appel provinciale attende que se développe un « portrait historique » de peines infligées pour donner des indications au sujet de la gravité de l’infraction. Comme nous l’avons déjà mentionné, notre Cour a confirmé que les cours d’appel doivent parfois « établir une nouvelle orientation » qui traduit la conception courante de la gravité de l’infraction (*Friesen*, par. 35).

[57] It follows that provincial appellate courts are not restricted to providing guidance *only* where a historical body of precedent has developed; they may also revise the sentencing landscape. Just as the Court in *Friesen* provided guidance to ensure sentencing judges would appreciate the harm of sexual offences against children, it was open to the Court of Appeal in this case to set out guidance conveying the gravity of wholesale trafficking in fentanyl. Regardless of the form of guidance at issue, appellate courts may consider the harms involved in a given offence and conclude that further guidance is needed to ensure lower courts appreciate the gravity of the offence. Accepting the appellant’s position would not only be contrary to this Court’s direction in *Friesen*, it would result in a perverse waiting game in which the court of appeal must delay providing quantitative guidance — such as a starting point or appropriate range reflecting the harmfulness of a new drug — until there are sufficient sentencing decisions (and sufficient instances of harm to victims and to society) to be considered a “historical portrait”.

[58] Moreover, the core offence in this case — drug trafficking — is not new. As the Crown points out, “[d]rug trafficking as an offence is easily quantifiable by reference to a variety of independent factors such as volume of drugs, price, and level of commerciality” (R.F., at para. 92). Another key factor in the categorization of drug offences, both in relation to criminality and sentencing, has always been the nature of the drug at issue. The composition and dangers of the drugs trafficked may change quickly. As the harms caused by the substance speak directly to the gravity of the offence, appellate courts may step in to provide guidance to ensure sentences reflect those harms, even where the drug is relatively

[57] Il s’ensuit que les cours d’appel provinciales ne se bornent pas à fournir des indications *uniquement* lorsqu’un ensemble de décisions rendues pendant une certaine période s’est développé; elles peuvent également redéfinir les règles encadrant la détermination de la peine. Tout comme, dans l’arrêt *Friesen*, la Cour a proposé des balises pour s’assurer que les juges chargés de déterminer la peine prennent la pleine mesure des torts causés aux enfants victimes d’agressions sexuelles, il était loisible à la Cour d’appel en l’espèce de donner des indications pour bien faire comprendre la gravité du trafic de fentanyl à grande échelle. Peu importe la forme des lignes directrices en cause, les cours d’appel peuvent tenir compte des torts causés par une infraction donnée et conclure que des lignes directrices supplémentaires s’avèrent nécessaires pour veiller à ce que les juridictions inférieures prennent la pleine mesure de la gravité de l’infraction. Accepter la position de l’appelant irait non seulement à l’encontre des orientations données par notre Cour dans l’arrêt *Friesen*, mais donnerait lieu à une temporisation absurde qui obligerait la cour d’appel à retarder l’émission de lignes directrices fondées sur une appréciation quantitative — comme un point de départ ou une fourchette de peines appropriées reflétant la nocivité d’une nouvelle drogue —, jusqu’à ce qu’il y ait suffisamment de décisions en matière de détermination de la peine (et suffisamment d’exemples de torts causés aux victimes et à la société) pour qu’elles puissent considérer qu’elles disposent d’un « portrait historique ».

[58] De plus, la principale infraction dont il s’agit en l’espèce — le trafic de drogues — n’est pas nouvelle. Comme le souligne la Couronne, [TRANSDUCTION] « [i]l est facile de quantifier le trafic de drogues en tant qu’infraction en fonction de multiples facteurs indépendants tels que le volume de drogues, le prix et le degré de commercialisation » (m.i., par. 92). Un autre facteur clé dans la catégorisation d’infractions en matière de drogue, tant en ce qui concerne la criminalité que la détermination de la peine, a toujours été la nature de la drogue en cause. La composition des drogues faisant l’objet d’un trafic et les dangers qu’elles représentent peuvent changer rapidement. Comme les torts causés par la substance

new. We underscore the importance of this fact because harm-based analyses are not an unfamiliar judicial exercise in the sentencing context (*Friesen*, at para. 114).

[59] Further, the Court of Appeal was entitled to take the lead and consider the public health crisis in Alberta in the creation of the nine-year starting point. It is noteworthy that Alberta has one of the highest rates of opioid-related deaths and overdoses, relative to other provinces and territories (L. Belzak and J. Halverson, “The opioid crisis in Canada: a national perspective” (2018), 38 *H.P.C.D.P.C.* 224). As Lamer C.J. stated in *M. (C.A.)*, at para. 91, a just and appropriate sentence may take into consideration “the needs and current conditions of and in the community”. Local conditions may enter into the assessment of the gravity of the offence and militate in favour of prioritizing certain sentencing goals (*Lacasse*, at paras. 13 and 89). We stress that other jurisdictions are free to establish ranges or starting points that differ from that in Alberta, as any sentencing guidance should strive to reflect and be responsive to the local conditions in those jurisdictions.

[60] In addition to Mr. Felix’s concerns, Mr. Parranto urges the Court to reject the creation of a starting point in this case on the basis that there “is no evidence to support a contention that the [opioid] crisis was created or caused by overly lenient sentences for drug traffickers” (A.F. (P.), at para. 44). Even if “criminal justice responses alone cannot solve the problem”, however, the courts must use the tools Parliament has provided to address societal ills (*Friesen*, at para. 45). Parliament has chosen to employ the mechanisms of criminal law and sentencing law to advance public safety, hold those who

témoignent directement de la gravité de l’infraction, les cours d’appel peuvent intervenir pour donner des indications afin de s’assurer que les peines reflètent les torts en question, même lorsqu’il s’agit d’une drogue relativement nouvelle. Nous insistons sur ce fait, car il n’est pas inhabituel que les tribunaux procèdent à une analyse axée sur les torts dans le contexte de la détermination de la peine (*Friesen*, par. 114).

[59] En outre, la Cour d’appel était en droit de prendre les devants et de tenir compte de la crise de santé publique qui sévit en Alberta en créant un point de départ de neuf ans. Il convient de noter que l’Alberta affiche l’un des taux les plus élevés de décès et de surdoses liés aux opioïdes par rapport aux autres provinces et territoires (L. Belzak et J. Halverson, « La crise des opioïdes au Canada : une perspective nationale » (2018), 38 *P.S.P.M.C.C.* 224). Ainsi que le juge en chef Lamer l’a déclaré dans l’arrêt *M. (C.A.)*, par. 91, pour infliger une peine juste et appropriée, le juge peut prendre en considération « les besoins de la communauté et les conditions qui y règnent ». La situation à l’échelle locale peut jouer dans l’évaluation de la gravité de l’infraction et militer en faveur de la priorisation de certains objectifs en matière de détermination de la peine (*Lacasse*, par. 13 et 89). Nous insistons sur le fait qu’il est loisible aux autres provinces et territoires d’établir des fourchettes de peines et des points de départ différents de ceux de l’Alberta, puisque toute balise en matière de détermination de la peine devrait s’efforcer de refléter la situation qui existe à l’échelle locale dans ces provinces et territoires.

[60] Outre les réserves formulées par M. Felix, M. Parranto exhorte la Cour à refuser de créer en l’espèce un point de départ, au motif que [TRANSDUCTION] « rien ne permet d’affirmer que la crise [des opioïdes] découle des peines trop clémentes infligées aux trafiquants de drogues » (m.a. (P.), par. 44). Même si « les réponses de la justice pénale ne permettent pas à elles seules de résoudre le problème », il incombe aux tribunaux d’utiliser les moyens fournis par le Parlement pour s’attaquer aux maux de la société (*Friesen*, par. 45). Le Parlement a opté pour les mécanismes du droit criminel et des

distribute drugs accountable, and communicate the wrongfulness of poisoning people and communities. This is perhaps most apparent in the maximum sentence for trafficking in a Schedule I drug, which is life in prison (*CDSA*, s. 5(3)(a)). As stated in *Friesen*, “[m]aximum penalties are one of Parliament’s principal tools to determine the gravity of the offence” (para. 96, citing 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).

[61] We reiterate that the nine-year starting point is just “one tool among others that [is] intended to aid trial judges in their work” (*Lacasse*, at para. 69). Sentencing judges are free to depart from the starting point and move up or down from this marker based on the specific characteristics of the offender in order to meet the primary sentencing principle of proportionality.

B. *Mr. Felix*

[62] Mr. Felix entered guilty pleas to two counts of trafficking in fentanyl and two counts of trafficking in cocaine, both contrary to s. 5(1) of the *CDSA*. He entered his guilty pleas after exhausting his *Charter* challenges related to these offences. The following is a summary of the pertinent facts derived from an Agreed Statement of Facts.

[63] Mr. Felix was the directing mind of a drug trafficking operation in Fort McMurray, Alberta, that included selling drugs destined for Nunavut (sentencing reasons (Felix), at para. 15 (CanLII)). It was structured as a “dial-a-dope” operation with “runners” filling orders from the stash location and remitting the proceeds to a “boss”, who then, in turn,

règles encadrant la détermination de la peine pour accroître la sécurité publique, tenir les individus qui distribuent des drogues responsables de leurs actes et exprimer le caractère répréhensible de ces actes qui empoisonnent la vie des citoyens et des collectivités. Cette volonté du Parlement ressort peut-être encore plus clairement de la peine maximale qu’il a prévue pour le trafic des drogues visées à l’annexe I, en l’occurrence l’emprisonnement à perpétuité (*LRDS*, al. 5(3)a)). Comme la Cour l’a mentionné dans l’arrêt *Friesen*, « [l]es peines maximales sont l’un des principaux outils dont dispose le législateur pour établir la gravité de l’infraction » (par. 96, citant C. C. Ruby et autres, *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).

[61] Nous rappelons que le point de départ de neuf ans n’est qu’un « outil parmi d’autres destinés à faciliter la tâche des juges d’instance » (*Lacasse*, par. 69). Les juges chargés de la détermination de la peine sont libres de s’écarter du point de départ et d’ajuster à la hausse ou à la baisse ce point de repère à la lumière des caractéristiques propres au délinquant, afin de respecter le principe cardinal de la proportionnalité en matière de détermination de la peine.

B. *Monsieur Felix*

[62] Monsieur Felix a plaidé coupable à deux chefs d’accusation de trafic de fentanyl et à deux chefs d’accusation de trafic de cocaïne qui avaient été portés contre lui en vertu du par. 5(1) de la *LRDS*. Il a inscrit ses plaidoyers de culpabilité après avoir épuisé les contestations fondées sur la *Charte* qu’il avait formulées relativement à ces infractions. Voici un résumé des faits pertinents tiré d’un exposé conjoint des faits.

[63] Monsieur Felix était le cerveau d’un réseau de trafic de drogues qui exerçait ses activités à Fort McMurray, en Alberta, et qui vendait aussi des drogues destinées au Nunavut (motifs de détermination de la peine (Felix), par. 15 (CanLII)). Il s’agissait d’un réseau de vente de drogues « sur appel » dans le cadre duquel des « passeurs » exécutaient les

remitted the money to Mr. Felix weekly. The structure functioned to insulate Mr. Felix from criminal exposure.

[64] The fentanyl trafficking convictions relate to five completed transactions and one incomplete transaction. The five completed transactions involved a total of 1398 fentanyl tablets and 19.75 ounces of cocaine sold for \$76,000 (sentencing reasons (Felix), at para. 20). The one incomplete transaction involved 987 fentanyl tablets and 1974 g (69.63 ounces) of cocaine. In Fort McMurray in 2015, the 987 fentanyl tablets had an approximate street value of between \$107,000 and \$214,000 if sold by the tablet.

[65] The sentencing decision describes Mr. Felix, at the time of the offence, as a 34-year-old college-educated individual with no prior criminal record and a successful owner-operator of a non-drug related business. Mr. Felix had no physical or mental impairments, had no relevant addiction or substance abuse issues, and provided the Court with a positive presentence report indicating that, among other things, he maintains a good parental relationship with his children. Mr. Felix also provided 17 letters of reference speaking to his good character.

[66] After considering all of these factors, the sentencing judge imposed a seven-year global sentence: seven years on both counts of trafficking fentanyl to be served concurrently, and four years for each count of trafficking in cocaine to be served concurrently. The Crown appealed. The Court of Appeal found the sentence demonstrably unfit and indicated that it would have imposed a 13-year sentence on each of the two counts of trafficking in fentanyl to run concurrently. In recognition of the fact that the Crown sought a 10-year sentence at the sentencing hearing and that the parties' sentencing positions were taken when the jurisprudence was still evolving, the Court

commandes à partir d'une planque et remettaient les recettes à un « patron » qui, à son tour, remettait l'argent chaque semaine à M. Felix. L'opération était structurée de manière à protéger M. Felix de toute exposition à des poursuites criminelles.

[64] Les déclarations de culpabilité pour trafic de fentanyl concernent, dans le cas de M. Felix, cinq opérations réussies et une opération qui n'a pas abouti. Les 5 opérations complétées portaient sur un total de 1 398 comprimés de fentanyl et sur 19,75 onces de cocaïne vendues pour 76 000 \$ (motifs de détermination de la peine (Felix), par. 20). La transaction qui n'a pas abouti portait sur 987 comprimés de fentanyl et 1 974 g (69,63 onces) de cocaïne. En 2015, à Fort McMurray, les 987 comprimés de fentanyl avaient une valeur approximative de 107 000 \$ à 214 000 \$ sur le marché noir s'ils étaient vendus à l'unité.

[65] La décision du juge chargé de déterminer la peine décrit M. Felix, au moment des faits reprochés, comme un individu de 34 ans ayant fait des études collégiales, sans antécédents judiciaires, et comme un exploitant propriétaire prospère d'une entreprise non liée à la drogue. Monsieur Felix ne souffre d'aucun handicap physique ou intellectuel, n'avait aucun problème de toxicomanie ou d'alcoolisme et a soumis au tribunal un rapport présentenciel positif indiquant, notamment, qu'il entretient une bonne relation parentale avec ses enfants. Monsieur Felix a également soumis 17 lettres de recommandation attestant de sa bonne moralité.

[66] Après avoir pris en compte tous ces facteurs, le juge chargé de déterminer la peine a condamné M. Felix à une peine globale de sept ans d'emprisonnement : sept ans pour chacun des deux chefs d'accusation de trafic de fentanyl, à purger concurremment, et quatre ans pour chaque chef d'accusation de trafic de cocaïne, à purger concurremment. La Couronne a interjeté appel. La Cour d'appel a estimé que la peine était manifestement non indiquée et a précisé qu'elle aurait infligé une peine de 13 ans d'emprisonnement pour chacun des 2 chefs d'accusation de trafic de fentanyl, à purger concurremment. Reconnaisant le fait que la Couronne avait

of Appeal imposed a global 10-year term of incarceration.

[67] In our view, the Court of Appeal correctly intervened. We agree that the seven-year sentence imposed at first instance was demonstrably unfit. It is clear the sentencing judge misapprehended the gravity of the offence. After reviewing a selection of cases, the sentencing judge concluded the range in Alberta was five to seven years, while the range was five to nine and one-half years if other Canadian jurisdictions were taken into account. We agree with the Court of Appeal that the Alberta cases referred to by the sentencing judge were significantly factually distinct from this case.

[68] A more accurate range based on a review of reported case law nationally would be in the region of 8 to 15 years. For example, 8-year sentences were imposed in *Smith* (2019) (1834 pills, as part of an 11-year sentence), as well as *R. v. Leach*, 2019 BCCA 451 (11,727 pills, as part of a 16-year sentence); *R. v. Sinclair*, 2016 ONCA 683; *R. v. Solano-Santana*, 2018 ONSC 3345 (5000 pills); *R. v. White*, 2020 NSCA 33, 387 C.C.C. (3d) 106 (2086 pills); and *R. v. Borris*, 2017 NBQB 253 (4200 pills). Other sentences imposed include: an 8-year and 2-month sentence in *R. v. Sidhu*, C.J. Ontario, No. 17-821, June 16, 2017, aff'd 2019 ONCA 880, in which the offender trafficked 89 g of fentanyl and other drugs soon after being released on parole; a 10-year sentence in *R. v. Petrowski*, 2020 MBCA 78, 393 C.C.C. (3d) 102, for trafficking 51 g fentanyl where the offender used a co-accused to insulate himself from detection; 11 years for trafficking 204.5 g of a fentanyl blend in *R. v. Vezina*, 2017 ONCJ 775; 13 years for trafficking 232 g fentanyl and large quantities of other drugs as part of a sophisticated drug trafficking operation in *R. v. Mai*, [2017] O.J. No. 7248 (QL) (Ont. S.C.J.); and 15 years for a profit-motivated

reclamé une peine d'emprisonnement de 10 ans lors de l'audience de détermination de la peine et que les parties avaient exposé leur thèse au sujet de la peine alors que la jurisprudence était encore en train d'évoluer, la Cour d'appel a infligé une peine globale d'incarcération de 10 ans.

[67] À notre avis, c'est à bon droit que la Cour d'appel est intervenue. Nous convenons que la peine de sept ans d'emprisonnement infligée en première instance était manifestement non indiquée. Il est évident que le juge chargé de déterminer la peine n'a pas bien saisi la gravité de l'infraction. Après avoir passé en revue une série de décisions, il a conclu que la fourchette des peines applicable en Alberta se situait entre cinq et sept ans, tandis qu'elle s'établissait entre cinq ans et neuf ans et demi si l'on tenait compte des autres provinces et territoires canadiens. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire que les décisions albertaines citées par le juge chargé de déterminer la peine portaient sur des faits très différents de ceux de la présente affaire.

[68] Une fourchette de peines plus exacte se situerait plutôt entre 8 et 15 ans, si l'on tient compte de la jurisprudence publiée à l'échelle nationale. Par exemple, des peines de 8 ans d'emprisonnement ont été infligées dans l'affaire *Smith* (2019) (1 834 comprimés, dans le cadre d'une peine de 11 ans d'emprisonnement), ainsi que dans l'affaire *R. c. Leach*, 2019 BCCA 451 (11 727 comprimés, dans le cadre d'une peine de 16 ans d'emprisonnement); *R. c. Sinclair*, 2016 ONCA 683; *R. c. Solano-Santana*, 2018 ONSC 3345 (5 000 comprimés); *R. c. White*, 2020 NSCA 33, 387 C.C.C. (3d) 106 (2 086 comprimés); et *R. c. Borris*, 2017 NBQB 253 (4 200 comprimés). Parmi les autres peines infligées, mentionnons une peine de 8 ans et 2 mois prononcée dans l'affaire *R. c. Sidhu*, C.J. Ontario, n° 17-821, 16 juin 2017, conf. par 2019 ONCA 880, dans laquelle le contrevenant avait été reconnu coupable de trafic de 89 g de fentanyl et d'autres drogues après avoir obtenu sa libération conditionnelle; une peine d'emprisonnement de 10 ans dans l'affaire *R. c. Petrowski*, 2020 MBCA 78, 393 C.C.C. (3d) 102, pour avoir fait le trafic de 51 g de fentanyl après s'être servi d'un coaccusé pour éviter d'être découvert; 11 ans pour avoir fait

offender who was the directing mind of “a large-scale drug trafficking operation involving an enormous amount of fentanyl” in *R. v. Fuller*, 2019 ONCJ 643 (the offender possessed about 3 kg of fentanyl in the course of the conspiracy).

[69] The sentencing judge’s error with respect to the range ultimately impacted his assessment of parity. It is clear that seven years is a demonstrably unfit sentence given the gravity of this offence and sentences imposed in other cases. Indeed, cases from Alberta show a range of five to seven years for offenders who are engaged in “commercial trafficking [of fentanyl] on more than a minimal scale”, in much smaller quantities and with less sophistication than Mr. Felix (*R. v. M.M.A.*, 2018 ABQB 250, at para. 21 (CanLII); *R. v. Adams*, 2018 ABPC 82). The sentence imposed on Mr. Felix by the sentencing judge was therefore a “substantial and marked departure from the sentences customarily imposed for similar offenders committing similar crimes” (*M. (C.A.)*, para. 92).

[70] While not raised by the parties or the court below, this appeal provides an opportunity to emphasize that, when assessing the gravity of the offence, it is open to both the sentencing judge and the Court of Appeal to take into account the offender’s willingness to exploit at-risk populations and communities. In this regard, choices which demonstrate a reckless disregard for human life increase not only the gravity of the offence but the moral culpability of the offender and may amount to an aggravating factor in sentencing.

le trafic de 204,5 g d’un mélange de fentanyl dans l’affaire *R. c. Vezina*, 2017 ONCJ 775; 13 ans pour avoir fait le trafic de 232 g de fentanyl et de grandes quantités d’autres drogues dans le cadre d’une opération complexe de trafic de stupéfiants dans l’affaire *R. c. Mai*, [2017] O.J. No. 7248 (QL) (C.S.J. Ont.); et 15 ans d’emprisonnement dans le cas d’un délinquant motivé par le profit qui était la tête dirigeante [TRADUCTION] « d’un réseau de trafic de drogues à grande échelle impliquant des quantités énormes de fentanyl » dans l’affaire *R. c. Fuller*, 2019 ONCJ 643 (le délinquant avait en sa possession environ 3 kg de fentanyl dans le cadre du complot).

[69] L’erreur que le juge chargé de déterminer la peine a commise au sujet de la fourchette de peines a finalement eu une incidence sur son évaluation de la parité. Il est évident qu’une peine de sept ans est manifestement non indiquée compte tenu de la gravité de cette infraction et des peines infligées dans d’autres affaires. En effet, la jurisprudence albertaine fait état d’une fourchette de peines de cinq à sept ans pour les délinquants se livrant [TRADUCTION] « au trafic commercial de fentanyl à une échelle plus que minimale », et ce, en quantités beaucoup plus faibles et avec moins de sophistication que dans le cas de M. Felix (*R. c. M.M.A.*, 2018 ABQB 250, par. 21 (CanLII); *R. c. Adams*, 2018 ABPC 82). La peine à laquelle a été condamné M. Felix par le juge chargé de la déterminer s’écartait donc « de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires » (*M. (C.A.)*, par. 92).

[70] Bien que ce point n’ait pas été soulevé par les parties ou par la juridiction inférieure, le présent pourvoi nous donne l’occasion de souligner que, lorsqu’il s’agit d’évaluer la gravité de l’infraction, il est loisible tant aux juges chargés de la détermination de la peine qu’à la cour d’appel de tenir compte de la volonté du délinquant d’exploiter des populations et des communautés à risque. À cet égard, l’existence de choix qui témoignent d’un mépris insouciant pour la vie humaine augmente non seulement la gravité de l’infraction, mais aussi la culpabilité morale du délinquant, et peut constituer une circonstance aggravante dans la détermination de la peine.

[71] While all people and places merit protection, sentencing judges may, as they consider appropriate, give special consideration to the disproportionate harm caused to particularly vulnerable groups and/or vulnerable and remote locations, where escaping traffickers is more difficult and resources for combating addiction are more sparse. Here, for example, Mr. Felix was trafficking fentanyl destined for resale in the remote communities comprising the territory of Nunavut. As an outsider, he chose to traffic drugs to those vulnerable communities for easy money. It would have been open to the courts below to consider this as a significantly aggravating factor. Indeed, the Supreme Court of the Northwest Territories, which would “have front-line experience and understand the needs of the community where the crime was committed” (Rowe J.’s reasons, at para. 121), has specifically denounced this sort of predatory conduct:

It has been said repeatedly, but bears repeating again, trafficking in cocaine has had a devastating effect on the people in Yellowknife and elsewhere in the Northwest Territories. . . .

Those that traffic in cocaine contribute directly to this. They prey on the most vulnerable members of the community for profit. And there are those who come to this jurisdiction simply to traffic in drugs because it is lucrative. There is easy money to be made off the addiction of others. [Emphasis added].

(*R. v. Dube*, 2017 NWTSC 77, at pp. 12-13 (CanLII))

Similarly, in Ontario, trafficking fentanyl to vulnerable northern communities has been found to be an aggravating factor (*Solano-Santana*, at para. 28 (CanLII)). Accordingly, the objective harm caused by outsiders who engage in wholesale fentanyl trafficking to vulnerable communities may amount to an aggravating circumstance that carries with it the expectation that a sentence will be aimed at holding

[71] Bien que toutes les personnes et tous les lieux méritent d’être protégés, les juges chargés de la détermination de la peine peuvent, s’ils le jugent approprié, accorder une attention particulière aux torts disproportionnés causés à des groupes particulièrement vulnérables et/ou à des lieux vulnérables et éloignés, où il est plus difficile d’échapper aux trafiquants et où les ressources permettant de lutter contre la dépendance sont plus rares. Dans le cas qui nous occupe, par exemple, M. Felix faisait le trafic de fentanyl en vue de la revente dans des collectivités éloignées du territoire du Nunavut. En tant que personne de l’extérieur, il a choisi de vendre de la drogue à ces collectivités vulnérables pour toucher de l’argent facile. Il aurait été loisible aux juridictions inférieures de faire entrer en ligne de compte ce facteur à titre de circonstance aggravante importante. D’ailleurs, la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest, qui aurait « une expérience de première ligne et compren[drait] les besoins [particuliers] de la collectivité où le crime a été commis » (motifs du juge Rowe, par. 121), a expressément dénoncé ce type de comportement prédateur :

[TRADUCTION] On l’a dit à maintes reprises, mais il vaut la peine de le répéter, le trafic de cocaïne a eu un effet dévastateur sur la population de Yellowknife et ailleurs dans les Territoires du Nord-Ouest . . .

Ceux qui font le trafic de cocaïne contribuent directement à ce problème. Ils s’en prennent aux membres les plus vulnérables de la collectivité pour en tirer profit. Et il y a ceux qui viennent chez nous simplement pour se livrer au trafic de drogues parce que c’est lucratif. Il y a de l’argent facile à gagner en exploitant la dépendance d’autrui. [Nous soulignons.]

(*R. c. Dube*, 2017 NWTSC 77, p. 12-13 (CanLII))

De même, en Ontario, la vente de fentanyl dans des collectivités nordiques vulnérables a été considérée comme une circonstance aggravante (*Solano-Santana*, par. 28 (CanLII)). Par conséquent, le préjudice objectif causé par les gens de l’extérieur qui se livrent au trafic du fentanyl à grande échelle dans des collectivités vulnérables peut constituer une circonstance aggravante pour laquelle il y a lieu

the offender accountable and communicating the wrongfulness of the behaviour.

[72] We do agree, however, that Mr. Felix has strong rehabilitative prospects. He has engaged in exclusively prosocial pursuits following his arrest, has demonstrated a commitment to change, and has the clear support of many friends and family.

[73] Accordingly, the sentence of 10 years imposed by the Court of Appeal should be upheld, given the submissions at trial, a review of the case law and the aggravating and mitigating circumstances. In upholding the decision of the Court of Appeal, we emphasize that the commission of wholesale trafficking offences in fentanyl may very well be expected to attract more significant sentences as the harm to the end user and the devastating consequences to communities plagued by addiction is not contested.

C. *Mr. Parranto*

[74] Mr. Parranto entered guilty pleas on two counts of possession of fentanyl for the purposes of trafficking in a wholesale commercial operation (*CDSA*, s. 5(2)); two counts of illegal possession of a loaded handgun for use in the trafficking operation (*Criminal Code*, s. 95); one count of possession of a handgun, knowing he was prohibited by court order (*Criminal Code*, s. 117.01(1)); and breach of a recognizance (*Criminal Code*, s. 145(3)). These charges arose from events that occurred on two separate dates: March 24, 2016, and October 22, 2016. What follows is a summary of the relevant facts derived from an Agreed Statement of Facts.

[75] At the time of his March arrest, Mr. Parranto was under a lifetime firearm prohibition and was bound by a recognizance order prohibiting him from possessing controlled substances and firearms. In

de s'attendre à ce que la peine oblige le délinquant à rendre compte de ses actes, en plus de bien faire comprendre le caractère répréhensible de ses actes.

[72] Nous convenons toutefois que le potentiel de réinsertion sociale de M. Felix est excellent. Depuis son arrestation, il s'est engagé dans des activités exclusivement prosociales et a démontré sa volonté de changer, en plus de bénéficier du soutien évident de nombreux amis et de sa famille.

[73] En conséquence, la peine de 10 ans d'emprisonnement à laquelle il a été condamné par la Cour d'appel devrait être confirmée, compte tenu des arguments présentés au procès, de l'examen de la jurisprudence et des circonstances aggravantes et atténuantes. En confirmant la décision de la Cour d'appel, nous tenons à souligner que la perpétration d'infractions de trafic de fentanyl à grande échelle pourrait fort bien entraîner des peines plus lourdes, car les torts causés aux consommateurs de ces substances et les conséquences dévastatrices pour les collectivités touchées par le fléau de la dépendance ne sont pas contestés.

C. *Monsieur Parranto*

[74] Monsieur Parranto a inscrit des plaidoyers de culpabilité à deux chefs d'accusation de possession de fentanyl en vue d'en faire le trafic dans le cadre d'un réseau de vente commerciale à grande échelle (*LRDS*, par. 5(2)), à deux chefs d'accusation de possession illégale d'une arme de poing chargée en vue de l'utiliser dans le cadre de son réseau de trafic de drogues (*Code criminel*, art. 95); à un chef d'accusation de possession d'une arme de poing, sachant que cela lui était interdit par une ordonnance judiciaire (*Code criminel*, par. 117.01(1)); et à un manquement à un engagement (*Code criminel*, par. 145(3)). Ces accusations font suite à des faits survenus à deux dates distinctes : le 24 mars 2016 et le 22 octobre 2016. Voici un résumé des faits pertinents extrait d'un exposé conjoint des faits.

[75] Au moment de son arrestation, en mars, M. Parranto était sous le coup d'une interdiction à vie d'utiliser une arme à feu, en plus d'être lié par un engagement lui interdisant de posséder des

March police recovered 27.8 g of fentanyl powder with an approximate street value of \$5,560 and \$55,575 in cash. In October police recovered 485.12 g of fentanyl powder (capable of producing 500,000 individual doses) with an approximate street value of \$97,064, along with \$20,690 in cash.

[76] The sentencing judge reviewed all the information before him and calculated a notional global sentence of 20 years, with sentences of 7 and 8 years allocated to the 2 fentanyl trafficking counts respectively. The judge reduced the sentence by one-third for Mr. Parranto's guilty plea and by a further 1.2 years for "other mitigating circumstances" (sentencing reasons (Parranto), at para. 93 (CanLII)). He then reduced it by one year based on the totality principle. The resulting period of incarceration was 11 years less time served. The Crown appealed. The Court of Appeal concluded that the sentencing judge made several errors in principle and that the sentence was demonstrably unfit. As a result, it substituted a global sentence of 14 years' incarceration, less time served.

[77] We are of the view that the 11-year global sentence imposed at first instance was demonstrably unfit and Court of Appeal did not abrogate the standard of review in intervening. There is no reason for this Court to disturb the sentence of 14 years imposed by the Court of Appeal.

[78] Much like in the case of Mr. Felix, the trial judge erred in his selection of comparator cases and in finding that the relevant range was five to seven years' imprisonment. As described above, the national range for this offence is approximately 8 to 15 years. The sentencing judge referred to the seven-year sentence in *R. v. Aujsla*, 2016 ABPC 272, the only reported decision in Alberta referring to "wholesale fentanyl trafficking." However, *Aujla* is a poor comparator, as it dealt with smaller quantities

substances réglementées et des armes à feu. En mars, la police a récupéré 27,8 g de poudre de fentanyl d'une valeur sur le marché noir d'environ 5 560 \$ et 55 575 \$ en espèces. En octobre, la police a récupéré 485,12 g de poudre de fentanyl (capable de produire 500 000 doses individuelles) ayant une valeur sur le marché noir d'environ 97 064 \$, ainsi que 20 690 \$ en espèces.

[76] Le juge chargé de déterminer la peine a examiné tous les renseignements dont il disposait et a calculé une peine globale de 20 ans, des peines de 7 et 8 ans étant attribuées respectivement aux 2 chefs d'accusation de trafic de fentanyl. Le juge a réduit la peine d'un tiers en raison du plaidoyer de culpabilité de M. Parranto et de 1,2 an supplémentaire pour tenir compte [TRADUCTION] « d'autres circonstances atténuantes » (motifs de détermination de la peine (Parranto), par. 93 (CanLII)). Il a ensuite retranché une autre année à la peine en raison du principe de totalité. La période d'incarcération résultante était de 11 ans, de laquelle a été déduite la période de détention préalable au procès. La Couronne a interjeté appel. La Cour d'appel a conclu que le juge chargé de déterminer la peine avait commis plusieurs erreurs de principe et que la peine était manifestement non indiquée. Par conséquent, la Cour d'appel a remplacé la peine infligée par une peine globale de 14 ans d'emprisonnement, de laquelle elle a déduit la période déjà purgée.

[77] Nous sommes d'avis que la peine globale de 11 ans infligée en première instance était manifestement non indiquée et que la Cour d'appel n'a pas enfreint la norme de contrôle en intervenant. Il n'y a aucune raison qui justifierait notre Cour de modifier la peine de 14 ans infligée par la Cour d'appel.

[78] Tout comme dans le cas de M. Felix, le juge du procès a commis une erreur dans son choix des cas comparatifs et dans sa conclusion suivant laquelle la fourchette de peines applicable était de cinq à sept ans d'emprisonnement. Comme nous l'avons déjà indiqué, la fourchette de peines pour cette infraction au pays est d'environ 8 à 15 ans. Le juge chargé de déterminer la peine a mentionné la peine de sept ans d'emprisonnement infligée dans l'affaire *R. c. Aujsla*, 2016 ABPC 272, la seule décision albertaine publiée

of drugs (454 fentanyl pills), a single arrest, and a first-time offender with no record and good rehabilitative prospects.

[79] Mr. Parranto was in possession of significant amounts of fentanyl in addition to large quantities of other drugs, guns¹ and body armour.² He had a lengthy and related criminal record, and following his release from detention in July 2016 for the March offences, he was able to and did re-establish his presence as a wholesale trafficker in approximately 12 weeks.

[80] Against the gravity of the offence and these aggravating factors, this case also calls for consideration of *Gladue* principles. Despite being Métis, the record indicates that Mr. Parranto waived his right to a *Gladue* report and did not file a presentence report. Even where a *Gladue* report is waived, however, courts must “take judicial notice of the systemic and background factors affecting Aboriginal people in Canadian society”, including “such matters as the history of colonialism, displacement, and residential schools” (*Ipeelee*, at para. 60; *Gladue*, at para. 83). Moreover, counsel made submissions indicating that Mr. Parranto had a disjointed childhood surrounded by drugs, alcohol and abuse. He began using drugs in the 1990s and has struggled with addiction to heroin. It was incumbent on the sentencing judge and the Court of Appeal to consider these circumstances in the context of the “broad systemic and background factors affecting Aboriginal people generally” (*Ipeelee*, at paras. 59-60). The offender is not required to show a “causal link between background factors and the commission of the current offence”, and *Gladue* principles must be applied in every case regardless of the seriousness of the offence (*Ipeelee*, at paras. 81 and 87). In our view, Mr. Parranto’s background circumstances can be said to have played a part in bringing him before the

où il est question de « trafic de fentanyl à grande échelle ». Mais l’affaire *Aujla* n’est pas un bon point de comparaison, car elle portait sur des quantités de drogues moins élevées (454 comprimés de fentanyl), une seule arrestation et un individu qui en était à sa première infraction, n’avait aucun antécédent judiciaire et avait un bon potentiel de réinsertion sociale.

[79] Monsieur Parranto était en possession de quantités importantes de fentanyl, en plus de grandes quantités d’autres drogues, d’armes à feu¹ et d’un gilet pare-balles². Il avait un lourd casier judiciaire et des antécédents connexes, et après sa libération en juillet 2016 pour les infractions de mars, il avait réussi à reprendre ses activités de trafic de drogues en près de 12 semaines.

[80] Compte tenu de la gravité de l’infraction et de ces circonstances aggravantes, il y a également lieu en l’espèce tenir compte des principes de l’arrêt *Gladue*. Le dossier indique que, même s’il est Métis, M. Parranto a renoncé à son droit à un rapport *Gladue* et qu’il n’a pas produit de rapport présentiel. Toutefois, même lorsqu’il y a renonciation à un rapport *Gladue*, les tribunaux doivent « prendre connaissance d’office des facteurs systémiques et historiques touchant les Autochtones dans la société canadienne », notamment de « l’histoire de la colonisation, des déplacements de populations et des pensionnats » (*Ipeelee*, par. 60; *Gladue*, par. 83). De plus, l’avocat de M. Parranto a formulé des observations indiquant que ce dernier avait eu une enfance difficile dans un milieu où la drogue, l’alcool et la violence étaient omniprésents. Il a commencé à consommer des drogues dans les années 1990 et a été aux prises avec une dépendance à l’héroïne. Il incombait au juge chargé de la détermination de la peine et à la Cour d’appel de tenir compte de ces circonstances dans le contexte des « facteurs systémiques et historiques généraux touchant les Autochtones de façon générale » (*Ipeelee*, par. 59-60). Le délinquant n’a pas à établir un « lien de causalité entre les facteurs historiques et la perpétration de l’infraction », et les principes établis par

¹ *Criminal Code*, s. 95 and CDSA s. 5(3)(a)(i)(C).

² Contrary to *Body Armour Control Act*, S.A. 2010, c. B-4.8.

¹ *Code criminel*, art. 95, et LRDS, div. 5(3)(a)(i)(C).

² En contravention de la *Body Armour Control Act*, S.A. 2010, c. B-4.8.

court. Against this must be weighed the reality that Mr. Parranto committed the second set of offences less than three months after being released on bail for the first set of offences. This suggests that restorative justice principles such as rehabilitation are less salient in this case compared to other objectives including protection of the public.

[81] Based on the gravity of the offence, *Gladue* factors and the aggravating and mitigating circumstances, we agree with the Court of Appeal that a global sentence of 14 years is appropriate. While we would not make any finding as to how the 14 years should be apportioned between the various counts, we note that it would have been appropriate to impose the 9- and 12-year sentences sought by the Crown at first instance with respect to the 2 fentanyl offences, with those sentences to run concurrently. A 12-year sentence for the second fentanyl trafficking count would send an appropriately strong message that wholesale fentanyl trafficking is a serious offence consistent with a high level of moral culpability. As we concluded with respect to Mr. Felix, it will not be uncommon to see lengthy penitentiary terms imposed for this offence.

[82] Finally, contrary to Mr. Parranto's submissions, the Court of Appeal did not intervene on the basis that the sentencing judge failed to apply the starting point of nine years that did not exist at the time Mr. Parranto was sentenced. As discussed above, the Court of Appeal correctly intervened because the sentence imposed was demonstrably unfit. Irrespective of the correctness of the intervention, we agree with the appellants that the Court of Appeal's comments with respect to starting-points and the starting-point approach are incorrect in law (C.A.

l'arrêt *Gladue* doivent être appliqués dans tous les cas, indépendamment de la gravité de l'infraction (*Ipeelee*, par. 81 et 87). À notre avis, on peut dire que l'historique personnel de M. Parranto a joué un rôle dans le fait qu'il se retrouve devant le tribunal. Il faut cependant tenir compte du fait que M. Parranto a commis la seconde série d'infractions moins de trois mois après avoir été libéré sous caution pour la première série d'infractions, ce qui donne à entendre que les principes de justice réparatrice tels que la réinsertion sociale sont moins importants dans le cas qui nous occupe que d'autres objectifs, dont la protection du public.

[81] Compte tenu de la gravité de l'infraction, des facteurs énoncés dans l'arrêt *Gladue* et des circonstances aggravantes et circonstances atténuantes, nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'une peine globale de 14 ans d'emprisonnement est indiquée. Même si nous ne nous prononçons pas sur la façon dont les 14 ans en question doivent être répartis entre les différents chefs d'accusation, nous tenons à préciser qu'il aurait convenu d'infliger les peines de 9 et 12 ans réclamées par la Couronne en première instance pour les deux infractions liées au fentanyl, et d'ordonner que ces peines soient purgées concurremment. Une peine de 12 ans pour le deuxième chef d'accusation de trafic de fentanyl enverrait un signal suffisamment fort en faisant comprendre que le trafic à grande échelle de fentanyl est un crime grave qui implique un degré élevé de culpabilité morale. Comme nous l'avons conclu dans le cas de M. Felix, il ne sera pas inusité de voir de longues peines d'incarcération infligées pour cette infraction.

[82] Enfin, contrairement à ce que prétend M. Parranto, la Cour d'appel n'est pas intervenue au motif que le juge chargé de déterminer la peine n'avait pas appliqué le point de départ de neuf ans qui n'existait pas au moment où M. Parranto a été condamné. Comme nous l'avons déjà vu, la Cour d'appel est intervenue à bon droit parce que la peine infligée était manifestement non indiquée. Indépendamment de la justesse de cette intervention, nous sommes d'accord avec les appelants pour dire que les propos tenus par la Cour d'appel au sujet

reasons (Parranto), at paras. 29 and 68; *Friesen*, at para. 37; *Lacasse*, at para. 60). These comments, however, were not the basis of the Court of Appeal's intervention.

V. Conclusion

[83] We would dismiss both appeals and affirm the orders of the Court of Appeal of Alberta. In doing so, we confirm the legitimacy of starting points on this revised basis as a permissible form of appellate guidance, within the framework provided by this Court that emphasizes deference to sentencing judges in the delicate task that Parliament has charged them with (*Lacasse*; *Friesen*). Just as the law recognizes the soundness of considering local conditions in crafting a fit sentence, there need not be a singular norm in achieving the goals of sentencing. Irrespective of the sentencing modality chosen, provincial appellate courts are best positioned to give the guidance necessary to achieve consistency of both reasoning and approach.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[84] I would dismiss the appeals from sentence and uphold the sentences of 10 years and 14 years imposed by the Court of Appeal. The sentences imposed by the sentencing judges in both cases were demonstrably unfit. They fall markedly below the range of sentences that are warranted in cases like this, involving the directing minds of largescale fentanyl trafficking operations. In such cases, more severe sentences than those imposed by the Court of Appeal would have been justified; however, in the circumstances, the Court of Appeal cannot be faulted

des points de départ et de la méthode du point de départ sont mal fondés en droit (motifs de la C.A. (Parranto), par. 29 et 68; *Friesen*, par. 37; *Lacasse*, par. 60). L'intervention de la Cour d'appel ne reposait cependant pas sur ces commentaires.

V. Conclusion

[83] Nous sommes d'avis de rejeter les deux pourvois et de confirmer les ordonnances de la Cour d'appel de l'Alberta. Ce faisant, nous confirmons la légitimité des points de départ sur cette assise révisée comme type acceptable de lignes directrices données par les cours d'appel, à l'intérieur du cadre établi par notre Cour qui met en relief la déférence dont il convient de faire preuve envers les juges chargés de déterminer la peine dans l'accomplissement de la tâche délicate que leur a confié le Parlement (*Lacasse*; *Friesen*). Comme il est reconnu en droit que l'on peut légitimement tenir compte de la situation qui prévaut au plan local pour élaborer une peine juste, il n'est pas nécessaire de disposer d'une seule norme pour atteindre les objectifs de la détermination de la peine. Peu importe le mode de détermination de la peine choisi, les juridictions d'appel provinciales sont les mieux placées pour proposer les balises nécessaires pour assurer la cohérence du raisonnement et de la démarche.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[84] Je suis d'avis de rejeter les pourvois formés à l'encontre des peines et de confirmer les peines de 10 ans et de 14 ans infligées par la Cour d'appel. Les peines infligées par les juges chargés de déterminer dans les deux cas étaient manifestement non indiquées. Elles se situent nettement sous la fourchette des peines qui s'imposent dans des affaires comme celles qui nous occupent et qui mettent en cause les têtes dirigeantes de réseaux de trafic de fentanyl à grande échelle. Dans ces cas, il aurait été justifié d'infliger des peines plus lourdes que celles

for failing to impose higher sentences than those sought by the Crown at the sentencing hearings.

[85] With respect to the role of starting points in sentencing, I agree with my colleague, Rowe J.

[86] I find it necessary, however, to write separately to raise what I believe to be an issue of overriding concern in these cases. Specifically, I wish to focus on the gravity of largescale trafficking in fentanyl for personal gain and the need to impose severe penalties, ranging from mid-level double digit penitentiary terms up to and including life imprisonment, for those who do so. In *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, this Court held that appellate courts can and should depart from prior sentencing precedents when those precedents no longer reflect “society’s current understanding and awareness of the gravity of a particular offence and blameworthiness of particular offenders” (para. 35; see also paras. 108 and 110). In my view, society’s understanding of the gravity of largescale fentanyl trafficking has increased such that an upward departure is mandated.

II. Analysis

A. *The Dangers Posed by Trafficking in Hard Drugs*

[87] The dangers posed by trafficking in hard drugs, such as heroin and cocaine, have long been recognized in Canada. Over the past few decades, however, society’s awareness of the true gravity of trafficking in such drugs has grown to the point that we are reminded, on a daily basis, of the death, destruction, and havoc it causes in communities across Canada.

[88] Trafficking in such substances causes both direct and indirect harms to society. Directly, the distribution and abuse of hard drugs leads to addiction,

imposées par la Cour d’appel; toutefois, dans les circonstances, on ne peut reprocher à la Cour d’appel de ne pas avoir infligé des peines plus sévères que celles réclamées par la Couronne lors des audiences de la détermination de la peine.

[85] En ce qui concerne le rôle que jouent les points de départ dans la détermination de la peine, je suis du même avis que mon collègue le juge Rowe.

[86] J’estime toutefois nécessaire de rédiger des motifs distincts pour soulever ce que j’estime être un enjeu crucial dans les présentes affaires. Plus précisément, je souhaite insister sur la gravité du trafic à grande échelle de fentanyl motivé par le gain personnel et sur la nécessité de condamner les individus qui s’y livrent à des peines sévères allant d’une peine se situant dans la portion médiane des peines d’emprisonnement à deux chiffres jusqu’à l’emprisonnement à perpétuité. Dans l’arrêt *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, notre Cour a jugé que les cours d’appel peuvent et doivent s’écarter des peines déjà infligées lorsque ces précédents ne correspondent 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 » (par. 35; voir aussi les par. 108 et 110). À mon avis, la société comprend mieux la gravité du trafic de fentanyl à grande échelle, si bien qu’une hausse des peines est nécessaire.

II. Analyse

A. *Les dangers que présente le trafic des drogues dures*

[87] Les dangers que pose le trafic des drogues dures, comme l’héroïne et la cocaïne, sont connus depuis longtemps au Canada. Toutefois, au cours des dernières décennies, la société a pris conscience de la gravité réelle du trafic de ces drogues, au point où chaque jour qui passe nous rappelle la mort, la destruction et les ravages qu’il cause partout au Canada.

[88] Le trafic de telles substances cause des torts directs et indirects à la société. Directement, la distribution et l’abus des drogues dures entraînent

debilitating adverse health effects, and, all too frequently, death by overdose. As Lamer J. (as he then was) astutely observed, where addiction and death occur — as they so often do — those who oversee the distribution of these drugs are personally “responsible for the gradual but inexorable degeneration of many of their fellow human beings” (*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1053).

[89] Trafficking also leads indirectly to a host of other ills, including an increase in all manner of crime, committed by those seeking to finance their addiction, as well as by organized crime syndicates (*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paras. 85-87, per Cory J., dissenting, but not on this point; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at para. 184, per Deschamps J., dissenting, but not on this point). Given that much of this criminal activity is violent, trafficking has come to be understood as an offence of violence, even beyond the ruinous consequences it has for those who abuse drugs and in the process, destroy themselves and others. Indeed, as Doherty J.A. has explained, violence is such a predictable consequence of the illicit drug trade that it cannot be dissociated from it:

Cocaine sale and use is closely and strongly associated with violent crime. Cocaine importation begets a multiplicity of violent acts. Viewed in isolation from the conduct which inevitably follows the importation of cocaine, the act itself is not a violent one in the strict sense. It cannot, however, be disassociated from its inevitable consequences. [Emphasis added.]

(*R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 104)

See also, *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at pp. 694-95, where the Court relied on the Groupe de travail sur la lutte contre la drogue, *Rapport du*

la dépendance, des effets nocifs débilissants sur la santé et, trop souvent, la mort par surdose. Comme le juge Lamer (plus tard juge en chef) le faisait judicieusement observer, lorsque la dépendance et la mort surviennent — comme c’est trop souvent le cas —, ceux qui supervisent la distribution de ces drogues sont « responsables de la dégénérescence progressive mais inexorable d’un bon nombre de leurs semblables » (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1053).

[89] Le trafic de drogue s’accompagne aussi indirectement d’une foule d’autres maux, dont une augmentation de toutes les formes de crimes, perpétrés tant par des individus qui cherchent à se procurer de l’argent pour assouvir leur dépendance que par des organisations criminelles (*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 85-87, le juge Cory, dissident, mais non sur ce point; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 184, la juge Deschamps, dissidente, mais non sur ce point). Comme la plupart de ces activités criminelles sont de nature violente, on en est venu à considérer le trafic de drogues comme une infraction commise avec violence, dont la gravité ne se limite pas aux conséquences désastreuses qu’il entraîne pour ceux qui abusent des drogues et qui, dans la foulée, se détruisent et détruisent d’autres personnes. D’ailleurs, comme l’a expliqué le juge Doherty, la violence est une conséquence si prévisible du trafic illégal de drogues qu’elle ne peut en être dissociée :

[TRADUCTION] La vente et la consommation de cocaïne sont étroitement et fermement associées aux crimes violents. L’importation de cocaïne engendre une multiplicité d’actes violents. Considéré séparément des agissements qui découlent inévitablement de l’importation de cocaïne, l’acte lui-même n’est pas violent au sens strict. Il ne peut cependant pas être dissocié des conséquences inévitables qu’il comporte. [Je souligne.]

(*R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.), par. 104)

Voir également *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, p. 694-695, dans lequel la Cour a cité le Groupe de travail sur la lutte contre la drogue, *Rapport du*

groupe de travail sur la lutte contre la drogue (1990), at pp. 18-19, which noted that it is a mistake to view drug trafficking under the control of organized crime as less serious than more openly violent crimes.

[90] A further and perhaps even more devastating consequence of the hard drug trade is its impact on families and the intergenerational trauma it causes:

Trafficking in drugs, and in particular hard drugs such as cocaine, is a crime whose victims can be found far beyond the individuals who become addicted to the drugs. Families can be torn apart by either the loss of the individual to the addiction itself or to the violence that all too often accompanies the drug trade. . . .

Children suffer immense harm from the effects of addiction in their home, whether this addiction be from prenatal impact or from physical and/or emotional violence in the homes that they should be safe in. The future of these children and their families is damaged and all of society pays the price.

(*R. v. Profeit*, 2009 YKTC 39, at paras. 25-26 (CanLII))

See also M. Barnard, *Drug Addiction and Families* (2007), at pp. 14-17, explaining that children whose parents abuse drugs are at an increased risk of physical abuse, emotional abuse, and neglect.

[91] Finally, the trafficking of hard drugs leads to “significant if not staggering” costs to society in terms of health care and law enforcement expenses, as well as lost productivity (*Pushpanathan*, at para. 89; see also *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 82). In 2017, for example, it is estimated that abuse of opioids and cocaine in Canada resulted in total costs of \$9.6 billion (Canadian Substance Use Costs and Harms Scientific Working Group, *Canadian Substance Use Costs and Harms (2015-2017)* (2020), at p. 1).

groupe de travail sur la lutte contre la drogue (1990), p. 18-19, qui signalait que le trafic de drogues sous le contrôle du crime organisé est parfois considéré à tort comme étant de nature moins grave que des crimes nettement plus violents.

[90] Une autre conséquence, peut-être encore plus dévastatrice, du trafic des drogues dures est l’impact qu’il a sur les familles et le traumatisme intergénérationnel qu’il provoque :

[TRADUCTION] Le trafic de drogues, en particulier de drogues dures comme la cocaïne, est un crime qui fait bien plus de victimes que les seuls individus qui deviennent dépendants de ces drogues. Des familles peuvent être déchirées soit par la perte de l’individu à cause de la dépendance elle-même, soit par la violence qui accompagne trop souvent le trafic de drogues . . .

Les enfants souffrent énormément des effets de la toxicomanie au sein de leur propre famille, qu’il s’agisse de préjudices prénataux ou de la violence physique et/ou émotionnelle dans un milieu où ils devraient être en sécurité. L’avenir de ces enfants et de leur famille est compromis et c’est toute la société qui en paie le prix.

(*R. c. Profeit*, 2009 YKTC 39, par. 25-26 (CanLII))

Voir également M. Barnard, *Drug Addiction and Families* (2007), p. 14-17, qui explique que les enfants de parents toxicomanes courent un risque accru d’être victimes de violences physiques ou psychologiques et de négligence.

[91] Enfin, le trafic de drogues dures inflige à la société un coût « important, voire consternant » en matière de prestation de soins de santé et de mesures d’application de la loi, sans oublier la perte de productivité (*Pushpanathan*, par. 89; voir également *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 82). À titre d’exemple, en 2017, on estimait que le coût social total de la consommation d’opioïdes et de cocaïne au Canada se chiffrait à 9,6 milliards de dollars (Groupe de travail scientifique sur les coûts et les méfaits de l’usage de substances au Canada, *Coûts et méfaits de l’usage de substances au Canada (2015-2017)* (2020), p. 1).

[92] Trafficking in hard drugs is thus a “crime with such grievous consequences that it tears at the very fabric of society” (*Pushpanathan*, at para. 79). Significant penitentiary sentences are regularly imposed for individuals who traffic in large quantities of such drugs, which, as we shall see, are far less deadly than fentanyl (see, e.g., *R. v. Bains*, 2015 ONCA 677, 127 O.R. (3d) 545 (9 years for possession of one kilogram of heroin for the purpose of trafficking); *R. v. Athwal*, 2017 ONCA 222 (12 years for conspiracy to possess heroin for the purpose of trafficking); *R. v. Chukwu*, 2016 SKCA 6, 472 Sask. R. 241 (10 years for the possession of 0.59 kilograms of heroin for the purpose of trafficking); *R. v. Dritsas*, 2015 MBCA 19, 315 Man. R. (2d) 205 (9 years for possession of cocaine for the purposes of trafficking for a “high-level cocaine trafficker involved in kilo-level deals” (para. 9)).

B. *The Dangers Posed by Largescale Fentanyl Trafficking*

[93] As grave a threat as drugs such as heroin and cocaine pose, that threat pales in comparison to the one posed by fentanyl and its analogues. Indeed, over the past decade, fentanyl has altered the landscape of the substance abuse crisis in Canada, revealing itself as public enemy number one.

[94] Synthetically produced and readily available on the illicit market, fentanyl is an extremely dangerous and powerful painkiller and sedative. As with other opioids, such as heroin and morphine, it is a highly addictive substance, which, when taken outside of controlled medical environments, puts its users at risk of serious harm, including brain damage, organ damage, coma, and death. Fentanyl’s potential for harm is, however, significantly greater than other opioids. It is, for example, estimated to be 80-100 times more potent than morphine and 25-50 times more potent than pharmaceutical grade heroin. Given its strength, a lethal dose will often be less than two milligrams, an amount as small as a single grain of salt (*R. v. Smith*, 2016 BCSC

[92] En ce qui concerne le trafic de drogues dures, « [l]es conséquences de ce crime sont si graves que le tissu social en est altéré » (*Pushpanathan*, par. 79). Les individus qui se livrent au trafic de grandes quantités de ces drogues sont régulièrement condamnés à de lourdes peines d’incarcération à purger dans un pénitencier. Or, comme nous le verrons, ces drogues sont bien moins mortelles que le fentanyl (voir, p. ex., *R. c. Bains*, 2015 ONCA 677, 127 O.R. (3d) 545 (9 ans d’emprisonnement pour possession d’un kilogramme d’héroïne en vue d’en faire le trafic); *R. c. Athwal*, 2017 ONCA 222 (12 ans pour complot de possession d’héroïne en vue d’en faire le trafic); *R. c. Chukwu*, 2016 SKCA 6, 472 Sask. R. 241 (10 ans pour possession de 0,59 kilogramme d’héroïne en vue d’en faire le trafic); *R. c. Dritsas*, 2015 MBCA 19, 315 Man. R. (2d) 205 (9 ans pour possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic dans le cas d’un [TRADUCTION] « important trafiquant de cocaïne impliqué dans des activités portant sur des kilos de drogue » (par. 9)).

B. *Les dangers que pose le trafic à grande échelle de fentanyl*

[93] Aussi grave que soit la menace que représentent des drogues comme l’héroïne et la cocaïne, cette menace n’est rien en comparaison de celle que représentent le fentanyl et ses analogues. D’ailleurs, au cours des 10 dernières années, le fentanyl a modifié le paysage de la crise de la toxicomanie au Canada, se révélant l’ennemi public numéro un.

[94] Produit synthétiquement et facilement disponible sur le marché illicite, le fentanyl est un analgésique et un sédatif extrêmement dangereux et puissant. Comme d’autres opioïdes, tels que l’héroïne et la morphine, il s’agit d’une substance qui crée une forte dépendance et qui, lorsqu’elle n’est pas consommée dans un environnement médical contrôlé, expose ses consommateurs à des risques graves, notamment des lésions cérébrales, des lésions organiques, le coma et la mort. Les dommages que risque de causer le fentanyl sont toutefois beaucoup plus importants que pour les autres opioïdes. On estime, par exemple, qu’il est 80 à 100 fois plus puissant que la morphine et 25 à 50 fois plus puissant que l’héroïne de qualité pharmaceutique. Compte tenu de

2148, 363 C.R.R. (2d) 365, at para. 24). The risk of overdose and death from fentanyl is thus extremely high, particularly for naïve users or where it is taken in combination with other substances, such as alcohol or other opioids. The risk of overdose is also one that can be difficult to guard against, as traffickers often surreptitiously mix small amounts of fentanyl with other substances to create a cheaper product with the same effects, thereby drastically increasing their profitability (H. Hrymak, “A Bad Deal: British Columbia’s Emphasis on Deterrence and Increasing Prison Sentences for Street-Level Fentanyl Traffickers” (2018), 41 *Man. L.J.* 149, at p. 153). This deceptive practice leaves users vulnerable and unaware, especially as fentanyl is physically indistinguishable from other hard drugs, such as heroin, oxycodone, and cocaine (C. C. Ruby, *Sentencing* (10th ed. 2020); *Smith*, at para. 24; *R. v. Joumaa*, 2018 ONSC 317, at para. 12 (CanLII)).

[95] Analogues or derivatives of fentanyl further exacerbate the risks, as these substances can be far more potent than even fentanyl itself, with some estimated to be as much as 100 times more potent than fentanyl. One such analogue, carfentanil, is so toxic that it “has no safe or beneficial human use, even within the medical community in highly controlled environments” (A. Sabbadini and A. Boni, *Sentencing Drug Offenders* (loose-leaf), at s. 2:1600.10).

[96] Beyond its mere potential to cause harm, however, fentanyl has had — and continues to have — a real and deadly impact on the lives of Canadians. Indeed, trafficking in fentanyl is so deadly that various courts have described it as a national crisis, reflective of an increased understanding of the gravity of the harm it causes (see, e.g., *R. v. Smith*, 2017 BCCA 112, at para. 50 (CanLII); *R. v. Vezina*, 2017 ONCJ 775, at para. 58 (CanLII); *R. v. Aujla*, 2016 ABPC 272, at para. 1 (CanLII)). This heightened

sa puissance, une dose létale sera souvent inférieure à deux milligrammes, une quantité aussi petite qu’un seul grain de sel (*R. c. Smith*, 2016 BCSC 2148, 363 C.R.R. (2d) 365, par. 24). Le risque de surdose et de décès liés au fentanyl est donc extrêmement élevé, particulièrement pour les consommateurs naïfs ou lorsqu’il est pris en combinaison avec d’autres substances, comme l’alcool ou d’autres opioïdes. Le risque de surdose est également un danger contre lequel il peut s’avérer difficile de se prémunir, car les trafiquants mélangent souvent subrepticement de petites quantités de fentanyl avec d’autres substances pour créer un produit moins cher ayant les mêmes effets, augmentant ainsi radicalement leurs profits (H. Hrymak, « A Bad Deal : British Columbia’s Emphasis on Deterrence and Increasing Prison Sentences for Street-Level Fentanyl Traffickers » (2018), 41 *Man. L.J.* 149, p. 153). Ce stratagème rend les consommateurs vulnérables et ignorants, d’autant plus qu’il est matériellement impossible de distinguer le fentanyl d’autres drogues dures, comme l’héroïne, l’oxycodone et la cocaïne (C. C. Ruby, *Sentencing* (10^e éd. 2020); *Smith*, par. 24; *R. c. Joumaa*, 2018 ONSC 317, par. 12 (CanLII)).

[95] Les analogues ou dérivés du fentanyl exacerbent encore plus les risques, car ces substances peuvent être beaucoup plus puissantes que le fentanyl lui-même; on estime que certaines d’entre elles peuvent être jusqu’à 100 fois plus puissantes que le fentanyl. L’un de ses analogues, le carfentanil, est si toxique qu’on ne lui connaît [TRADUCTION] « aucun usage humain sûr ou bénéfique, même au sein de la communauté médicale, dans des environnements hautement contrôlés » (A. Sabbadini et A. Boni, *Sentencing Drug Offenders* (feuilles mobiles), section 2:1600.10).

[96] Toutefois, au-delà de son simple potentiel de nocivité, le fentanyl a eu — et continue d’avoir — un impact mortel bien réel sur la vie des Canadiens. En effet, le trafic de fentanyl est si mortel que plusieurs tribunaux l’ont érigé en crise nationale, ce qui témoigne d’une meilleure connaissance de la gravité des torts qu’il cause (voir, p. ex., *R. c. Smith*, 2017 BCCA 112, par. 50 (CanLII); *R. c. Vezina*, 2017 ONCJ 775, par. 58 (CanLII); *R. c. Aujla*, 2016 ABPC 272, par. 1 (CanLII)). Cette connaissance accrue

understanding is supported by the available statistical evidence. The expert evidence on the record before us establishes, for instance, that fentanyl-related deaths in Alberta increased by 4,858 percent between 2011 and 2017, rising from 12 deaths in 2011 to 583 deaths in 2017. More broadly, federal statistics on opioid-related deaths show that, between January 2016 and March 2021, approximately 23,000 Canadians lost their lives due to accidental apparent opioid-related deaths, with fentanyl involved in 71 percent of these deaths (Special Advisory Committee on the Epidemic of Opioid Overdoses, *Opioid and Stimulant-related Harms in Canada* (September 2021) (online)). The epidemic also shows no signs of abating, with over 6,000 accidental deaths occurring in 2020 alone, 82 percent of which involved fentanyl (Government of Canada, *Federal actions on opioids to date* (June 2021) (online)). These figures throw into stark relief the dark and inescapable reality that “[e]very day in our communities, fentanyl abuse claims the lives of Canadians” (*R. v. Loor*, 2017 ONCA 696, at para. 33 (CanLII)).

[97] The scale of fentanyl’s devastating impact becomes even more apparent when one considers that, between 2016 and 2020, there were approximately 3,400 homicides across Canada, a number far below the number of fentanyl-related deaths (Statistics Canada, *Table 35-10-0069-01 — Number of homicide victims, by method used to commit the homicide*, July 27, 2021 (online)). This disparity makes clear that, in a very real way, those individuals responsible for the largescale distribution of fentanyl within our communities are a source of far greater harm than even those responsible for the most violent of crimes.

[98] The time has thus come for our perception of the gravity of largescale trafficking in fentanyl to accord with the gravity of the crisis it has caused. Largescale trafficking in fentanyl is not a crime marked merely by the distribution and sale of an illicit substance; rather, it is a crime marked by greed and the pursuit of profit at the expense of violence, death, and the perpetuation of a public health crisis previously unseen in Canadian society. In many

est attestée par la preuve statistique disponible. La preuve d’expert versée au dossier dont nous disposons montre, par exemple, que les décès liés au fentanyl en Alberta ont augmenté de 4 858 p. 100 entre 2011 et 2017, passant de 12 en 2011 à 583 en 2017. De façon plus générale, les statistiques fédérales sur les décès liés aux opioïdes montrent qu’entre janvier 2016 et mars 2021, environ 23 000 Canadiens ont perdu la vie pour des raisons apparemment liées à une intoxication aux opioïdes, le fentanyl étant en cause dans 71 p. 100 de ces décès (Comité consultatif spécial sur l’épidémie de surdose d’opioïdes, *Méfais associés aux opioïdes et aux stimulants au Canada* (septembre 2021) (en ligne)). L’épidémie ne montre par ailleurs aucun signe d’essoufflement, avec près de 6 000 décès accidentels survenus en 2020 seulement, dont 82 p. 100 étaient imputables au fentanyl (Gouvernement du Canada, *Mesures fédérales sur les opioïdes à ce jour* (juin 2021) (en ligne)). Ces chiffres illustrent une sombre et incontournable réalité : [TRADUCTION] « [c]haque jour, dans nos communautés, des Canadiens meurent en raison d’une consommation abusive de fentanyl » (*R. c. Loor*, 2017 ONCA 696, par. 33 (CanLII)).

[97] L’ampleur des conséquences dévastatrices du fentanyl devient encore plus évidente lorsqu’on considère qu’entre 2016 et 2020, on a recensé environ 3 400 homicides au Canada, un chiffre bien inférieur au nombre de décès liés au fentanyl (Statistique Canada, *Tableau 35-10-0069-01 — Nombre de victimes d’homicide, selon la méthode utilisée pour commettre l’homicide* (27 juillet 2021) (en ligne)). Cet écart montre à l’évidence que, de manière très concrète, les individus responsables de la distribution à grande échelle de fentanyl dans nos communautés sont une source de torts bien plus graves que les personnes responsables des crimes les plus violents.

[98] Il est donc temps de faire correspondre notre perception de la gravité du trafic à grande échelle du fentanyl à la gravité de la crise qu’il a provoquée. Le trafic à grande échelle du fentanyl n’est pas un crime qui se caractérise simplement par la distribution et la vente d’une substance illicite; il s’agit plutôt d’un crime motivé par l’appât du gain et la quête de profit, au prix de la violence, de la mort et de la perpétuation d’une crise de santé publique sans

ways, “[t]rafficking in fentanyl is almost the equivalent of putting multiple bullets in the chambers of a revolver and playing Russian roulette. It is the most efficient killer of drug users on the market today” (*R. v. Frazer*, 2017 ABPC 116, 58 Alta. L.R. (6th) 185, at para. 11). Put simply, it is a crime that can be expected to not only destroy lives, but to undermine the very foundations of our society.

[99] My comments that follow do not apply to sentences for street-level trafficking, or where traffickers are motivated by a need to support their own addiction. Rather, the focus of this guidance is on the directing minds of largescale fentanyl trafficking operations.

[100] In my view, heavy penitentiary sentences will be appropriate where offenders have trafficked in large quantities of fentanyl and assumed leadership roles in the trafficking operation. Indeed, in the context of largescale fentanyl trafficking operations, substantial sentences should be neither unusual nor reserved for exceptional circumstances. As this Court has previously explained, maximum sentences should not be reserved for the “abstract case of the worst crime committed in the worst circumstances”, but rather should be imposed whenever the circumstances warrant it (*R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, at para. 22; see also *Friesen*, at para. 114).

III. Conclusion

[101] Ultimately, largescale trafficking in fentanyl is a crime that preys disproportionately on the misery of others — the marginalized and those whose lives are marked by hopelessness and despair. It is a crime motivated by greed and by a callous disregard for the untold grief and suffering it leaves in its wake. Above all, it is a crime that kills — often and indiscriminately. It follows, in my view, that what matters most is that those individuals who choose to prey on the vulnerable and profit from the misery of the

précédent dans l’histoire de la société canadienne. À bien des égards, [TRADUCTION] « [I]e trafic du fentanyl équivaut presque à mettre plusieurs balles dans le barillet d’un revolver et à jouer à la roulette russe. Le fentanyl est de nos jours la principale cause de décès chez les consommateurs de drogues » (*R. c. Frazer*, 2017 ABPC 116, 58 Alta. L.R. (6th) 185, par. 11). En bref, il s’agit d’un crime dont on peut s’attendre non seulement à ce qu’il détruise des vies, mais également à ce qu’il sape les fondements mêmes de notre société.

[99] Les commentaires qui suivent ne s’appliquent pas aux peines infligées aux petits trafiquants de rue ou aux personnes qui sont motivées par le besoin de trouver de l’argent pour satisfaire leur dépendance. Les présentes orientations visent plutôt les cerveaux qui dirigent des réseaux de trafic de fentanyl à grande échelle.

[100] À mon avis, il convient d’infliger de lourdes peines d’incarcération à purger dans un pénitencier lorsque le délinquant fait le trafic de grandes quantités de fentanyl et joue un rôle de premier plan dans le réseau de trafic de drogue. En fait, dans le cas du trafic de fentanyl à grande échelle, les peines sévères ne devraient être ni inhabituelles ni réservées à des circonstances exceptionnelles. Comme notre Cour l’a déjà expliqué, on ne doit pas réserver la peine maximale « au scénario abstrait du pire crime commis dans les pires circonstances »; on devrait plutôt l’infliger chaque fois que les circonstances le justifient (*R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, par. 22; voir également *Friesen*, par. 114).

III. Conclusion

[101] En dernière analyse, le trafic à grande échelle de fentanyl est un crime qui exploite de manière disproportionnée la misère d’autrui — les marginaux et les gens dont la vie est marquée par le désespoir. Il s’agit d’un crime motivé par l’appât du gain et par un mépris absolu à l’égard de la peine et des souffrances indescriptibles qu’il inflige à ses victimes. Par-dessus tout, c’est un crime qui tue — souvent et aveuglément. Il s’ensuit, à mon avis, que ce qui importe le plus, c’est que les individus qui choisissent de s’en

Canadian public for personal gain are sentenced in accordance with the severity of the harms they have caused. Fentanyl trafficking, and largescale trafficking in particular, are a source of unspeakable harm. Accordingly, while the range of sentences currently imposed for the directing minds of largescale fentanyl operations straddles the upper single digits and lower double digits, sentencing judges should feel justified, where circumstances warrant, in applying a higher range, consisting of mid-level double digit sentences and, in particularly aggravating circumstances, potential sentences of life imprisonment.

prendre aux personnes vulnérables et de profiter de la misère de la population canadienne pour leur gain personnel soient condamnés en fonction de la gravité des torts qu'ils causent. Le trafic du fentanyl, et plus particulièrement son trafic à grande échelle, est une source de maux indicibles. Par conséquent, alors que l'éventail des peines actuellement infligées aux cerveaux des réseaux de trafic de fentanyl à grande échelle tourne autour de 10 ans d'emprisonnement, les juges chargés de la détermination de la peine devraient s'estimer autorisés, lorsque les circonstances le justifient, à appliquer une fourchette de peines supérieure, en condamnant ces individus à des peines d'emprisonnement se situant dans la portion médiane des peines d'emprisonnement à 2 chiffres et, en présence de circonstances particulièrement aggravantes, à des peines pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

ROWE J. —

LE JUGE ROWE —

TABLE OF CONTENTS

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraph
I. <u>Introduction</u>	102
II. <u>Analysis</u>	107
A. <i>Principles of Sentencing and Appellate Review</i>	108
(1) <u>Sentencing: Broad Discretion to Arrive at Proportionate and Individualized Sentences</u>	108
(2) <u>Appellate Review: A Deferential Approach</u>	116
(a) <i>Error Correction</i>	117
(b) <i>Developing the Law and Providing Guidance to Sentencing Judges</i>	123
(i) <u>Sentencing Ranges</u>	124

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u>	102
II. <u>Analyse</u>	107
A. <i>Principes de la détermination de la peine et du contrôle en appel</i>	108
(1) <u>La détermination de la peine : un vaste pouvoir discrétionnaire en vue de prononcer une peine proportionnée et individualisée</u>	108
(2) <u>Le contrôle en appel : une approche axée sur la déférence</u>	116
a) <i>Correction des erreurs</i>	117
b) <i>Développer le droit et fournir des balises aux juges chargés de déterminer la peine</i>	123
(i) <u>Les fourchettes de peines</u>	124

(ii) <u>Starting Points</u>	127	(ii) <u>Les points de départ</u>	127
B. <i>The Rationale Underlying the Starting-Point Approach</i>	133	B. <i>Justification à la base de la méthode du point de départ</i>	133
(1) <u>Discretion and Individualization</u>	134	(1) <u>Pouvoir discrétionnaire et individualisation</u>	134
(2) <u>Proportionality</u>	144	(2) <u>La proportionnalité</u>	144
(3) <u>Role of Appellate Courts</u>	146	(3) <u>Rôle des cours d’appel</u>	146
(4) <u>Conclusion</u>	150	(4) <u>Conclusion</u>	150
C. <i>Starting Points in Practice</i>	151	C. <i>Les points de départ dans la pratique</i>	151
(1) <u>Setting the Starting Point and the Role of Appellate Courts</u>	153	(1) <u>Fixation du point de départ et rôle des cours d’appel</u>	153
(a) <i>Setting Starting Points Extends Beyond the Role of Appellate Courts</i>	153	(a) <i>L’établissement de points de départ déborde le cadre des attributions des cours d’appel</i>	153
(b) <i>Ossification and Starting Points</i>	160	(b) <i>Sclérose et points de départ</i>	160
(2) <u>Starting-Point Sentencing Is Inconsistent With the Principles of Sentencing</u>	165	(2) <u>La détermination de la peine axée sur les points de départ est incompatible avec les principes de la détermination de la peine</u>	165
(a) <i>Starting Points Impede Individualized Sentencing and Constrain Discretion</i>	166	(a) <i>Les points de départ nuisent à l’individualisation de la peine et limitent le pouvoir discrétionnaire</i>	166
(i) <u>Starting Points Privilege Consideration of the Gravity of the Offence Over the Offender’s Moral Blameworthiness</u>	167	(i) <u>Les points de départ privilégient la prise en compte de la gravité de l’infraction au détriment de la culpabilité morale du délinquant</u>	167
(ii) <u>Pre-Weighing Factors by the Appellate Court</u>	173	(ii) <u>Pondération préalable de facteurs par la cour d’appel</u>	173
(iii) <u>Starting Points Produce an Artificial Sentencing Methodology by Over-emphasizing the Judicially Created Category</u>	176	(iii) <u>Les points de départ créent une méthode artificielle de détermination de la peine en accordant trop d’importance aux catégories créées par les tribunaux</u>	176
(iv) <u>The “Clustering” Effect of Starting Points</u>	179	(iv) <u>L’effet d’« agglutination » des points de départ</u>	179

(b) <i>Starting Points Overemphasize Denunciation and Deterrence</i>	184	b) <i>Les points de départ insistent trop sur la dénonciation et la dissuasion</i>	184
(c) <i>The Starting-Point Approach Is Contrary to Parliament’s Direction for Sentencing Aboriginal Offenders</i>	186	c) <i>La méthode du point de départ est contraire aux lignes directrices établies par le législateur pour la condamnation des délinquants autochtones</i>	186
(d) <i>The Starting-Point Approach Does Not Provide Sufficient Guidance to Sentencing Judges</i>	191	d) <i>La méthode du point de départ n’offre pas de balises suffisantes aux juges chargés de déterminer la peine</i>	191
(3) <u>Rigid Appellate Intervention Is Inevitable</u>	194	(3) <u>L’intervention rigide de la cour d’appel est inévitable</u>	194
III. <u>Disposition</u>	204	III. <u>Dispositif</u>	204
I. <u>Introduction</u>		I. <u>Introduction</u>	

[102] These appeals provide an opportunity for this Court to resolve the “issue of importance” it identified in *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at para. 41: are “starting points . . . a permissible form of appellate guidance”? I would answer this question in the negative. The starting-point approach pioneered by the Court of Appeal of Alberta is, in theory and in practice, contrary to Parliament’s sentencing regime and this Court’s jurisprudence. The starting-point approach undermines the discretion of sentencing judges and departs from the standard of deference required by appellate courts. As a result, it thwarts the imposition of proportionate and individualized sentences.

[103] That the starting-point methodology constrains sentencing judges’ discretion and operates as an effective instrument of control for the Court of Appeal should come as no surprise, as that is what it was designed to do. Nor can we be uncertain as to what the Court of Appeal intended. It has been forthright and plain spoken, in *R. v. Arcand*, 2010 ABCA 363, 40 Alta. L.R. (5th) 199, and in its subsequent decisions.

[102] Les présents pourvois donnent à notre Cour l’occasion de résoudre la « question d’importance » qu’elle a évoquée dans l’arrêt *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, par. 41 : les « points de départ [constituent-ils] une forme acceptable de balise établie par les cours d’appel »? Je répondrais à cette question par la négative. La méthode du point de départ mise au point par la Cour d’appel de l’Alberta est, en théorie et en pratique, contraire au régime de détermination de la peine établi par le Parlement et à la jurisprudence de notre Cour. La méthode du point de départ porte atteinte au pouvoir discrétionnaire des juges chargés de déterminer la peine et déroge à la norme de déférence à laquelle sont tenues les cours d’appel. Elle empêche par conséquent les juges d’infliger des peines proportionnées et individualisées.

[103] Le fait que la méthode du point de départ limite le pouvoir discrétionnaire des juges chargés de déterminer la peine et se révèle un instrument de contrôle efficace entre les mains de la Cour d’appel n’est guère étonnant, puisque c’est à cette fin précise qu’elle a été conçue. L’intention de la Cour d’appel ne fait non plus aucun doute. Elle s’est exprimée sans ambages et clairement dans l’arrêt *R. c. Arcand*, 2010 ABCA 363, 40 Alta. L.R. (5th) 199, et dans ses décisions subséquentes.

[104] Where I differ from the Court of Appeal is on these foundational points: the rigid control they exercise over sentencing and the constraints on individualized sentencing are, in my view, neither legitimate, nor necessary. This is neither accidental nor is it hidden. To the contrary, it is deliberate and it is open.

[105] My colleagues say that they are putting forth “a revised understanding” of starting points (Brown and Martin JJ.’s reasons, at para. 3). I am skeptical, however, as to the impact this so-called revised approach will have. This Court has provided guidance on numerous prior occasions, yet the Court of Appeal’s approach has remained unchanged (*R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *Friesen*). As a result, in my view, to offer yet more helpful suggestions to ameliorate the problems inherent in starting-point methodology is naïve. The problems are baked into the methodology and they are rooted in the purposes for which it was developed and for which it has been maintained. There is only one effective response: to say that starting-point methodology can no longer be used. Being definitive in so saying is long overdue.

[106] Lastly, on the merits and on the additional guidance he provides, I agree with Justice Moldaver and would adopt his reasons. I would dismiss the appeals.

II. Analysis

[107] My analysis proceeds in three steps. First, I review the principles of sentencing and appellate review. Second, I show how the rationale underlying the starting-point approach is inconsistent with these principles. Finally, I turn to the practical effects of starting points and their incompatibility with these same principles.

[104] Les aspects sur lesquels je diverge d’opinion avec la Cour d’appel concernent les points fondamentaux suivants : le contrôle rigide que la Cour d’appel exerce sur la détermination de la peine et les contraintes qu’elle impose en ce qui concerne l’individualisation de la peine ne sont, à mon avis, ni légitimes ni nécessaires. Ces aspects ne sont ni accidentels ni occultes. Au contraire, ils sont déli-
bérés et affichés.

[105] Mes collègues disent qu’ils proposent « une nouvelle vision » des points de départ (motifs des juges Brown et Martin, par. 3). Je suis toutefois sceptique quant à l’impact qu’aura cette soi-disant nouvelle approche. Notre Cour a déjà fourni des orientations à de nombreuses reprises, sans que la Cour d’appel change pour autant son approche (*R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *Friesen*). J’estime donc qu’il est naïf de proposer encore d’autres suggestions utiles pour tenter de résoudre les problèmes inhérents à la méthode du point de départ. Ces problèmes sont indissociables de la méthode et des buts dans lesquels elle a été élaborée et est toujours appliquée. Il n’y a qu’une seule solution efficace : déclarer que la méthode du point de départ ne peut plus être utilisée. Il y a longtemps qu’on aurait dû l’affirmer dans les termes les plus nets.

[106] Enfin, sur le fond et sur les balises supplémentaires qu’il propose, je suis d’accord avec le juge Moldaver et je souscris à ses motifs. Je suis d’avis de rejeter les pourvois.

II. Analyse

[107] Mon analyse se divisera en trois étapes. Dans un premier temps, je vais passer en revue les principes de la détermination de la peine et du contrôle en appel. Ensuite, je vais démontrer en quoi la justification à la base de la méthode du point de départ est incompatible avec ces principes. Pour terminer, je vais examiner les conséquences pratiques des points de départ et leur incompatibilité avec ces mêmes principes.

A. *Principles of Sentencing and Appellate Review*(1) Sentencing: Broad Discretion to Arrive at Proportionate and Individualized Sentences

[108] Until 1996, the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, did not provide guidance as to the principles or objectives of sentencing (A. Manson et al., *Sentencing and Penal Policy in Canada: Cases, Materials, and Commentary* (3rd ed. 2016), at pp. 37-38). In common with other common law jurisdictions, Canadian courts adopted an approach to sentencing emphasizing discretion, proportionality and individualization (G. Brown, *Criminal Sentencing as a Practical Wisdom* (2017), at p. 25). This approach was notably articulated by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Willaert*, [1953] O.R. 282, in an oft-cited passage:

I am respectfully of opinion that the true function of criminal law in regard to punishment is in a wise blending of the deterrent and reformative, with retribution not entirely disregarded, and with a constant appreciation that the matter concerns not merely the Court and the offender, but also the public and society as a going concern. Punishment is, therefore, an art — a very difficult art — essentially practical, and directly related to the existing needs of society. . . . It is therefore impossible to lay down hard and fast and permanent rules. [Emphasis added; p. 286.]

[109] Although Parliament later gave additional direction to sentencing judges, the “wise blending” approach remains good law: judges must use their discretion to weigh different penal aims in light of all circumstances to arrive at sentences that are “fit” for the offence and the offender (Manson et al., at p. 41a).

[110] In its 1996 sentencing reform, Parliament codified the objectives and principles of sentencing in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code*. Section 718 now provides that the “fundamental purpose of

A. *Principes de la détermination de la peine et du contrôle en appel*(1) La détermination de la peine : un vaste pouvoir discrétionnaire en vue de prononcer une peine proportionnée et individualisée

[108] Jusqu’en 1996, le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, ne donnait aucune indication quant aux principes ou aux objectifs en matière de détermination de la peine (A. Manson et autres, *Sentencing and Penal Policy in Canada : Cases, Materials, and Commentary* (3^e éd. 2016), p. 37-38). À l’instar des juridictions d’autres pays de common law, les tribunaux canadiens ont adopté, en ce qui concerne la détermination de la peine, une démarche axée sur l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire et sur la proportionnalité et l’individualisation (G. Brown, *Criminal Sentencing as a Practical Wisdom* (2017), p. 25). Cette démarche a notamment été formulée par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. Willaert*, [1953] O.R. 282, dans le passage suivant souvent cité :

[TRADUCTION] À mon humble avis, la véritable fonction du droit criminel en matière de sanctions pénales est d’en arriver à un savant dosage de dissuasion et de réforme, sans écarter d’emblée le châtiment, en ne perdant jamais de vue que la détermination de la peine ne concerne pas uniquement le tribunal et le contrevenant, mais aussi le public et la société en général. La détermination de la peine est donc un art — un art très difficile — essentiellement pratique et axé directement sur les besoins actuels de la société. [. . .] Il est donc impossible d’établir des règles absolues et permanentes. [Je souligne; p. 286.]

[109] Bien que le Parlement ait par la suite donné d’autres directives aux juges chargés de déterminer la peine, l’approche du « savant dosage » demeure valable en droit : les juges doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire pour soupeser divers objectifs pénaux à la lumière de l’ensemble des circonstances afin d’en arriver à des peines qui sont « adaptées » à l’infraction et à son auteur (Manson et autres, p. 41a).

[110] Dans sa réforme de 1996 sur la détermination de la peine, le Parlement a codifié les objectifs et les principes de la détermination de la peine aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel*. L’article 718

sentencing is to protect society and to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions”. This purpose is achieved having regard to six objectives: denunciation, general and specific deterrence, separation of offenders, rehabilitation, reparation, and the promotion of a sense of responsibility in the offender and acknowledgement of the harm caused to the victim and to the community (*R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 39). The *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, contains similar provisions on sentencing (ss. 10(1) and (10)(2)).

[111] As mandated by s. 718.1 of the *Criminal Code*, in all cases, “whatever weight a judge may wish to accord to the objectives listed above, the resulting sentence *must* respect the fundamental principle of proportionality” (*Nasogaluak*, at para. 40 (emphasis in original)). Proportionality is the “*sine qua non* of a just sanction” (*R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 37). This principle provides that “sentences must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender” (*Friesen*, at para. 30). There are two converging perspectives on proportionality: first, it serves a restraining function as it requires that a sentence not exceed what is just and appropriate, and second, it seeks to ensure that the sentence “properly reflects and condemns [the role of offenders] in the offence and the harm they caused” (*Nasogaluak*, at para. 42). At the end of the day, a just sanction is one that reflects both of these “perspectives on proportionality and does not elevate one at the expense of the other” (*Ipeelee*, at para. 37).

[112] For its part, s. 718.2 provides a non-exhaustive list of secondary principles that must guide the sentencing process. These principles include “the consideration of aggravating and mitigating circumstances, the principles of parity and totality, and the instruction to consider ‘all available

prévoit désormais que le « prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer, parallèlement à d’autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre par l’infliction de sanctions justes ». Ce but est atteint en tenant compte des six objectifs suivants : la dénonciation, la dissuasion générale et individuelle, l’isolement des délinquants, leur réinsertion sociale, la réparation des torts causés et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités et la reconnaissance des torts qu’il a causés à la victime et à la collectivité (*R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 39). La *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, renferme des dispositions semblables sur la détermination de la peine (par. 10(1) et (2)).

[111] L’article 718.1 du *Code criminel* prescrit que, dans tous les cas, « indépendamment du poids que le juge souhaite accorder à l’un des objectifs susmentionnés, la peine *doit* respecter le principe fondamental de proportionnalité » (*Nasogaluak*, par. 40 (en italique dans l’original)). La proportionnalité représente la « condition *sine qua non* d’une sanction juste » (*R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 37). Selon ce principe, « la peine doit être proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant » (*Friesen*, par. 30). Il existe deux optiques convergentes en ce qui concerne la proportionnalité : en premier lieu, le principe de la proportionnalité joue un rôle restrictif en exigeant que la sanction n’excède pas ce qui est juste et approprié et, en second lieu, les peines infligées sont censées « refl[éter] et sanctionn[er] adéquatement le rôle joué [par les délinquants] dans la perpétration de l’infraction ainsi que le tort qu’ils ont causé » (*Nasogaluak*, par. 42). En fin de compte, une sanction juste prend en compte les deux « optiques de la proportionnalité et n’en privilégie aucune par rapport à l’autre » (*Ipeelee*, par. 37).

[112] Quant à lui, l’art. 718.2 comporte une liste non exhaustive de principes secondaires qui doivent guider le processus de détermination de la peine. Parmi ces principes, mentionnons « l’examen des circonstances aggravantes ou atténuantes, les principes de parité et de totalité et la nécessité d’examiner

sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances’, with particular attention paid to the circumstances of aboriginal offenders” (*Nasogaluak*, at para. 40, quoting s. 718.2 of the *Criminal Code*). In particular, parity requires that “similar offenders who commit similar offences in similar circumstances . . . receive similar sentences” (*Friesen*, at para. 31). It is principally because of parity that appellate courts sometimes adopt sentencing ranges or starting points to serve as a guide for sentencing judges (*Lacasse*, at paras. 56-57). In *Friesen*, this Court explained that 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 . . .” (para. 32).

[113] In order to produce proportionate sentences, sentencing must be a “highly individualized exercise” (*Lacasse*, at para. 58; see also *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 58). Sentencing judges must decide a profoundly contextual issue: “For this offence, committed by this offender, harming this victim, in this community, what is the appropriate sanction under the *Criminal Code*?” (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 80 (emphasis in original)). They must determine which objectives of sentencing merit greater weight and evaluate the importance of mitigating or aggravating factors, to best reflect the circumstances of each case (*Nasogaluak*, at para. 43; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 92; *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.)).

[114] Individualization flows from proportionality: a sentence that is not tailored to the specific circumstances of both the offender and the offence will not be proportional to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender (*R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 82). Simply stated, [TRANSLATION] “[a] proportional sentence is

“toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances”, plus particulièrement lorsqu’il s’agit de délinquants autochtones » (*Nasogaluak*, par. 40, citant l’art. 718.2 du *Code criminel*). En particulier, suivant le principe de parité, « des délinquants semblables ayant commis des infractions semblables dans des circonstances semblables devraient recevoir des peines semblables » (*Friesen*, par. 31). C’est principalement à cause du principe de parité que les cours d’appel retiennent parfois des fourchettes de peines ou des points de départ à l’usage des juges chargés de déterminer la peine (*Lacasse*, par. 56-57). Dans l’arrêt *Friesen*, notre Cour a expliqué que la parité est 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 . . . » (par. 32).

[113] Pour établir une peine proportionnée, la détermination de la peine se doit d’être une « opération éminemment individualisée » (*Lacasse*, par. 58; voir aussi *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 58). Le juge chargé de déterminer la peine doit trancher une question profondément contextuelle : « Pour cette infraction, commise par ce délinquant, ayant causé du tort à cette victime, dans cette communauté, quelle est la sanction appropriée au regard du *Code criminel*? » (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 80 (souligné dans l’original)). Le juge chargé de fixer la peine doit établir quels objectifs de la détermination de la peine méritent qu’on leur accorde plus de poids et évaluer l’importance des circonstances atténuantes et des circonstances aggravantes, afin de bien tenir compte des circonstances de l’espèce (*Nasogaluak*, par. 43; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 92; *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.)).

[114] L’individualisation découle de la proportionnalité : la peine qui n’est pas adaptée à la situation particulière du délinquant et aux circonstances particulières de l’infraction ne peut pas être proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant (*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 82). En somme, « [u]ne

thus an individualized sentence (J. Desrosiers and H. Parent, “Principes”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit pénal — Droit pénal général* (loose-leaf), by M.-P. Robert and S. Roy, eds., fasc. 20, at para. 17).

[115] Parliament vested sentencing judges with “a broad discretion” to craft individualized and proportionate sentences (*Nasogaluak*, at para. 43; see also *M. (C.A.)*, at para. 90, referring to what is now s. 718.3(1) of the *Criminal Code*). “Far from being an exact science or an inflexible predetermined procedure, sentencing is primarily a matter for the trial judge’s competence and expertise. The trial judge enjoys considerable discretion because of the individualized nature of the process” (*R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, at para. 17). It is possible that, in a given case, more than one particular sentence would be appropriate and reasonable (M. Vaclair and T. Desjardins, in collaboration with P. Lachance, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (28th ed. 2021), at No. 47.2). “Proportionality will be achieved by means of a ‘complicated calculus’ whose elements the trier of fact understands better than anyone” (*L.M.*, at para. 22). Thus, flexibility is essential to meet the needs of individual justice. In short, discretion is the means to achieve proportionality in sentencing.

(2) Appellate Review: A Deferential Approach

[116] Appellate courts play a dual role in sentence appeals: they are courts of error correction and they have a role “in developing the law and providing guidance” (*Friesen*, at paras. 34-35; *Lacasse*, at paras. 36-37).

(a) *Error Correction*

[117] As a corollary to the wide discretion conferred to sentencing judges in the determination of a “just and appropriate” sentence, this Court has adopted a deferential approach to appellate review

peine proportionnelle est donc une peine individualisée » (J. Desrosiers et H. Parent, « Principes », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit pénal — Droit pénal général* (feuilles mobiles), par M.-P. Robert et S. Roy, dir., fasc. 20, par. 17).

[115] Le Parlement a confié aux juges chargés de déterminer les peines « un large pouvoir discrétionnaire » leur permettant de façonner des peines individualisées et proportionnées (*Nasogaluak*, par. 43; voir aussi *M. (C.A.)*, par. 90, citant l’équivalent de l’actuel par. 718.3(1) du *Code criminel*). « Loin d’être une science exacte ou une procédure inflexiblement prédéterminée, la détermination de la peine relève d’abord de la compétence et de l’expertise du juge du procès. Ce dernier dispose d’un vaste pouvoir discrétionnaire en raison de la nature individualisée du processus » (*R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, par. 17). Il est possible que, dans un cas donné, plusieurs peines particulières soient appropriées et raisonnables (M. Vaclair et T. Desjardins, avec la collaboration de P. Lachance, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (28^e éd. 2021), n^o 47.2). « La proportionnalité sera atteinte par un [TRADUCTION] “calcul complexe” dont le juge du fait maîtrise les éléments mieux que quiconque » (*L.M.*, par. 22). La souplesse est donc essentielle pour répondre aux besoins d’une justice individualisée. En bref, le pouvoir discrétionnaire est le moyen utilisé pour atteindre la proportionnalité dans la détermination de la peine.

(2) Le contrôle en appel : une approche axée sur la déférence

[116] Les cours d’appel jouent un double rôle lorsqu’elles sont saisies d’un appel portant sur la peine. Elles sont chargées de corriger les erreurs et il leur revient également « de développer le droit et de fournir des balises » (*Friesen*, par. 34-35; *Lacasse*, par. 36-37).

a) *Correction des erreurs*

[117] En corollaire du vaste pouvoir discrétionnaire conféré aux juges chargés de déterminer une peine « juste et appropriée », notre Cour a adopté une approche empreinte de déférence en ce qui concerne

of sentencing decisions. An appellate court can only 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 (*Friesen*, at para. 26).

[118] A sentence is “demonstrably unfit” if it constitutes an “unreasonable departure” from the fundamental principle of proportionality, which is a “very high threshold” (*Lacasse*, at paras. 52-53). It will reach this level where it “is in substantial and marked departure from the sentences customarily imposed for similar offenders committing similar crimes” (*M. (C.A.)*, at para. 92; see also *Lacasse*, at para. 67; *R. v. Suter*, 2018 SCC 34, [2018] 2 S.C.R. 496, at paras. 23-24). As for errors in principle, they include “an error of law, a failure to consider a relevant factor, or erroneous consideration of an aggravating or mitigating factor” (*Friesen*, at para. 26). An appellate court can only intervene if the error in principle had an impact on the sentence (*ibid.*, citing *Lacasse*, at para. 44).

[119] Accordingly, an appellate court cannot intervene simply because it would have weighed relevant factors and objectives differently (*Lacasse*, at paras. 49-51). The weighing 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” (*Friesen*, at para. 26 (text in brackets in original), quoting *R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (Ont. C.A.), at para. 35). Similarly, an appellate court cannot vary a sentence simply because it would have put the sentence in a different range or category (*Friesen*, at para. 37).

[120] Deference arises from Parliament’s choice to grant discretion to sentencing judges to individualize sentences (para. 38). The appellate standard of review “complement[s] and reinforce[s]” the view that proportionate sentences are best achieved by the application of judicial discretion (P. Healy, “Sentencing

le contrôle en appel des décisions en matière de détermination de la peine. Une cour d’appel ne peut modifier une peine que si (1) elle n’est manifestement pas indiquée ou (2) le juge chargé de déterminer la peine a commis une erreur de principe qui a eu une incidence sur la détermination de la peine (*Friesen*, par. 26).

[118] Une peine est « manifestement non indiquée » si elle « s’écarte de manière déraisonnable » du principe fondamental de la proportionnalité, ce qui représente un « seuil très élevé » (*Lacasse*, par. 52-53). Ce seuil est atteint lorsque la peine « s’écarte de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires » (*M. (C.A.)*, par. 92; voir aussi *Lacasse*, par. 67; *R. c. Suter*, 2018 CSC 34, [2018] 2 R.C.S. 496, par. 23-24). 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 » (*Friesen*, par. 26). La cour d’appel ne peut intervenir que si l’erreur de principe a eu une incidence sur la détermination de la peine (*ibid.*, citant *Lacasse*, par. 44).

[119] Par conséquent, une cour d’appel ne peut intervenir simplement parce qu’elle aurait attribué un poids différent aux facteurs et aux objectifs pertinents (*Lacasse*, par. 49-51). La manière dont le juge de première instance a soupesé des facteurs ne peut constituer une erreur de principe que s’il a « exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable, en insistant trop sur un facteur ou en omettant d’accorder suffisamment d’importance à un autre » (*Friesen*, par. 26, citant *R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (C.A. Ont.), par. 35). De même, une cour d’appel ne peut modifier une peine simplement parce qu’elle aurait fait relever la peine d’une fourchette ou d’une catégorie de peines différente (*Friesen*, par. 37).

[120] La déférence s’explique par le choix du Parlement de conférer aux juges chargés de déterminer la peine le pouvoir discrétionnaire d’individualiser les peines (par. 38). La norme de contrôle applicable en appel [TRADUCTION] « vient compléter et renforcer » l’idée suivant laquelle la meilleure

from There to Here and from Then to Now” (2013), 17 *Can. Crim. L.R.* 291, at p. 295). Appellate courts’ limited powers to vary sentences “underscores the importance of individualized decision-making in determining a fit disposition” (*ibid.*).

[121] In addition, this Court in *Friesen* emphasized three functional reasons justifying the appellate standard of review: (1) sentencing judges see and hear all the evidence in person; (2) they usually have front-line experience and understand the needs of the community where the crime was committed; and (3) appellate courts should generally defer to sentencing judges’ decisions “to avoid delay and the misuse of judicial resources” (para. 25; see also *Lacasse*, at paras. 11 and 48; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 46).

[122] If the appellate court finds an error in principle that had an impact on the sentence, or that the sentence is demonstrably unfit, it can intervene and “apply the principles of sentencing afresh to the facts” (*Friesen*, at para. 27). It must, however, defer to the judge’s findings of fact and identification of aggravating and mitigating factors if they are not affected by an error in principle (para. 28).

(b) *Developing the Law and Providing Guidance to Sentencing Judges*

[123] Second, appellate courts “serve an important function” in providing guidance to sentencing judges and “minimizing the disparity of sentences . . . for similar offenders and similar offences committed throughout Canada” (*M. (C.A.)*, at para. 92, see also *Vauclair and Desjardins*, No. 47.37, at p. 1168). While appellate courts often use sentencing ranges, other courts, particularly Alberta’s, use starting points as a form of guidance. I will review both

façon d’obtenir des peines proportionnées consiste à confier aux juges un pouvoir discrétionnaire en la matière (P. Healy, « Sentencing from There to Here and from Then to Now » (2013), 17 *Rev. can. D.P.* 291, p. 295). Les pouvoirs limités des cours d’appel en ce qui concerne la modification des peines [TRANSLATION] « font ressortir l’importance de la prise de décisions individualisées pour déterminer une peine indiquée » (*ibid.*).

[121] En outre, dans l’arrêt *Friesen*, notre Cour a souligné trois raisons pratiques justifiant l’application de la norme de contrôle en appel : (1) les juges chargés de déterminer la peine voient et entendent toute la preuve en personne; (2) ils ont en général une expérience de première ligne et comprennent les besoins de la collectivité où le crime a été commis; (3) les cours d’appel devraient généralement s’en remettre aux décisions des juges chargés de déterminer la peine « pour éviter les retards et l’utilisation abusive des ressources judiciaires » (par. 25; voir aussi *Lacasse*, par. 11 et 48; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 46).

[122] Si la cour d’appel constate une erreur de principe qui a eu une incidence sur la détermination de la peine, ou que la peine est manifestement non indiquée, elle peut intervenir et « applique[r] de nouveau les principes de la détermination de la peine aux faits » (*Friesen*, par. 27). Elle doit toutefois s’en remettre aux conclusions de fait du juge ou aux circonstances aggravantes et atténuantes qu’il a relevées, pourvu qu’elles ne soient pas entachées d’une erreur de principe (par. 28).

b) *Développer le droit et fournir des balises aux juges chargés de déterminer la peine*

[123] En second lieu, les cours d’appel « jouent un rôle important » en fournissant des balises aux juges chargés de déterminer la peine et en « réduisant au minimum la disparité entre les peines infligées à des contrevenants similaires, pour des infractions similaires commises dans les diverses régions du Canada » (*M. (C.A.)*, par. 92, voir aussi *Vauclair et Desjardins*, n° 47.37, p. 1168). Alors que les cours d’appel utilisent souvent les fourchettes de peines,

forms of appellate guidance in general terms before turning to the issue of whether starting points are an appropriate form of guidance in sentencing.

(i) Sentencing Ranges

[124] Sentencing ranges 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). Ranges can also develop the law in the ordinary way of appellate courts, responding to emerging needs that are not addressed in the existing jurisprudence (*Friesen*, at para. 35).

[125] Sentencing ranges can assist sentencing judges when considering all the relevant circumstances of the offence and the offender to arrive at a fit sentence. They are not “averages”, “hard and fast rules”, or “binding” (*Lacasse*, at para. 57; *Friesen*, at para. 37). The usual range of sentences imposed for an offence may be a useful tool at the disposal of sentencing judges as it “gives some sense [to] proportionality and parity” (A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), at p. 65). But sentencing judges are not obliged to have regard to ranges or to begin the sentencing exercise at the range. Their fundamental duty is to impose a sentence that is “proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender” (s. 718.1 of the *Criminal Code*). Conversely, sentencing within a range is not determinative of fitness:

[TRANSLATION] . . . it should be borne in mind that ranges are only indications. Care must be taken not to apply them

d’autres tribunaux, notamment ceux de l’Alberta, utilisent les points de départ comme balises. Je vais examiner de façon générale ces deux formes d’orientations données par les cours d’appel avant d’aborder la question de savoir si les points de départ constituent un type de balises appropriées en matière de détermination de la peine.

(i) Les fourchettes de peines

[124] Les fourchettes de peines 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). Les cours d’appel peuvent également se servir des fourchettes de peines pour faire évoluer le droit comme elles le font habituellement, en répondant à des besoins nouveaux qui ne sont pas pris en compte dans la jurisprudence existante (*Friesen*, par. 35).

[125] Les fourchettes de peines peuvent aider les juges chargés de déterminer la peine lorsqu’ils examinent l’ensemble des circonstances de l’infraction et la situation du délinquant afin d’établir une peine indiquée. Les fourchettes de peines ne sont ni des « moyennes » ni des « règles absolues », et elles ne sont pas « contraignant[es] » (*Lacasse*, par. 57; *Friesen*, par. 37). La gamme habituelle de peines infligées pour une infraction peut s’avérer un outil de référence utile pour les juges chargés de déterminer la peine, car elle leur [TRANSLATION] « donne une idée de la proportionnalité et de la parité » (A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), p. 65). Mais les juges chargés de déterminer la peine ne sont pas obligés de tenir compte des fourchettes de peines ou d’entamer la détermination de la peine en appliquant une fourchette de peines. Leur devoir essentiel consiste à infliger une peine « proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant » (art. 718.1 du *Code criminel*). Inversement, ce n’est pas parce que la peine infligée se situe dans une fourchette de peines qu’elle est nécessairement indiquée :

. . . il importe de rappeler que les fourchettes ne sont que des indications. Il faut se garder de les appliquer de

categorically. Although they constitute a useful reference tool for a judge, they do not exempt him or her from analyzing the particular circumstances of each case, as the focus of the sentencing process continues to be on the individual. This is why offenders sometimes receive different sentences for the same offence. [Emphasis added.]

(*Calderon v. R.*, 2015 QCCA 1573, at para. 30 (CanLII))

[126] Since sentencing ranges are only guidelines, they do not, and cannot, increase the authority of appellate courts to vary a sentence. Ensuring that sentences are similar cannot short-circuit the standard of review and “be given priority over the . . . deference [owed] to the [sentencing] judges’ exercise of discretion” (*L.M.*, at para. 35; see also *Ferland v. R.*, 2009 QCCA 1168, [2009] R.J.Q. 1675, at para. 22).

(ii) Starting Points

[127] The starting-point approach involves a three-step process. First, the court of appeal must describe the category created (e.g., “commercial cocaine trafficking”, “major sexual assault”). Second, it sets a starting point for that category which represents the sentence that would apply to a typical offender of good character with no criminal record in a typical case (*McDonnell*, at para. 59, per McLachlin J., dissenting, citing *R. v. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79 (Alta. C.A.); see also *R. v. Felix*, 2019 ABCA 458, 98 Alta. L.R. (6th) 136 (“*Felix* (ABCA)”), at para. 45). Third, the sentencing judge refines the sentence to the specific facts of the individual case and offender (*Arcand*, at para. 104).

[128] Starting points are, by their nature, a prescriptive form of appellate guidance, in that they provide a sequence for sentencing judges to follow when determining a fit sentence. As the expression “starting point” makes clear, sentencing judges must identify the relevant category and corresponding starting point to commence the sentencing exercise. They must then adjust the sentence depending on the facts of the case and the characteristics of the

manière absolue. Si elles constituent un outil de référence utile pour le juge, elles ne l’exemptent pas d’analyser les circonstances particulières de chaque affaire, le processus de détermination de la peine demeurant un exercice axé sur l’individu. C’est ce qui explique pourquoi, pour une même infraction, des délinquants se voient parfois infliger des peines distinctes. [Je souligne.]

(*Calderon c. R.*, 2015 QCCA 1573, par. 30 (CanLII))

[126] Comme les fourchettes de peines ne sont que des indications, elles ne peuvent pas et ne doivent pas augmenter le pouvoir des cours d’appel de modifier une peine. On ne peut invoquer l’uniformisation des peines pour court-circuiter la norme de contrôle et prioriser l’uniformisation « au détriment de la règle du respect de la discrétion du juge [du] procès » (*L.M.*, par. 35; voir aussi *Ferland c. R.*, 2009 QCCA 1168, [2009] R.J.Q. 1675, par. 22).

(ii) Les points de départ

[127] La méthode du point de départ comporte un processus en trois étapes. Premièrement, la cour d’appel doit qualifier la catégorie créée (p. ex., « trafic commercial de cocaïne », « agression sexuelle grave »). Deuxièmement, elle fixe pour cette catégorie un point de départ qui correspond à la peine qui s’appliquerait au délinquant type de bonne moralité et sans casier judiciaire dans un cas type (*McDonnell*, par. 59, la juge McLachlin, dissidente, citant *R. c. Sandercock* (1985), 22 C.C.C. (3d) 79 (C.A. Alb.); voir aussi *R. c. Felix*, 2019 ABCA 458, 98 Alta. L.R. (6th) 136 (« *Felix* (ABCA) »), par. 45). Troisièmement, le juge chargé de déterminer la peine adapte la peine aux faits particuliers de l’espèce et à la situation du délinquant (*Arcand*, par. 104).

[128] Les points de départ sont, de par leur nature, des balises de type prescriptif établies par les cours d’appel, en ce sens qu’ils proposent aux juges chargés de déterminer la peine une démarche à suivre pour fixer une peine juste. Comme l’indique clairement l’expression « point de départ », les juges chargés de déterminer la peine doivent identifier la catégorie pertinente et le point de départ correspondant avant d’entamer la détermination de la peine. Ils

offender, in light of the factors built into the starting point (*McDonnell*, at para. 60; *Arcand*, at para. 105).

[129] Although this Court has not disavowed the starting-point approach, it has been clear that they cannot alter the broad discretion granted to sentencing judges (*McDonnell*, at paras. 32-33 and 43; *Friesen*, at para. 37). It also specifically disapproved of the Court of Appeal of Alberta's treatment of starting points as binding and its failure to give proper effect to the standard of review (*Friesen*, at paras. 37 and 40-41).

[130] As this Court noted in *Friesen* (at para. 41), practitioners, academics, and judges — including judges at the Court of Appeal of Alberta — have nevertheless expressed concerns about the starting-point approach and whether it is consistent with the broad discretion of sentencing judges to impose individualized sentences (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; *Arcand*, at para. 352; *R. v. Lee*, 2012 ABCA 17, 58 *Alta. L.R.* (5th) 30, at paras. 55, 61 and 76; *R. v. Gashikanyi*, 2017 ABCA 194, 53 *Alta. L.R.* (6th) 11, at paras. 19, 22 and 77-78; *R. v. D.S.C.*, 2018 ABCA 335, [2019] 3 *W.W.R.* 259, at para. 40). This case gives us the opportunity to assess the merits of these concerns.

[131] At the outset, I note that although “local characteristics in a given region may explain certain differences in the sentences imposed on offenders by the courts” (*Lacasse*, at para. 89), the *Criminal Code* sets out uniform principles and objectives for sentencing in the country. In my view, this uniformity should ideally extend to sentencing methodology (C. C. Ruby, *Sentencing* (10th ed. 2020), at § 2.12). For instance, the methodology for choosing whether sentences should be consecutive or concurrent and

doivent ensuite ajuster la peine en fonction des faits de l'espèce et des caractéristiques du délinquant, à la lumière des facteurs déjà intégrés au point de départ (*McDonnell*, par. 60; *Arcand*, par. 105).

[129] Bien que notre Cour n'ait pas désavoué la méthode du point de départ, elle a clairement indiqué que les points de départ ne peuvent modifier le vaste pouvoir discrétionnaire dont disposent les juges chargés de déterminer la peine (*McDonnell*, par. 32-33 et 43; *Friesen*, par. 37). Elle a aussi expressément désapprouvé le fait que la Cour d'appel de l'Alberta considérait les points de départ comme contraignants, lui reprochant aussi de ne pas dûment appliquer la norme de contrôle (*Friesen*, par. 37 et 40-41).

[130] Comme l'a fait remarquer notre Cour dans *Friesen* (par. 41), des avocats, des universitaires et des juges — y compris des juges de la Cour d'appel de l'Alberta — ont néanmoins exprimé des réserves au sujet de la méthode du point de départ et soulevé des doutes quant à son adéquation avec le large pouvoir discrétionnaire dont sont investis les juges chargés de déterminer la peine pour infliger des peines individualisées (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; *Arcand*, par. 352; *R. c. Lee*, 2012 ABCA 17, 58 *Alta. L.R.* (5th) 30, par. 55, 61 et 76; *R. c. Gashikanyi*, 2017 ABCA 194, 53 *Alta. L.R.* (6th) 11, par. 19, 22 et 77-78; *R. c. D.S.C.*, 2018 ABCA 335, [2019] 3 *W.W.R.* 259, par. 40). La présente affaire nous offre l'occasion d'examiner le bien-fondé de ces préoccupations.

[131] D'entrée de jeu, je signale que, même si « les particularités locales de chaque région peuvent expliquer certaines divergences dans les peines infligées aux délinquants par les tribunaux » (*Lacasse*, par. 89), le *Code criminel* énonce en matière de détermination de la peine des principes et des objectifs qui s'appliquent uniformément partout au Canada. À mon avis, cette uniformité devrait idéalement valoir aussi pour la méthode de détermination de la peine (C. C. Ruby, *Sentencing* (10^e éd. 2020), § 2.12). Par

for assessing joint submissions does not and should not vary across provinces and territories. In the same manner, the use of sentencing ranges or starting points should also be generally consistent in this country.

[132] The starting-point approach is a distinct form of appellate guidance — indeed, a distinct theory of sentencing — with its own rationale and methodology. Below, I review the starting-point approach set out in *Arcand*, noting how the rationale and functions of this approach depart from the ordinary operation of Canadian sentencing law articulated by the *Criminal Code* and this Court’s jurisprudence. I begin with a discussion of issues in the underlying rationale for starting points, and then turn to methodological problems with the starting-point approach in application.

B. *The Rationale Underlying the Starting-Point Approach*

[133] The foundational rationale of starting points is the idea that appellate courts are institutionally responsible for creating and enforcing a uniform approach to sentencing to prevent the injustice that would inevitably flow from variation in sentencing. On this view, variations are an impediment to the rule of law goal of maintaining public confidence in the criminal justice system. Starting points aim to achieve a greater degree of parity and thus reduce and confine discretion of sentencing judges. As I will explain, this rationale is incompatible with the principles of sentencing and this Court’s jurisprudence.

(1) Discretion and Individualization

[134] First, the starting-point approach seeks to reduce arbitrariness, disparity and idiosyncratic

exemple, la méthode suivie pour décider si les peines doivent être consécutives ou concurrentes et pour évaluer les recommandations communes ne varie pas et ne devrait pas varier d’une province ou d’un territoire à l’autre. De même, les fourchettes de peines et les points de départ devraient aussi être généralement appliqués de façon uniforme au Canada.

[132] La méthode du point de départ est une forme distincte de balises établies par les cours d’appel — elle constitue en fait une théorie distincte de la détermination de la peine — avec ses propres fondements et sa propre démarche. Je vais examiner plus loin la méthode du point de départ énoncée dans l’arrêt *Arcand*, en signalant à quel point la raison d’être et les fonctions de cette méthode sont étrangères au cadre habituel de la détermination de la peine au Canada défini par le *Code criminel* et par la jurisprudence de notre Cour. Je vais d’abord aborder les questions que soulève la justification à la base des points de départ, pour ensuite me pencher sur les problèmes méthodologiques que pose l’utilisation de la méthode du point de départ.

B. *Justification à la base de la méthode du point de départ*

[133] La raison d’être essentielle des points de départ est l’idée que les cours d’appel sont chargées, en tant qu’institutions, de créer une approche uniforme en matière de détermination de la peine et de veiller à son application pour empêcher l’injustice qu’entraînerait inévitablement l’infliction de peines disparates. Dans cette optique, les disparités dans la détermination des peines font obstacle à l’objectif de la primauté du droit consistant à maintenir la confiance du public dans le système de justice pénale. Les points de départ visent une plus grande uniformité, réduisant et limitant ainsi le pouvoir discrétionnaire des juges chargés de déterminer la peine. Comme je vais l’expliquer, ce but est incompatible avec les principes de la détermination de la peine et la jurisprudence de notre Cour.

(1) Pouvoir discrétionnaire et individualisation

[134] Tout d’abord, la méthode du point de départ vise à limiter les décisions arbitraires ou discordantes

decision-making in sentencing in order to maintain public confidence in the administration of justice (*Arcand*, at paras. 24, 70 and 102).

[135] According to *Arcand*, appellate courts bear a “special institutional responsibility” to maintain public trust in sentencing (para. 7). Absent such appellate leadership, unjust sanctions and associated erosion of public confidence in the justice system inevitably flow from the lack of a uniform approach (paras. 8 and 119). The objective is thus to achieve parity and constrain sentencing judges’ discretion.

[136] Conversely, the Court of Appeal of Alberta reasons that sentencing ranges do not sufficiently constrain sentencing judges’ discretion and they lead to disparity. Starting points provide more guidance than ranges to sentencing judges who are left to “[t]hrow a mental dart at the range” (*Arcand*, at para. 122). According to the Court of Appeal of Alberta, sentencing ranges are often the product of “limited and parochial” research, where counsel will only try to find cases supporting their point of view (para. 123). Ranges also provide an insufficient basis for appellate intervention because “the mere fact a sentence falls within a range, or not significantly outside it, tells an appeal court little, if anything, about whether the actual sentence is fit” (para. 124).

[137] The flaw in this rationale is apparent. Variability resulting from individualization is an essential feature of just sentencing, not a problem. Establishing a sentence for a “typical offender” is counterproductive: “. . . the search for a single appropriate sentence for a similar offender and a similar

et les décisions d’espèce en matière de détermination de la peine afin de maintenir la confiance du public dans l’administration de la justice (*Arcand*, par. 24, 70 et 102).

[135] Selon l’arrêt *Arcand*, les cours d’appel sont investies d’une [TRADUCTION] « mission institutionnelle spéciale » : maintenir la confiance du public à l’égard de la détermination de la peine (par. 7). À défaut par les cours d’appel d’exercer ce rôle de chef de file, le manque d’uniformité entraînera inévitablement des sanctions injustes et, partant, l’érosion de la confiance du public dans le système de justice (par. 8 et 119). L’objectif est donc d’atteindre la parité et de limiter le pouvoir discrétionnaire des juges chargés de déterminer la peine.

[136] En revanche, la Cour d’appel de l’Alberta estime que les fourchettes de peines ne limitent pas suffisamment le pouvoir discrétionnaire des juges chargés de déterminer la peine et qu’elles entraînent des disparités. Les points de départ fournissent selon elle des balises plus complètes que les fourchettes de peines aux juges chargés de déterminer la peine, qui en sont sinon réduits à [TRADUCTION] « choisir une peine dans la fourchette de peines au hasard » (*Arcand*, par. 122). D’après la Cour d’appel de l’Alberta, les fourchettes de peines sont souvent le fruit de recherches [TRADUCTION] « limitées et étriquées » de la part d’avocats cherchant seulement à trouver des décisions qui appuient leur thèse (par. 123). Les fourchettes de peines ne prévoient par ailleurs pas suffisamment de cas d’ouverture à l’intervention de la cour d’appel parce que [TRADUCTION] « le simple fait qu’une peine se situe à l’intérieur d’une fourchette de peines, ou qu’elle ne s’en écarte pas de façon marquée, ne dit rien, ou presque rien, à la cour d’appel quant à la question de savoir si la peine est indiquée » (par. 124).

[137] La faille que comporte ce raisonnement saute aux yeux. La disparité des peines découlant de l’individualisation constitue un trait essentiel de la détermination de la peine juste, et non un problème. Fixer une peine pour le « délinquant type » va à l’encontre du but recherché : « . . . la recherche d’une

crime will frequently be a fruitless exercise of academic abstraction” (*M. (C.A.)*, at para. 92).

[138] Giving effect to Parliament’s choice to confer broad discretion on sentencing judges to impose individualized sentences will inevitably produce variation in sentences. As Cory and Iacobucci JJ. said in *Gladue*, “[d]isparity of sentences for similar crimes is a natural consequence of th[e] individualized focus [of sentencing]” (para. 76, see also *Proulx*, at para. 86; Healy, at pp. 294-95). Eliminating disparity is “practically impossible” given the many and varied factors arising in a given case that make it difficult to compare with “seemingly similar cases” (T. Quigley, “Has the Role of Judges in Sentencing Changed . . . or Should it?” (2000), 5 *Can. Crim. L.R.* 317, at p. 324). I agree with LeBel J.A.’s (as he then was) assessment of individualization and its relationship with parity:

[TRANSLATION] Sentence individualization remains a fundamental principle in the Canadian sentencing system. It certainly provokes much criticism, sometimes relating to disparities between sentences, such criticism at times being levelled with almost no knowledge of the specifics of each case. This principle is so important that the imposition of a sentence that is abstract and standardized and takes no account of individual factors can constitute an error of law.

(*R. v. Lafrance* (1993), 59 Q.A.C. 213, at para. 33)

[139] Although the Court of Appeal of Alberta frequently relies on disparity in sentencing for a given offence to justify setting a starting point, such “disparity” is often (1) merely asserted (see, e.g., *Arcand*, at para. 102) or (2) the natural result of individualized sentencing (see, e.g., *Gashikanyi*, at paras. 29-31, for Berger J.A.’s rebuke of the claim of disparity in *R. v. Hajar*, 2016 ABCA 222, 39 Alta. L.R. (6th) 209).

peine appropriée applicable à tous les délinquants similaires, pour des crimes similaires, sera souvent un exercice stérile et théorique » (*M. (C.A.)*, par. 92).

[138] Le respect du choix du Parlement de conférer un vaste pouvoir discrétionnaire aux juges chargés de déterminer la peine pour qu’ils infligent des peines individualisées se traduira inévitablement par la disparité des peines. Ainsi que les juges Cory et Iacobucci l’ont mentionné dans l’arrêt *Gladue*, « [l]a disparité des peines pour des crimes similaires est la conséquence naturelle de cet accent mis sur l’individu » (par. 76, voir aussi *Proulx*, par. 86; Healy, p. 294-295). Il est [TRADUCTION] « pratiquement impossible » de supprimer les disparités, compte tenu des nombreux facteurs différents qui interviennent dans un cas donné et qui rendent difficile la comparaison avec « des cas apparemment similaires » (T. Quigley, « Has the Role of Judges in Sentencing Changed . . . or Should it? » (2000), 5 *Rev. can. D.P.* 317, p. 324). Je souscris à l’analyse que le juge LeBel (plus tard juge de notre Cour) faisait de l’individualisation et de sa relation avec la parité :

L’individualisation de la sentence demeure un principe fondamental dans le système canadien de détermination de la peine. Elle provoque sans doute bien des critiques, parfois au nom de la disparité des sentences, critiques à l’occasion formulées dans l’ignorance à peu près totale des particularités de chaque cas. Ce principe conserve une telle importance que l’imposition de sentences abstraites, standardisées, ignorante des facteurs individuels, peut constituer une erreur de droit.

(*R. c. Lafrance* (1993), 59 Q.A.C. 213, par. 33)

[139] Bien que la Cour d’appel de l’Alberta invoque fréquemment la disparité des peines infligées pour une infraction donnée afin de justifier la fixation d’un point de départ, cette « disparité » est souvent soit (1) simplement évoquée (voir, p. ex., *Arcand*, par. 102), soit (2) la conséquence naturelle de l’individualisation de la peine (voir, p. ex., *Gashikanyi*, par. 29-31, pour le rejet, par le juge Berger, de l’allégation de disparité faite dans *R. c. Hajar*, 2016 ABCA 222, 39 Alta. L.R. (6th) 209).

[140] Focussing on variability as the problem is not only inconsistent with this Court’s jurisprudence, it also “helps to create or reinforce other problems: jail becomes the norm, starting point or ranges of sentence become hardened into fixed sentences, and factors leading to systemic discrimination are either ignored or inadequately dealt with” (Quigley, at p. 324 (footnote omitted)).

[141] Moreover, sentencing ranges are not a “rudimentary sentencing guideline . . . of limited value” (*Arcand*, at para. 122). The fear of arbitrary sentencing and undue disparity is belied by the *Criminal Code* itself, which codifies proportionality and parity. The *Code* explicitly directs judges to consider the facts of other cases to identify patterns when sentencing. Ranges provide a reference to the sentences imposed in similar cases while preserving the individualized and discretionary nature of the sentencing process. As I explained, the mere fact that a sentence falls within a range does not necessarily makes it fit or render it immune from appellate review.

[142] The Court of Appeal of Alberta has taken upon itself the role as the guardian of a system of sentencing that, without its tight supervision, would fall into disorder thereby undermining the confidence of the public. However, this is a dubious claim as it is difficult to see how the public could have an informed opinion about sentencing decisions in their jurisdictions given the limited data on such issues (A. N. Doob, “The Unfinished Work of the Canadian Sentencing Commission” (2011), 53 *C.J.C.C.J.* 279, at p. 281). More importantly, there is no evidence of a crisis of public confidence in the sentencing system in provinces that do not use starting points. Despite its repeated claims about the risks that variability in sentencing has bred distrust within the public, the Court of Appeal of Alberta in *Arcand* failed to “provide any basis for the assumptions regarding how the

[140] Le fait de voir la disparité des peines comme un problème est non seulement incompatible avec la jurisprudence de notre Cour, mais contribue également à [TRADUCTION] « créer ou [à] aggraver d’autres problèmes : l’incarcération devient la norme, les points de départ et les fourchettes de peines se cristallisent et finissent par devenir des peines fixes, les facteurs contribuant à la discrimination systémique sont soit ignorés, soit traités de façon inadéquate » (Quigley, p. 324 (note en bas de page omise)).

[141] De plus, les fourchettes de peines ne sont pas des [TRADUCTION] « directives rudimentaires d’une valeur limitée en ce qui concerne la détermination de la peine » (*Arcand*, par. 122). La crainte de peines arbitraires et de disparités indues est démentie par le *Code criminel* lui-même, qui codifie la proportionnalité et la parité. Le *Code* enjoint expressément aux juges de tenir compte des faits d’autres affaires pour y déceler des tendances lorsqu’ils déterminent la peine. Les fourchettes de peines fournissent des points de repère en ce qui concerne les peines infligées dans des affaires semblables tout en préservant le caractère individualisé et discrétionnaire du processus de détermination de la peine. Comme je l’ai déjà expliqué, le simple fait qu’une peine se situe à l’intérieur d’une fourchette ne veut pas nécessairement dire qu’elle est indiquée ou qu’elle est à l’abri d’un contrôle en appel.

[142] La Cour d’appel de l’Alberta s’est arrogé le rôle de gardienne d’un système de détermination de la peine qui, sans sa supervision rigide, sombrerait dans le chaos, minant ainsi la confiance du public. Il s’agit toutefois d’une affirmation douteuse, car on voit mal comment le public pourrait avoir une opinion éclairée sur les décisions en matière de détermination de la peine rendues sur son territoire, compte tenu des données limitées qui existent sur ces questions (A. N. Doob, « The Unfinished Work of the Canadian Sentencing Commission » (2011), 53 *R.C.C.J.P.* 279, p. 281). Plus important encore, rien ne prouve qu’on assiste à une crise de confiance du public envers le système de la détermination de la peine dans les provinces qui n’utilisent pas les points de départ. Malgré ses affirmations répétées au sujet de la crainte que la disparité des peines engendre de

public feels about sentencing” (Rudin, at p. 997). In fact, research shows that “the public is supportive of judicial discretion and individualized sentencing” (K. N. Varma and V. Marinos, “Three Decades of Public Attitudes Research on Crime and Punishment in Canada” (2013), 55 *C.J.C.C.J.* 549, at pp. 555-56). This is a far cry from the claim that, under the sentencing range approach, “the public may suspect that some courts too simply sift the collection until they find a case that produces the result the judge is looking for” (*Arcand*, at para. 123).

[143] Thus, the premise of the starting-point approach — that variability is a problem that needs to be fixed — means that the entire approach is built on a flawed foundation. Individualization is critical to Canadian sentencing; it is an imperative, not a problem.

(2) Proportionality

[144] Second, the starting-point approach is grounded in an erroneous view of the fundamental principle of proportionality. The Court of Appeal of Alberta positions the starting-point approach itself as the foundation of proportionality: “Inherent in the proportionality principle are (1) the relative ranking of offences as well as ranking of categories within offences based on varying degrees of seriousness; and (2) the setting of starting points for those offences or categories” (*Arcand*, at fn. 73, see also para. 103). For the Court of Appeal of Alberta, unlike starting points, “a sentencing range is not an essential component of the proportionality principle. A range develops as an *outcome* of proportionality; it is not necessarily a *determinant* of it” (para. 125 (emphasis in original)). But proportionality is not achieved by such a ranking of offences and categories of

la méfiance chez les justiciables, la Cour d’appel de l’Alberta n’a pas réussi, dans l’arrêt *Arcand*, à [TRADUCTION] « démontrer le bien-fondé de ses hypothèses sur les sentiments du public à l’égard de la détermination de la peine » (Rudin, p. 997). En fait, les recherches montrent que [TRADUCTION] « le public est favorable à l’exercice par les juges de pouvoirs discrétionnaires et à l’individualisation des peines » (K. N. Varma et V. Marinos, « Three Decades of Public Attitudes Research on Crime and Punishment in Canada » (2013), 55 *R.C.C.J.P.* 549, p. 555-556). On est bien loin de l’affirmation suivant laquelle, s’agissant de la méthode de détermination de la peine axée sur les fourchettes de peines, [TRADUCTION] « le public peut soupçonner que certains tribunaux se contentent de passer la jurisprudence au crible jusqu’à ce qu’ils trouvent une affaire qui correspond au résultat qu’ils recherchent » (*Arcand*, par. 123).

[143] Ainsi, la prémisse de la méthode du point de départ — à savoir que la disparité des peines est un problème à régler — signifie que toute la démarche repose sur un postulat erroné. L’individualisation revêt une importance cruciale pour la détermination de la peine au Canada; c’est un impératif, et non un problème.

(2) La proportionnalité

[144] Deuxièmement, la méthode du point de départ est fondée sur une conception erronée du principe fondamental de la proportionnalité. La Cour d’appel de l’Alberta considère la méthode du point de départ comme le fondement de la proportionnalité : [TRADUCTION] « Les éléments suivants font partie intégrante du principe de la proportionnalité : (1) le classement relatif des infractions, ainsi que le classement des catégories d’infractions en fonction de leur degré de gravité respectif; (2) l’établissement de points de départ pour ces infractions ou ces catégories » (*Arcand*, note 73, voir aussi par. 103). Pour la Cour d’appel de l’Alberta, contrairement aux points de départ, [TRADUCTION] « une fourchette de peines n’est pas un élément essentiel du principe de proportionnalité. La fourchette de peines est le *résultat* de la proportionnalité et elle n’en *conditionne* pas

offences. Rather, it is achieved in each case through individualized sentencing that takes into account the “the specific circumstances of both the offender and the offence so that the ‘punishment fits the crime’” (*Proulx*, at para. 82).

[145] Sentencing judges also give effect to proportionality through the common law process, by examining sentences imposed in similar cases. However, the Court of Appeal’s approach is dismissive of the value of precedent in achieving proportionality, which draws on the experience, philosophy and perspective of *all* judges over time. As it explained, the use of precedent for sentences “is not usually a useful exercise. . . . Instead, the value of sentencing precedent lies in its principles and (where given) its starting points” (*R. v. M. (B.S.)*, 2011 ABCA 105, 44 Alta. L.R. (5th) 240, at para. 7). Essentially, the Court of Appeal has rejected the common law method in sentencing, which, as explained in *Friesen*, achieves both parity and proportionality over time through individualized sentencing in each case:

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. [para. 33]

This is a key distinguishing feature between starting points and sentencing ranges.

nécessairement l’existence » (par. 125 (en italique dans l’original)). Mais on n’atteint pas la proportionnalité par le classement des infractions et des catégories d’infractions. La proportionnalité est assurée dans chaque cas grâce à la détermination d’une peine individualisée qui tient compte « de la situation particulière du délinquant et des circonstances particulières de l’infraction » « [a]fin que “la peine corresponde au crime” » (*Proulx*, par. 82).

[145] Les juges chargés de déterminer la peine donnent également effet au principe de proportionnalité en suivant une démarche fondée sur la common law, en examinant les peines infligées dans des cas semblables. L’approche de la Cour d’appel ne tient cependant pas compte de la valeur des précédents pour assurer la proportionnalité; celle-ci s’appuie sur l’expérience, la philosophie et les points de vue de *tous* les juges au fil du temps. Comme l’a expliqué la Cour d’appel, le recours aux précédents pour établir des peines [TRADUCTION] « n’est généralement pas un exercice utile. [. . .] La valeur des précédents en matière de détermination de la peine réside plutôt dans leurs principes et — lorsqu’ils sont fournis — dans les points de départ » (*R. c. M. (B.S.)*, 2011 ABCA 105, 44 Alta. L.R. (5th) 240, par. 7). À toutes fins utiles, la Cour d’appel a rejeté la méthode de la common law en matière de détermination de la peine, qui, comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Friesen*, permet de réaliser à la fois la parité et la proportionnalité au fil du temps grâce à la détermination d’une peine individualisée dans chaque cas :

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. [par. 33]

Il s’agit là d’un trait distinctif clé entre les points de départ et les fourchettes de peines.

(3) Role of Appellate Courts

[146] Finally, according to the Court of Appeal of Alberta, appellate courts have significant advantages over sentencing judges, which justifies their “leadership role” in sentencing (*Arcand*, at para. 87). Appellate courts are “institutionally better able to properly assure similarity of treatment in sentencing” (para. 82). They can “appreciate overall sentencing practices, patterns and problems in their jurisdiction” and have “an enlarged reservoir of experience, philosophy and perspective to be synthesized into acceptable, and accepted, starting points” (para. 153). In fact, by codifying parity as a principle of sentencing in 1996, “Parliament necessarily reinforced the powers of courts of appeal” (para. 82).

[147] As the foregoing makes clear, the starting-point approach is premised on a misconception of the role of appellate courts in sentencing. The “reinforced” role of appellate courts is incompatible with this Court’s sentencing jurisprudence, which emphasizes discretion and adopted a correspondingly deferential standard of appellate review (see, e.g., *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290, at para. 230). Sentencing judges, rather than appellate courts, are in a privileged position and possess “unique qualifications of experience and judgment” to determine what is a just and appropriate sentence (*M. (C.A.)*, at para. 91).

[148] Moreover, appellate courts can demonstrate “leadership” and provide guidance without setting starting points. As mentioned, appellate courts can “depart from prior precedents and sentencing ranges in order to impose a proportionate sentence” (*Friesen*, at para. 108; see also Manson (2001), at

(3) Rôle des cours d’appel

[146] Enfin, selon la Cour d’appel de l’Alberta, les cours d’appel jouissent d’avantages considérables par rapport aux juges chargés de déterminer la peine, ce qui justifie leur [TRADUCTION] « rôle de chef de file » en matière de détermination de la peine (*Arcand*, par. 87). Les cours d’appel sont [TRADUCTION] « institutionnellement plus aptes à assurer comme il se doit un traitement semblable en matière de détermination de la peine » (par. 82). Elles connaissent bien [TRADUCTION] « l’ensemble des pratiques, tendances et problèmes en matière de détermination de la peine qui existe dans leur ressort » et disposent « d’un vaste bassin d’expérience, de philosophie et de points de vue, qu’elles peuvent synthétiser en points de départ acceptables et reconnus » (par. 153). En fait, selon elle, en codifiant la parité en tant que principe de détermination de la peine en 1996, [TRADUCTION] « le Parlement a nécessairement renforcé les pouvoirs des cours d’appel » (par. 82).

[147] Comme il ressort à l’évidence de ce qui précède, la méthode du point de départ est fondée sur une conception erronée du rôle que jouent les cours d’appel dans la détermination de la peine. Le rôle « renforcé » des cours d’appel est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour en matière de détermination de la peine, qui met l’accent sur le pouvoir discrétionnaire et qui a adopté une norme de contrôle correspondante axée sur la déférence (voir, p. ex., *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 230). Les juges chargés de déterminer la peine se trouvent, bien davantage que les cours d’appel, dans une situation privilégiée, et ils possèdent « une qualification unique sur le plan de l’expérience et de l’appréciation » qui leur permet de déterminer une peine juste et appropriée (*M. (C.A.)*, par. 91).

[148] De plus, les cours d’appel peuvent exercer un « rôle de chef de file » et fournir des balises sans pour autant fixer de points de départ. Comme je l’ai déjà mentionné, les cours d’appel peuvent « s’écarter des précédents et des fourchettes de peines antérieures afin d’imposer une peine proportionnelle » (*Friesen*,

p. 66), while respecting the sentencing judges' primary responsibility for sentencing.

[149] In sum, because the starting-point approach sees individualization of approach as a threat to the rule of law, it requires appellate courts to create and enforce a uniform approach to sentencing. It reverses the logic of deference to sentencing judges and frames appellate courts, rather than sentencing courts, as being primarily institutionally responsible and capable for sentencing.

(4) Conclusion

[150] The starting-point approach is flawed, as it rests on unsound legal foundations. The foundational problems of the starting-point approach I described go to the root of it. It views the wide discretion of sentencing judges as a problem, sentencing ranges as rudimentary and insufficient constraints, and appellate courts as endowed with an interventionist role. It is premised on a fundamentally different understanding of the roles of appellate and sentencing courts. Thus, starting points are a mechanism to shift effective decision-making authority from individual sentencing judges and concentrate that authority in the Court of Appeal as a body that tightly supervises sentencing in the province. Given these foundational problems, I would disavow the approach as a whole.

C. *Starting Points in Practice*

[151] I turn now from doctrinal concerns with starting points to the practical problems that arise from their use. The latter is a manifestation in practice of what the former describes at the level of principle. In short, applying unsound doctrine gives rise to problematic consequences. To tinker with

par. 108; voir aussi Manson (2001), p. 66), tout en respectant le fait que la responsabilité de déterminer la peine incombe au premier chef au juge chargé de cette tâche.

[149] En somme, puisqu'elle perçoit l'individualisation comme une menace à la primauté du droit, la méthode du point de départ oblige les cours d'appel à élaborer et à assurer l'application d'une approche uniforme en matière de détermination de la peine. Elle heurte de front le principe de la déférence dont il convient de faire preuve à l'égard des juges chargés de déterminer la peine et elle part du principe que ce sont les cours d'appel, et non les tribunaux chargés de la détermination de la peine, à qui il incombe et sied au premier chef de déterminer la peine.

(4) Conclusion

[150] La méthode du point de départ est erronée, car elle repose sur des assises juridiques douteuses. Les problèmes fondamentaux de la méthode du point de départ que j'ai évoqués touchent à son essence même. Cette méthode considère le vaste pouvoir discrétionnaire conféré aux juges chargés de déterminer la peine comme un problème et les fourchettes de peines comme un cadre rudimentaire et insuffisant, et elle investit les cours d'appel d'un rôle interventionniste. Elle est fondée sur une conception totalement différente des rôles des cours d'appel et des tribunaux chargés de la détermination de la peine. Les points de départ sont donc un mécanisme qui déplace le pouvoir décisionnel effectif conféré aux juges chargés de déterminer la peine pour le concentrer entre les mains de la Cour d'appel, qui est perçue comme l'autorité chargée de surveiller étroitement la détermination de la peine dans la province. Compte tenu de ces problèmes fondamentaux, je suis d'avis de désavouer entièrement cette méthode.

C. *Les points de départ dans la pratique*

[151] Je délaisse maintenant les préoccupations doctrinales soulevées au sujet des points de départ pour aborder les problèmes pratiques découlant de leur application. L'application des points de départ fait ressortir sur le plan pratique les problèmes soulevés sur le plan des principes. En résumé, l'application

those consequences while leaving intact the unsound doctrine will yield little of significance. It is with this perspective that I address the application of the starting-point approach.

[152] In my view, the starting-point approach produces practical issues at each of its stages: (1) how starting points are set; (2) how they are applied by sentencing judges; and (3) how they are reviewed by appellate courts. I examine each in turn.

- (1) Setting the Starting Point and the Role of Appellate Courts
- (a) *Setting Starting Points Extends Beyond the Role of Appellate Courts*

[153] The first step in the starting-point approach involves the appellate court categorizing offences and setting a number for each category. This Court has made it clear that such judicially-created categories cannot be treated as binding, because it would usurp Parliament's role (*McDonnell*, at para. 33).

[154] Judicial categorization of offences is not, *per se*, an issue. A degree of categorization is necessary for broad offences with wide penalty ranges. This Court has emphasized the importance of clarity in categorization for all appellate guidance in sentencing (*Friesen*, at para. 39; *Stone*, at para. 245).

[155] However, even if starting points are not treated as binding, setting starting points is a policy-intensive process, which the legislature or a statutory body such as a sentencing commission would be better suited to conduct. This is made clear by the Court of Appeal of Alberta's approach to setting starting points, which resembles a legislative process. For

d'une doctrine mal fondée entraîne des conséquences problématiques. Tenter d'infléchir ces conséquences tout en gardant intacte une doctrine mal fondée ne produira guère de résultats concrets. C'est dans cette optique que j'aborde l'application de la méthode du point de départ.

[152] À mon avis, la méthode du point de départ pose des problèmes d'ordre pratique à chacune de ses étapes, c'est-à-dire : (1) quant à la façon dont sont fixés les points de départ; (2) quant à la manière dont les juges chargés de déterminer la peine les appliquent; (3) quant à la façon dont les cours d'appel les contrôlent. Je vais examiner ces problèmes successivement.

- (1) Fixation du point de départ et rôle des cours d'appel
- a) *L'établissement de points de départ excède le rôle des cours d'appel*

[153] À la première étape de la méthode du point de départ, la cour d'appel classe les infractions par catégories et fixe un nombre à l'égard de chaque catégorie. Notre Cour a clairement indiqué que de telles catégories d'origine judiciaire ne sauraient être considérées comme contraignantes, parce qu'elles usurperaient le rôle du Parlement (*McDonnell*, par. 33).

[154] L'établissement de catégories d'infractions par les tribunaux n'est pas, en soi, un problème. Une certaine catégorisation est nécessaire dans le cas des infractions générales assorties d'une vaste gamme de peines. Notre Cour a souligné l'importance d'être précis lorsque les cours d'appel établissent des catégories d'infractions dans les orientations qu'elles donnent en matière de détermination de la peine (*Friesen*, par. 39; *Stone*, par. 245).

[155] Toutefois, même si les points de départ ne sont pas considérés comme contraignants, l'établissement de points de départ est un processus qui requiert des discussions de politique d'intérêt général qu'un législateur ou un organisme créé par la loi, telle qu'une commission de détermination de la peine, est mieux à même de mener. C'est ce

example, in setting a starting point for major sexual interference, the court sought “evidence, records, literature and arguments” in relation to 13 complex issues (*R. v. Bjornson*, 2012 ABCA 230, 536 A.R. 1, at para. 8; *Hajar*, at para. 54). The Court of Appeal in *Bjornson* and *Hajar* can be seen as exercising a parallel function to Parliament, defining subcategories of offences and new rules of sentencing for each subcategory.

[156] Starting points can then operate like judicially-created criminal offences. For example, the three-year starting point for commercial trafficking in cocaine applies to “more than a minimal” trafficking (*R. v. Maskill* (1981), 29 A.R. 107 (C.A.), at para. 20). Whether the three-year starting-point applies is determined by reference to various “indicia” of commerciality, which can be “developed through the case law” (*R. v. Melnyk*, 2014 ABCA 313, 580 A.R. 389, at para. 6). In effect, the Court of Appeal has created an offence for the purpose of sentencing. But creating new offences is the exclusive preserve of Parliament, not the courts (s. 9(a) of the *Criminal Code*; *McDonnell*, at paras. 33-34; *Friesen*, at para. 37). The principle of separation of powers demands that courts respect the limits of their role in the constitutional order and “show proper deference for the legitimate sphere of activity” of the other branches of the state (*New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 389), which have distinct roles and institutional capacities (*Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 29; *R. v. Chouhan*, 2021 SCC 26, [2021] 2 S.C.R. 136, at paras. 130-31, per Rowe J.).

[157] Provincial appellate courts are not suited to make policy on sentencing, since they lack the

qui ressort clairement de l’approche adoptée par la Cour d’appel de l’Alberta pour fixer des points de départ, qui s’apparente à un processus législatif. Par exemple, au moment de fixer un point de départ pour les contacts sexuels graves, la Cour d’appel a exigé [TRADUCTION] « des éléments de preuve, des documents, des extraits de travaux de recherche et des arguments » sur 13 questions complexes (*R. c. Bjornson*, 2012 ABCA 230, 536 A.R. 1, par. 8; *Hajar*, par. 54). On peut considérer que, dans les arrêts *Bjornson* et *Hajar*, la Cour d’appel a exercé une fonction parallèle à celle du législateur, en définissant des sous-catégories d’infractions et en établissant de nouvelles règles en matière de détermination de la peine pour chaque sous-catégorie.

[156] Les points de départ risquent donc de faire office d’infractions criminelles créées par les tribunaux. Par exemple, le point de départ de trois ans pour le trafic commercial de cocaïne s’applique à un trafic [TRADUCTION] « plus que minimal » (*R. c. Maskill* (1981), 29 A.R. 107 (C.A.), par. 20). La réponse à la question de savoir si le point de départ de trois ans s’applique dépend de divers [TRADUCTION] « indices » relatifs au caractère commercial du trafic, qui peuvent être « précisés par les tribunaux » (*R. c. Melnyk*, 2014 ABCA 313, 580 A.R. 389, par. 6). La Cour d’appel a effectivement créé une infraction aux fins de détermination de la peine. Or, la création de nouvelles infractions relève exclusivement du Parlement, et non des tribunaux (al. 9a) du *Code criminel*; *McDonnell*, par. 33-34; *Friesen*, par. 37). Le principe de la séparation des pouvoirs exige des tribunaux qu’ils n’outrepassent pas les limites de leur fonction dans l’ordre constitutionnel et qu’ils « respecte[nt] de façon appropriée le domaine légitime de compétence » des autres organes de l’État (*New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389), qui jouent des rôles et exercent des attributions institutionnelles distinctes (*Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 29; *R. c. Chouhan*, 2021 CSC 26, [2021] 2 R.C.S. 136, par. 130-131, le juge Rowe).

[157] Les cours d’appel provinciales ne sont pas aptes à établir des politiques en ce qui concerne

resources to gather information to do so and are structured to respond to individual cases (Canadian Sentencing Commission, *Sentencing Reform: A Canadian Approach* (1987), at p. xxiv; see also Manson (1997), at pp. 291-92; M. R. Bloos and W. N. Renke, “Stopping Starting Points: *R. v. McDonnell*” (1997), 35 *Alta. L. Rev.* 795, at pp. 806-7). Appellate courts can certainly provide guidance and develop the law in light of policy considerations, but they are ill-equipped to *make* general sentencing policy such as establishing starting points. They do not have the institutional capacity to gather and process the type of information the Court of Appeal of Alberta sought in *Bjornson* and *Hajar*. Sentencing ranges do not raise similar concerns. Even when appellate courts set the law in a new direction, they do not engage in the policy-intensive exercise as the Court of Appeal of Alberta did in cases like *Hajar*. In *Friesen*, for instance, this Court simply said that an upward departure from prior precedents may be required (paras. 107-14). It did not “adop[t] a form of starting point”, contrary to the suggestion of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Hotchen*, 2021 ABCA 119, 22 *Alta. L.R.* (7th) 64, at para. 12.

[158] In other jurisdictions with starting-point sentencing, setting starting points is generally undertaken by sentencing commissions, which are better equipped than appellate courts to deal with these interlocking policy issues (see, e.g., A. Ashworth and J. V. Roberts, “The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales”, in A. Ashworth and J. V. Roberts, eds., *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model* (2013), 1, at p. 3). In fact, the Canadian Sentencing Commission rejected the use of numerical sentencing grids found in some states in the United States (pp. 296-300; J. V. Roberts, “Structuring Sentencing in Canada, England and Wales: A Tale of Two Jurisdictions”

la détermination de la peine, étant donné qu’elles ne disposent pas des ressources nécessaires pour recueillir des renseignements à cette fin et qu’elles sont structurées de manière à réagir aux affaires individuelles dont elles sont saisies (Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence : une approche canadienne* (1987), p. xxiv-xxv; voir aussi Manson (1997), p. 291-292; M. R. Bloos et W. N. Renke, « Stopping Starting Points : *R. v. McDonnell* » (1997), 35 *Alta. L. Rev.* 795, p. 806-807). Les cours d’appel peuvent certainement fournir des balises et faire évoluer le droit en tenant compte de considérations de principe, mais elles sont mal équipées pour *élaborer* une politique générale en matière de détermination de la peine, en établissant par exemple des points de départ. Elles n’ont pas la capacité institutionnelle nécessaire pour recueillir et traiter le type de renseignements que réclamait la Cour d’appel de l’Alberta dans les affaires *Bjornson* et *Hajar*. Les fourchettes de peines ne suscitent pas les mêmes inquiétudes. Même si les cours d’appel orientent le droit dans une nouvelle direction, elles ne s’engagent pas dans un processus fortement axé sur des principes comme l’a fait la Cour d’appel de l’Alberta dans des affaires comme *Hajar*. Dans l’arrêt *Friesen*, par exemple, notre Cour a simplement déclaré qu’il pouvait s’avérer nécessaire de s’écarter des précédents et de rajuster la peine à la hausse (par. 107-114). Elle n’a pas [TRADUCTION] « adopt[é] un type de méthode du point de départ », contrairement à ce que la Cour d’appel de l’Alberta a laissé entendre dans l’arrêt *R. c. Hotchen*, 2021 ABCA 119, 22 *Alta. L.R.* (7th) 64, par. 12.

[158] Dans d’autres ressorts qui appliquent la méthode des points de départ pour déterminer la peine, l’établissement des points de départ est une tâche généralement accomplie par des commissions sur la détermination de la peine, qui sont mieux équipées que les cours d’appel pour traiter de ces questions de principe interdépendantes (voir, p. ex., A. Ashworth et J. V. Roberts, « The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales », dans A. Ashworth et J. V. Roberts, dir., *Sentencing Guidelines : Exploring the English Model* (2013), 1, p. 3). En fait, la Commission canadienne sur la détermination de la peine a rejeté le recours à des grilles numériques comme celles dont se sont dotés

(2012), 23 *Crim. L.F.* 319, at p. 323). More importantly, Parliament rejected models of guideline sentencing established or overseen by provincial appellate courts. Rather, it chose broad discretion guided by a common set of purposes and principles.

[159] I would add that among other problems, starting points raise procedural fairness concerns. The offender is in a difficult position because he or she may not have the resources to bring before the court all the evidence, social science literature, statistics and arguments to guide the court in setting a starting point. Offenders are concerned with their own case, not future hypothetical offenders or general principles of sentencing. In addition, the starting point set then applies to future offenders, who do not have the opportunity to challenge the Crown's evidence.

(b) *Ossification and Starting Points*

[160] Sentencing requires flexibility “to ensure a result that is fit for the offender and for the administration of criminal justice” (Manson et al., at p. 38). Flexibility means that what is considered to be a “fit sentence” can evolve. As MacKay J.A. said in *Willaert*, “[a] punishment appropriate to-day might have been quite unacceptable two hundred years ago and probably would be absurd two hundred years hence. It is therefore impossible to lay down hard-and-fast and permanent rules” (p. 286). The starting-point approach does not provide adequate room for such flexibility.

[161] In Alberta, for instance, starting points can only be varied by the Court of Appeal in accordance with its reconsideration procedure, which requires leave (*Arcand*, at paras. 107 and 195-200).

certain États américains (p. 296-300; J. V. Roberts, « Structuring Sentencing in Canada, England and Wales : A Tale of Two Jurisdictions » (2012), 23 *Crim. L.F.* 319, p. 323). Plus important encore, le Parlement a rejeté les modèles de lignes directrices en matière de détermination de la peine créés ou supervisés par les cours d'appel provinciales. Il a plutôt opté pour un large pouvoir discrétionnaire encadré par un ensemble commun d'objectifs et de principes.

[159] J'ajouterais qu'entre autres problèmes, les points de départ soulèvent des enjeux d'équité procédurale. Le délinquant se trouve dans une situation délicate parce qu'il ne dispose peut-être pas des ressources nécessaires pour présenter au tribunal tous les éléments de preuve, les extraits d'ouvrages en sciences sociales, les statistiques et les arguments qui pourraient aider le tribunal à fixer un point de départ. Les délinquants se préoccupent de leur propre cause, et non de la situation de délinquants hypothétiques ou de principes généraux en matière de détermination de la peine. De plus, le point de départ qui a été fixé s'applique par la suite aux délinquants à venir, qui n'ont pas la possibilité de contester les preuves présentées par la Couronne.

b) *Sclérose et points de départ*

[160] La détermination de la peine nécessite de la souplesse [TRADUCTION] « pour s'assurer d'infliger une peine qui est adaptée au délinquant et, de façon plus générale, qui convient à l'administration de la justice pénale » (Manson et autres, p. 38). La souplesse suppose que l'idée que l'on se fait d'une « peine indiquée » est susceptible d'évoluer. Ainsi que le juge d'appel MacKay l'a déclaré dans la décision *Willaert*, [TRADUCTION] « [u]ne peine jugée appropriée aujourd'hui aurait fort bien pu être tout à fait inacceptable il y a deux cents ans et serait probablement absurde dans deux cents ans. Il est donc impossible d'établir des règles absolues et permanentes » (p. 286). La méthode du point de départ ne permet pas une telle souplesse.

[161] En Alberta, par exemple, les points de départ ne peuvent être modifiés par la Cour d'appel que dans le cadre de sa procédure de réexamen, qui nécessite une autorisation préalable (*Arcand*,

The premise of this requirement is that the variation of a starting point changes the law by overturning a binding precedent (para. 187). This issue of rigidity is compounded by the fact that starting points are often established in response to the prevalence of an offence in a community, with a view of requiring the imposition of higher sentences (see, e.g., *R. v. Johnas* (1982), 41 A.R. 183 (C.A.), at para. 5; *R. v. Matwiy* (1996), 178 A.R. 356 (C.A.), at para. 33). For instance, in the instant case, the Court of Appeal considered the public health crisis in Alberta in the creation of the starting point (*Felix* (ABCA), at para. 40). But, even if the circumstances seen as justifying a high starting point may subside, the starting point remains in place until it is overruled.

[162] The inability of starting points to evolve is borne out in practice. I am unaware of a starting point that has been reconsidered by the Court of Appeal of Alberta. Thus far, in effect, once a starting point has been established, it is set in stone.

[163] By contrast, variation of sentencing ranges occurs gradually through the common law method:

“Ranges” are not embedded in stone. Given their nature as guidelines only, I do not view them as being fixed in law, as is the case with binding legal principles. They may be altered deliberately, after careful consideration, by the courts. Or, they may be altered practically, as a consequence of a series of decisions made by the courts which have that effect. If a range moves by virtue of the application of individual cases over time, it is not necessary to overrule an earlier range that may once have been in vogue; it is only necessary to recognize that the courts have adapted and the guidelines have changed. [Emphasis added.]

(*R. v. Wright* (2006), 83 O.R. (3d) 427, at para. 22; see also H. Parent and J. Desrosiers, *Traité de droit criminel*, t. III, *La peine* (3rd ed. 2020), at pp. 699-700.)

[164] In my view, the application of the reconsideration procedure to starting points is another sign that the starting-point approach is fundamentally

par. 107 et 195-200). Cette exigence repose sur la prémisse que la peine qui s’écarte d’un point de départ modifie le droit existant en rendant caduc un précédent contraignant (par. 187). Ce problème de rigidité est aggravé par le fait que les points de départ sont souvent établis en réaction à la fréquence de la perpétration d’une infraction dans une collectivité et au vœu de rendre obligatoire l’infliction de peines plus sévères (voir, p. ex., *R. c. Johnas* (1982), 41 A.R. 183 (C.A.), par. 5; *R. c. Matwiy* (1996), 178 A.R. 356 (C.A.), par. 33). Par exemple, en l’espèce, la Cour d’appel a tenu compte de la crise de santé publique en Alberta pour établir le point de départ (*Felix* (ABCA), par. 40). Mais, même si la situation considérée comme justifiant l’établissement d’un point de départ peut disparaître, le point de départ s’applique tant qu’il n’est pas remplacé par un autre.

[162] L’incapacité des points de départ à évoluer est confirmée par la pratique. Je ne connais aucun point de départ qui a été réexaminé par la Cour d’appel de l’Alberta. Jusqu’à présent, dans les faits, le point de départ est immuable une fois qu’il a été fixé.

[163] En revanche, la modification des fourchettes de peines est un phénomène fréquent en common law :

[TRADUCTION] Les « fourchettes » ne sont pas immuables. Comme elles ne sont que des lignes directrices, je ne les vois pas comme des règles de droit constant au même titre que les principes de droit contraignants. Les tribunaux peuvent, après mûre réflexion, les modifier délibérément. Ou bien, elles peuvent se trouver effectivement modifiées par suite d’une série de décisions rendues par les tribunaux en ce sens. Si une fourchette de peines est modifiée par suite de l’application de cas individuels au fil du temps, il n’est pas nécessaire de déclarer inapplicable la fourchette qui s’appliquait auparavant; il suffit de reconnaître que les tribunaux se sont adaptés et que les lignes directrices ont évolué. [Je souligne.]

(*R. c. Wright* (2006), 83 O.R. (3d) 427, par. 22; voir aussi H. Parent et J. Desrosiers, *Traité de droit criminel*, t. III, *La peine* (3^e éd. 2020), p. 699-700.)

[164] À mon avis, la procédure de réexamen des points de départ est un autre indice que la méthode du point de départ est fondamentalement incompatible

incompatible with Canadian sentencing law. Like many other aspects of the starting-point approach, it is premised on the notion that starting points are and must be binding. The rigidity of starting points is not only due to their aggressive enforcement by the Court of Appeal. Rather, it is ingrained into its operation, including the reconsideration procedure.

(2) Starting-Point Sentencing Is Inconsistent With the Principles of Sentencing

[165] Once starting points are set, the next step is for sentencing judges to apply them. In my view, this is another area in which the starting-point approach is inconsistent with the principles of sentencing prescribed by Parliament and by this Court. Even if the Court of Appeal were to give proper effect to the standard of review and stopped treating starting points as binding, something that the Court of Appeal of Alberta has resisted, it does not resolve the inherent issues raised by sentencing judges applying the starting-point approach. First, sentencing judges applying the starting-point approach have less discretion to fully consider all relevant circumstances and are thus less likely to arrive at individualized and proportionate sentences. Second, starting points overemphasize deterrence and denunciation. Third, they are incompatible with Parliament's direction for sentencing Aboriginal offenders. Finally, they fail to provide guidance to sentencing judges in certain important matters.

(a) *Starting Points Impede Individualized Sentencing and Constrain Discretion*

[166] Sentencing judges must individualize sentencing “both in method and outcome” (*Friesen*, at para. 38). But the starting-point approach does not

avec le droit canadien en matière de détermination de la peine. Comme de nombreux autres aspects de la méthode du point de départ, elle repose sur l'idée que les points de départ sont contraignants et doivent le demeurer. La rigidité des points de départ ne s'explique pas seulement par le fait que la Cour d'appel veille agressivement à leur application. Elle est plutôt indissociable de leur application, y compris dans le cadre de la procédure de réexamen.

(2) La détermination de la peine axée sur les points de départ est incompatible avec les principes de la détermination de la peine

[165] Une fois le point de départ fixé, l'étape suivante consiste pour le juge chargé de déterminer la peine à l'appliquer. À mon avis, il s'agit d'un autre aspect de la méthode du point de départ qui est incompatible avec les principes de la détermination de la peine prescrits par le Parlement et notre Cour. Même si la Cour d'appel devait appliquer correctement la norme de contrôle et cesser de considérer les points de départ comme contraignants, ce à quoi la Cour d'appel de l'Alberta résiste, les problèmes inhérents à l'application de la méthode du point de départ par les juges chargés de déterminer la peine ne seraient pas pour autant réglés. Premièrement, les juges chargés de déterminer la peine qui appliquent la méthode du point de départ disposent d'un pouvoir discrétionnaire moins étendu pour tenir compte de l'ensemble des circonstances pertinentes, de sorte qu'ils sont moins susceptibles de prononcer des peines individualisées et proportionnées. Deuxièmement, les points de départ insistent trop sur la dissuasion et la dénonciation. Troisièmement, ils sont incompatibles avec les directives données par le Parlement en matière de détermination de la peine pour les délinquants autochtones. Enfin, ils ne fournissent pas de balises aux juges chargés de déterminer la peine sur certaines questions importantes.

a) *Les points de départ nuisent à l'individualisation de la peine et limitent le pouvoir discrétionnaire*

[166] Les juges chargés de la détermination de la peine doivent individualiser la peine « tant au chapitre de la méthode que de celui du résultat »

enable sentencing judges to sufficiently individualize sentencing as its very purpose is to restrain judicial discretion.

- (i) Starting Points Privilege Consideration of the Gravity of the Offence Over the Offender's Moral Blameworthiness

[167] Starting points are defined solely in relation to the gravity of the offence. The moral blameworthiness and personal characteristics of the offender are only a secondary consideration, when adjusting the sentence away from the starting point. This is a methodological problem because both the gravity of the offence and the offender's moral blameworthiness must be considered in an integrated manner to achieve proportionate sentences. Parliament defines proportionality in terms of both of these factors (s. 718.1 of the *Criminal Code*).

[168] While the starting-point approach allows for deviation to take into account the individual circumstances of the accused, this is an inadequate response. Sentencing judges ought not to prioritize one element of proportionality as a matter of law, even if the process as a whole ultimately accounts for both elements of proportionality. In *Proulx*, Lamer C.J. explained that offence-based *presumptions* in sentencing are inconsistent with the sentencing methodology prescribed by Parliament because they lead to insufficient consideration of the moral blameworthiness of the offender:

My difficulty with the suggestion that the proportionality principle presumptively excludes certain offences from the conditional sentencing regime is that such an approach focuses inordinately on the gravity of the offence and insufficiently on the moral blameworthiness of the offender. This fundamentally misconstrues the nature of the principle. Proportionality requires that full consideration be given to both factors. [Emphasis in original; para. 83]

(*Friesen*, par. 38). Or, la méthode du point de départ ne permet pas aux juges d'individualiser suffisamment la peine, puisque cette méthode vise précisément à restreindre leur pouvoir discrétionnaire.

- (i) Les points de départ privilégient la prise en compte de la gravité de l'infraction au détriment de la culpabilité morale du délinquant

[167] Les points de départ sont définis uniquement en regard de la gravité de l'infraction. La culpabilité morale et les caractéristiques personnelles du délinquant ne sont qu'un facteur secondaire, lorsque le juge ajuste la peine à la hausse ou à la baisse par rapport au point de départ. Il s'agit là d'un problème méthodologique, car la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant doivent être examinées dans le cadre d'une analyse intégrée si l'on veut obtenir une peine proportionnée. Le législateur définit d'ailleurs la proportionnalité en fonction de ces deux facteurs (art. 718.1 du *Code criminel*).

[168] Bien que la méthode du point de départ permette de rajuster la peine pour tenir compte de la situation individuelle de l'accusé, il s'agit d'une réponse inadéquate. Les juges chargés de la détermination de la peine ne doivent pas accorder la priorité à un seul des éléments de la proportionnalité en droit, même si le processus dans son ensemble tient effectivement compte des deux éléments de la proportionnalité. Dans l'arrêt *Proulx*, le juge en chef Lamer a expliqué que les *présomptions* propres à certaines infractions sont, dans le cadre de la détermination de la peine, incompatibles avec la méthode de détermination de la peine prescrite par le Parlement parce qu'elles ne tiennent pas suffisamment compte de la culpabilité morale du délinquant :

À mon avis, la lacune dont souffre la thèse selon laquelle le principe de proportionnalité exclurait présomptivement certaines infractions du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement est qu'une telle approche met démesurément l'accent sur la gravité de l'infraction et pas assez sur la culpabilité morale du délinquant. Elle découle d'une méprise fondamentale en ce qui concerne la nature du principe. La proportionnalité commande un examen exhaustif des deux facteurs. [Souligné dans l'original; par. 83.]

[169] I agree with Bennett J.A. of the Court of Appeal for British Columbia, dissenting, but not on this point:

The real difficulty with “starting point sentences” is that they tend to ignore, or at least lessen the importance of the circumstances of the offender and focus on the circumstances of the offence. This may result in sentences that are not proportional, as they do not sufficiently consider the moral blameworthiness of the offender.

(*R. v. Agin*, 2018 BCCA 133, 361 C.C.C. (3d) 258, at para. 97)

[170] Sentencing judges using a presumptive sentence crafted solely in relation to the gravity of the offence do not follow a truly individualized process:

It is submitted that though our system permits greater divergence in sentence it retains the undoubted virtue of placing the particular offence and the particular offender first in priority. This helps to keep sentencing human and minimize any tendency to devolve into a mechanical enterprise. It would be wrong, in our sentencing system, to make any single factor more important than the principle that sentence be appropriate to the particular offence and the individual offender. Sensitivity and flexibility in sentencing requires that the approach to be taken should flow from the facts of the case and not from any single rule, however useful or certain that rule may be. [Emphasis added.]

(C. C. Ruby, *Sentencing* (2nd ed. 1980), at pp. 423-24)

[171] Unlike starting points, ranges are not presumptions. Sentencing judges do not have to begin their analysis at the range and adjust the sentence to reflect the individualized circumstances of the accused. Ranges simply demonstrate the typical breadth of sentences for an offence. In considering the gravity of the offence and the moral blameworthiness of

[169] J’abonde dans le sens de la juge Bennett, de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, dissidente, mais non sur ce point, lorsqu’elle affirme :

[TRADUCTION] La véritable difficulté que comportent les « peines fondées sur un point de départ » réside dans le fait qu’elles ont tendance à ignorer la situation du délinquant — ou du moins à en diminuer l’importance — et à se concentrer sur les circonstances entourant la perpétration de l’infraction. Ceci risque d’entraîner des peines qui ne sont pas proportionnées, étant donné qu’elles ne tiennent pas suffisamment compte de la culpabilité morale du délinquant.

(*R. c. Agin*, 2018 BCCA 133, 361 C.C.C. (3d) 258, par. 97)

[170] Les juges chargés de la détermination de la peine qui appliquent une peine de base élaborée uniquement en fonction de la gravité de l’infraction ne suivent pas un processus véritablement individualisé :

[TRADUCTION] Nous estimons que, même si notre système permet de plus grandes différences entre les peines, il a le mérite incontestable de donner la priorité à l’infraction particulière et au délinquant particulier, ce qui contribue à humaniser la détermination de la peine et à désamorcer toute velléité de transformer le processus en une activité mécanique. On aurait tort, dans notre système de détermination de la peine, de faire en sorte qu’un seul facteur soit plus important que le principe selon lequel la peine doit être adaptée à l’infraction particulière et au délinquant en question. La sensibilité et la souplesse dont on doit faire preuve dans la détermination de la peine exigent que la démarche à adopter s’appuie sur les faits de l’affaire et non sur une règle unique, aussi utile ou certaine qu’elle puisse être. [Je souligne.]

(C. C. Ruby, *Sentencing* (2^e éd. 1980), p. 423-424)

[171] Contrairement aux points de départ, les fourchettes de peines ne sont pas des présomptions. Les juges chargés de la détermination de la peine n’ont pas l’obligation d’entamer leur analyse par la fourchette, et ils ajustent la peine pour tenir compte de la situation personnelle de l’accusé. Les fourchettes proposent simplement un éventail de peines

the offender together, they allow judges to give full effect to both of these elements.

[172] I find it telling that the Court of Appeal of Alberta considered that using starting points for young offenders was inappropriate because of the significant measure of individualization in sentencing a young person (*R. v. W. (C.W.)* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 208, at pp. 212-13). This Court has now clearly stated that “sentencing is first and foremost an individualized exercise” for adult offenders as well (*Boudreault*, at para. 58). If starting points are incompatible with individualization for young offenders, they should be for adult offenders as well.

(ii) Pre-Weighing Factors by the Appellate Court

[173] By “building in” some factors to the starting point, the appellate court effectively prescribes the weight to be given to these factors by sentencing judges, displacing the sentencing judges’ discretion to determine their weight. A portion of the analysis is already conducted. Pre-weighing factors directly encroaches on sentencing judges’ discretion: “The weighing of relevant factors, the balancing process is what the exercise of discretion is all about” (*McKnight*, at para. 35, cited with approval in *Nasogaluak*, at para. 46). Even where it is not done explicitly, as my colleagues propose (at para. 46), mitigating factors will always be implicitly “built in” to starting points, as the very notion of a starting point requires a baseline or archetypal offence and offender.

[174] Take “good character”, a factor built in starting points (*Arcand*, at para. 132; *Felix* (ABCA), at para. 45). Absent a finding that the offender’s character was “even better than might be supposed”,

habituellement infligées pour une infraction. En tenant compte à la fois de la gravité de l’infraction et de la culpabilité morale du délinquant, les fourchettes de peines permettent aux juges de donner pleinement effet à ces deux éléments.

[172] Je trouve révélateur que la Cour d’appel de l’Alberta ait estimé qu’il ne convenait pas d’utiliser les points de départ pour les jeunes contrevenants, en raison de l’importance que revêt l’individualisation lorsqu’il s’agit de déterminer la peine à infliger à un adolescent (*R. c. W. (C.W.)* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 208, p. 212-213). Notre Cour a depuis clairement déclaré que « la détermination de la peine est d’abord et avant tout un processus individualisé » aussi dans le cas des contrevenants adultes (*Boudreault*, par. 58). Si les points de départ sont incompatibles avec l’individualisation dans le cas des jeunes contrevenants, ils devraient également l’être pour les contrevenants adultes.

(ii) Pondération préalable de facteurs par la cour d’appel

[173] En « intégrant » certains facteurs au point de départ, la cour d’appel prescrit effectivement le poids que doivent accorder à ces facteurs les juges chargés de déterminer la peine, écartant ainsi leur pouvoir discrétionnaire d’en établir le poids. Une partie de l’analyse se trouve déjà effectuée. La pondération préalable de facteurs empiète directement sur le pouvoir discrétionnaire des juges chargés de déterminer la peine : [TRADUCTION] « La pondération des facteurs pertinents, le processus de mise en balance, voilà l’objet de l’exercice du pouvoir discrétionnaire » (*McKnight*, par. 35, cité avec approbation dans *Nasogaluak*, par. 46). Même lorsque la cour d’appel ne se livre pas expressément à cette pondération, comme le proposent mes collègues (par. 46), les circonstances atténuantes sont toujours implicitement « intégrées » aux points de départ, car la notion même de point de départ exige que l’on se réfère à un infraction de base et à un délinquant type.

[174] Prenons l’exemple de la [TRADUCTION] « bonne moralité », un facteur qui est intégré aux points de départ (*Arcand*, par. 132; *Felix* (ABCA), par. 45). À moins de conclure que la moralité du

a sentencing judge may not give it different or additional weight (*Arcand*, at para. 135). Sentencing judges, not appellate courts, should determine what weight to give to this factor in light of the individual circumstances of the offender. Building this factor into the starting point interferes with sentencing judges' ability and duty to consider all relevant circumstances in sentencing (*Stone*, at para. 244). Moreover, building in "good character" assumes that it applies in the same way to all offenders and overlooks that good character has many degrees (Bloos and Renke, at p. 803). Such a methodology is incompatible with individualized sentencing.

[175] I acknowledge that some sentencing ranges have also incorporated mitigating factors such as prior good character into the sentencing range (see, e.g., *R. v. H. (C.N.)* (2002), 62 O.R. (3d) 564 (C.A.), at para. 32; *R. v. Voong*, 2015 BCCA 285, 374 B.C.A.C. 166; *R. v. Cunningham* (1996), 104 C.C.C. (3d) 542 (Ont. CA), at p. 546). They do not represent the norm. In my view, building in such factors in ranges is also questionable having regard to individualization. But, in any case, building in factors in a range does not impede individualization in the same way as starting points. Sentencing judges retain the discretion to evaluate the weight of the good character of the accused (for example) within or even outside the range. Judges using the starting-point approach do not.

(iii) Starting Points Produce an Artificial Sentencing Methodology by Overemphasizing the Judicially Created Category

[176] Under the starting-point approach, categorization is pivotal. For example, while "not always easy to draw" (*Felix* (ABCA), at para. 51), the distinction between commercial and wholesale trafficking in cocaine is the difference between a three and

délinquant était [TRADUCTION] « meilleure que ce que l'on pouvait supposer », le juge chargé de déterminer la peine ne peut accorder à ce facteur un poids différent ou supérieur (*Arcand*, par. 135). Il revient aux juges chargés de la détermination de la peine, et non aux cours d'appel, de déterminer le poids à accorder à ce facteur compte tenu de la situation du délinquant. Intégrer ce facteur au point de départ nuit à la capacité et au devoir des juges chargés de déterminer la peine de tenir compte de l'ensemble des circonstances pertinentes pour déterminer la peine (*Stone*, par. 244). En outre, l'intégration de la « bonne moralité » suppose que ce facteur s'applique uniformément à tous les délinquants et elle néglige le fait que la bonne moralité est une question de degré (Bloos et Renke, p. 803). Une telle démarche est incompatible avec l'individualisation de la peine.

[175] Je reconnais que des circonstances atténuantes comme les antécédents de bonne moralité sont intégrées à certaines fourchettes de peines (voir, p. ex., *R. c. H. (C.N.)* (2002), 62 O.R. (3d) 564 (C.A.), par. 32; *R. c. Voong*, 2015 BCCA 285, 374 B.C.A.C. 166; *R. c. Cunningham* (1996), 104 C.C.C. (3d) 542 (C.A. Ont.), p. 546). Mais ce n'est pas la norme. À mon avis, l'intégration de pareils facteurs dans les fourchettes de peines est également discutable au regard de l'individualisation. Mais, en tout état de cause, l'intégration de facteurs dans une fourchette de peines n'entrave pas l'individualisation, contrairement aux points de départ. Les juges chargés de la détermination de la peine conservent le pouvoir discrétionnaire d'évaluer l'importance à accorder, par exemple, à la bonne moralité de l'accusé à l'intérieur ou même à l'extérieur de la fourchette de peines. Ce n'est pas le cas des juges qui utilisent la méthode du point de départ.

(iii) Les points de départ créent une méthode artificielle de détermination de la peine en accordant trop d'importance aux catégories créées par les tribunaux

[176] Dans la méthode du point de départ, l'établissement de catégories joue un rôle capital. Ainsi, bien qu'elle ne soit [TRADUCTION] « pas toujours facile à établir » (*Felix* (ABCA), par. 51), la distinction entre le trafic de nature commerciale de la cocaïne et le

four and one-half-year starting point (*R. v. Rahime*, 2001 ABCA 203, 95 Alta. L.R. (3d) 237, at para. 18; *R. v. Ma*, 2003 ABCA 220, 23 Alta. L.R. (4th) 14). If the same proportion applies to fentanyl, this elusive distinction will determine whether a six or nine-year starting point is applicable. This improperly shifts the main focus from whether a sentence is just and appropriate for an offender to which judicially-created category applies. In addition, the starting-point approach requires parties and judges to identify which factors can justify deviation from the starting point having regard to the factors that are already built in the hypothetical baseline offence. As M. R. Bloos and M. C. Plaxton say, starting points “subject the sentencing process to an unnatural compartmentalization of factors that either over-complicates the process, or forces the sentencing judge to give certain factors more or less weight than is appropriate” (“Starting-Point Sentencing and the Application of *Laberge* In Unlawful Act Manslaughter Cases” (2003), 6 *C.R.* (6th) 346, at p. 352).

[177] Sentencing judges should not be burdened with such artificial and convoluted debates, rules and categories. They should instead consider all relevant factors in an integrated manner and compare them to comparable cases to determine the just and appropriate sentence for the offender before the court (Bloos and Plaxton, at p. 352).

[178] Sentencing ranges do not raise similar concerns. Ranges for related categories typically overlap, while the jump from one starting point to the next is jagged. Ranges instruct sentencing judges to view the gravity of the offence and the responsibility of the offender as a matter of degree, on a continuum. As a result, as the intervener the Legal Aid Society of Alberta notes, ranges “rarely see judges bogged down in disagreements about whether an offence comes within a defined subcategory, or whether a fact aggravates or mitigates compared to some

trafic à grande échelle de cette drogue correspond à la différence entre un point de départ de trois ans et un point de départ de quatre ans et demi (*R. c. Rahime*, 2001 ABCA 203, 95 Alta. L.R. (3d) 237, par. 18; *R. c. Ma*, 2003 ABCA 220, 23 Alta. L.R. (4th) 14). Si l’on applique le même rapport au fentanyl, cette distinction insaisissable détermine si le point de départ applicable est de six ans ou de neuf ans. Donc, le point de mire cesse à tort d’être la question de savoir si la peine est juste et adaptée au délinquant, et il s’agit plutôt de savoir quelle catégorie d’origine judiciaire s’applique. En outre, la méthode du point de départ oblige les parties et les juges à déterminer quels facteurs peuvent justifier un écart par rapport au point de départ, compte tenu des facteurs qui sont déjà intégrés dans l’hypothétique infraction de base. Tel que l’expliquent M. R. Bloos et M. C. Plaxton, les points de départ [TRADUCTION] « assujettissent le processus de détermination de la peine à une compartimentation artificielle de facteurs qui, soit complique excessivement le processus, soit oblige le juge chargé de déterminer la peine à accorder à certains facteurs plus ou moins de poids qu’il ne le devrait » (« Starting-Point Sentencing and the Application of *Laberge* In Unlawful Act Manslaughter Cases » (2003), 6 *C.R.* (6th) 346, p. 352).

[177] On ne devrait pas accabler les juges chargés de déterminer la peine de débats, de règles et de catégories aussi artificiels et alambiqués. Les juges devraient plutôt examiner de façon intégrée tous les facteurs pertinents et les comparer à des cas similaires afin de déterminer la peine juste et appropriée pour le délinquant qui se trouve devant eux (Bloos et Plaxton, p. 352).

[178] Les fourchettes de peines ne suscitent pas de craintes semblables. Les fourchettes prévues pour des catégories connexes se chevauchent généralement, tandis que l’on passe d’un point de départ à l’autre selon un parcours non linéaire. Les fourchettes indiquent aux juges chargés de la détermination de la peine d’examiner la gravité de l’infraction et la responsabilité du délinquant en les situant sur une échelle graduée. Par conséquent, comme le signale l’intervenante Legal Aid Society of Alberta au sujet des fourchettes de peines, [TRADUCTION] « il est rare

hypothetical baseline offence” (I.F., at para. 3). It is a methodology more conducive to individualized sentencing.

(iv) The “Clustering” Effect of Starting Points

[179] Commentators have noted that the starting-point approach has the “natural effect of bunching sentences around a median rather than spreading them across a range to suit individualized circumstances” (Manson (1997), at p. 282). This is the “clustering” effect, which is “antithetical to individualization: the more clustering we observe, the less likely it is that sentence outcomes reflect the unique nature of each case or are proportionate” (I. D. Marder and J. Pina-Sánchez, “Nudge the judge? Theorizing the interaction between heuristics, sentencing guidelines and sentence clustering” (2020), 20 *C.C.J.* 399, at p. 401). By contrast, sentences spread along ranges can better reflect individualized circumstances.

[180] The parties contest whether “clustering” can be empirically established. However, I note that “clustering” effects in sentencing have been studied by several commentators (see, e.g., Marder and Pina-Sánchez; M. W. Bennett, “Confronting Cognitive ‘Anchoring Effect’ and ‘Blind Spot’ Biases in Federal Sentencing: A Modest Solution for Reforming a Fundamental Flaw” (2014), 104 *J. Crim. L. & Criminology* 489, at pp. 523-29 (finding that even advisory sentencing grids acted as a “hulking anchor for most judges”); D. M. Isaacs, “Baseline Framing in Sentencing” (2011), 121 *Yale L.J.* 426, at p. 426 (finding that “sentences disproportionately cluste[r] around the typical sentence in a typical crime baseline regime” (emphasis deleted)); C. Guthrie, J. J. Rachlinski and A. J. Wistrich, “Inside the Judicial Mind” (2001), 86 *Cornell L. Rev.* 777, at pp. 787-94 (on the “anchoring” effect of numerical

de voir les juges s’enliser dans des désaccords sur la question de savoir si une infraction relève d’une sous-catégorie définie, ou si une circonstance est aggravante ou atténuante par rapport à une infraction de base hypothétique » (m.i., par. 3). La méthode des fourchettes de peines se prête mieux à l’individualisation des peines.

(iv) L’effet d’« agglutination » des points de départ

[179] Des auteurs ont fait remarquer que la méthode du point de départ a [TRADUCTION] « pour effet naturel de regrouper les peines autour d’une médiane plutôt que de les répartir à l’intérieur d’une fourchette pour tenir compte des circonstances individuelles » (Manson (1997), p. 282). Voilà ce qu’on appelle l’effet d’« agglutination », qui est [TRADUCTION] « l’antithèse de l’individualisation : plus il y a agglutination, moins il est probable que la peine tienne compte des particularités du cas ou qu’elle soit proportionnée » (I. D. Marder et J. Pina-Sánchez, « Nudge the judge? Theorizing the interaction between heuristics, sentencing guidelines and sentence clustering » (2020), 20 *C.C.J.* 399, p. 401). Au contraire, les peines réparties à l’intérieur d’une fourchette sont davantage susceptibles de tenir compte des circonstances individuelles.

[180] Les parties contestent la possibilité de démontrer de façon empirique le phénomène de l’« agglutination ». Je relève toutefois que l’effet d’« agglutination » dans la détermination de la peine a déjà été étudié par plusieurs auteurs (voir, p. ex., Marder et Pina-Sánchez; M. W. Bennett, « Confronting Cognitive “Anchoring Effect” and “Blind Spot” Biases in Federal Sentencing : A Modest Solution for Reforming a Fundamental Flaw » (2014), 104 *J. Crim. L. & Criminology* 489, p. 523-529 (conclusion que même les grilles facultatives de peines produisent un [TRADUCTION] « important effet d’ancrage chez la plupart des juges »); D. M. Isaacs, « Baseline Framing in Sentencing » (2011), 121 *Yale L.J.* 426, p. 426 (conclusion que [TRADUCTION] « les peines s’agglutinent de façon disproportionnée autour de la peine habituellement infligée dans un régime de peines de base typique »

values more generally)). The anchoring effect is a well-known cognitive bias: final judgments are disproportionately biased toward the starting point of a decision-maker's reasoning (A. Tversky and D. Kahneman, "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases" (1974), 185 *Science* 1124, at p. 1128). While sentencing ranges can also produce clustering effects, this tends to be in jurisdictions where ranges are established by sentencing grids (e.g., various U.S. states) or by sentencing commissions (e.g., the United Kingdom) (Marder and Pina-Sánchez; Bennett).

[181] The Crown points to sentences that deviate significantly from the starting point as evidence of the absence of clustering effect. In many of the cases it cites, however, the Court of Appeal intervened and varied restrained sentences that were crafted because of the individual circumstances of offenders and offences for not properly applying a starting point (*R. v. Corbiere*, 2017 ABCA 164, 53 Alta. L.R. (6th) 1; *R. v. Giroux*, 2018 ABCA 56, 68 Alta. L.R. (6th) 21; *R. v. L'Hirondelle*, 2018 ABCA 33; *R. v. Melnyk*, 2014 ABCA 344, 584 A.R. 238). Consequently, these cases do not stand for the proposition that the starting-point approach is compatible with individualized sentencing and do not refute the clustering effect.

[182] In addition, "clustering" also follows logically. For instance, it will be more difficult to impose a 90-day sentence for an offender convicted of trafficking in cocaine or crack cocaine with strong rehabilitative potential and significant mitigating factors if the starting point is 3 years than if there is a 6 months to 4 years range of sentence (comp. *R. v. Godfrey*, 2018 ABCA 369, 77 Alta. L.R. (6th) 213, and *R. v. Zawahra*, 2016 QCCA 871).

(italique omis)); C. Guthrie, J. J. Rachlinski et A. J. Wistrich, « Inside the Judicial Mind » (2001), 86 *Cornell L. Rev.* 777, p. 787-794 (sur l'effet d'« ancrage » des valeurs numériques de manière plus générale)). L'effet d'ancrage entraîne une partialité cognitive notoire : les jugements définitifs tendent de manière disproportionnée à se regrouper autour du point de départ du raisonnement d'un décideur (A. Tversky et D. Kahneman, « Judgment under Uncertainty : Heuristics and Biases » (1974), 185 *Science* 1124, p. 1128). Bien que les fourchettes de peines puissent elles aussi produire un effet d'agglutination, ce phénomène se produit habituellement dans des ressorts où les fourchettes de peines sont établies au moyen de grilles de peines (comme c'est le cas dans plusieurs États américains) ou par des commissions sur la détermination de la peine (p. ex., au Royaume-Uni) (Marder et Pina-Sánchez; Bennett).

[181] Selon la Couronne, les peines qui s'écartent considérablement du point de départ constituent une preuve de l'inexistence de l'effet d'agglutination. Toutefois, dans bon nombre des arrêts qu'elle cite, la Cour d'appel est intervenue pour modifier les peines modérées auxquelles l'accusé avait été condamné en raison de la situation de l'accusé et des circonstances entourant la perpétration de l'infraction au motif que le juge n'avait pas bien appliqué le point de départ (*R. c. Corbiere*, 2017 ABCA 164, 53 Alta. L.R. (6th) 1; *R. c. Giroux*, 2018 ABCA 56, 68 Alta. L.R. (6th) 21; *R. c. L'Hirondelle*, 2018 ABCA 33; *R. c. Melnyk*, 2014 ABCA 344, 584 A.R. 238). Ces décisions ne permettent donc pas d'affirmer que la méthode du point de départ est compatible avec l'individualisation de la peine ou de réfuter l'existence d'un effet d'agglutination.

[182] Qui plus est, l'« agglutination » est une conséquence logique. Par exemple, il sera plus difficile d'infliger une peine de 90 jours à un délinquant reconnu coupable de trafic de cocaïne ou de crack qui bénéficie d'un excellent potentiel de réinsertion sociale et de circonstances atténuantes très favorables si le point de départ est de 3 ans plutôt que si la fourchette de peines se situe entre 6 mois et 4 ans (comp. *R. c. Godfrey*, 2018 ABCA 369, 77 Alta. L.R. (6th) 213, et *R. c. Zawahra*, 2016 QCCA 871).

[183] While there is a paucity of empirical evidence, what there is reinforces the views that starting points are problematic in practice, as well as in principle.

(b) *Starting Points Overemphasize Denunciation and Deterrence*

[184] In theory, the Court of Appeal could set starting points to account for the various principles of sentencing. But this would overlook how starting points operate in practice. Starting points are often established to emphasize deterrence and denunciation and, in turn, to ensure more retributive punishment (Manson (1997), at p. 279, citing *R. v. Sprague* (1974), 19 C.C.C. (2d) 513 (Alta. C.A.); *Johnas*). This runs contrary to the objectives of the 1996 sentencing reform: “. . . reducing the use of prison as a sanction [and] expanding the use of restorative justice principles in sentencing” (*Gladue*, at para. 48; s. 718.2(e) of the *Criminal Code*). As one author notes:

Restorative justice principles do not appear in any of the Alberta starting point decisions. Invariably, they describe offences as calling for sentences which emphasize deterrence and denunciation. While some offences and offenders deserve harsh sanctions, to create a judicial category of an offence, and to then remove from the sentencing matrix all reference to restorative justice principles is not aligned with the philosophy expressed by Parliament in the enactment of Part XXIII of the Criminal Code, particularly ss. 718.2(d) and (e). [Emphasis added.]

(P. L. Moreau, “Trouble for Starting Points?” (2021), 68 *C.R.* (7th) 129, at p. 135)

[185] Starting points make it more difficult for judges to give adequate weight to restorative justice principles because they are designed to be easy to move up and hard to move down. As mentioned, starting points generally build in the absence of a criminal record, prior good character, and the principle of restraint (*Arcand*, at paras. 132-36, 293 and

[183] Bien qu’il existe peu de preuves empiriques, celles dont nous disposons renforcent l’idée que les points de départ posent problème en pratique, tout autant qu’en principe.

b) *Les points de départ insistent trop sur la dénonciation et la dissuasion*

[184] En théorie, la Cour d’appel pourrait fixer des points de départ pour tenir compte des divers principes de détermination de la peine. Mais ce serait oublier comment les points de départ s’appliquent en pratique. Les points de départ sont souvent fixés pour insister sur la dissuasion et la dénonciation, ce qui, par ricochet, assure l’infliction de sanctions plus punitives (Manson (1997), p. 279, citant *R. c. Sprague* (1974), 19 C.C.C. (2d) 513 (C.A. Alb.); *Johnas*). Ceci va à l’encontre des objectifs de la réforme du régime de détermination de la peine de 1996, en l’occurrence : « . . . réduire le recours à l’emprisonnement comme sanction [et] élargir l’application des principes de justice corrective au moment du prononcé de la peine » (*Gladue*, par. 48; al. 718.2e) du *Code criminel*). Comme le fait remarquer un auteur :

[TRADUCTION] Les principes de justice corrective n’apparaissent dans aucune des décisions albertaines où les points de départ ont été appliqués. Invariablement, ces décisions affirment que les infractions nécessitent une peine qui met l’accent sur la dissuasion et la dénonciation. Bien que certaines infractions et certains délinquants méritent des sanctions sévères, le fait pour le tribunal de créer une catégorie d’infractions et de supprimer ensuite toute mention des principes de justice corrective du cadre d’analyse de la détermination de la peine n’est pas en phase avec la philosophie exprimée par le législateur lorsqu’il a adopté la partie XXIII du *Code criminel*, en particulier les al. 718.2d) et e). [Je souligne.]

(P. L. Moreau, « Trouble for Starting Points? » (2021), 68 *C.R.* (7th) 129, p. 135)

[185] Les points de départ font en sorte qu’il est plus difficile pour les juges d’accorder le poids qu’il convient aux principes de la justice corrective parce que les points de départ sont conçus de manière à ce qu’il soit facile de les rajuster à la hausse et difficile de les rajuster à la baisse. Comme je l’ai déjà mentionné, les points de départ intègrent généralement

333). Moreover, “[t]he connection of the crime to addiction is not significantly mitigating” and “[c]ompliance with bail conditions [is] at best neutral” (*Godfrey*, at para. 16). Of course, starting points are not minimum sentences (*Arcand*, at para. 131). Still, they explicitly or implicitly foreclose reliance on multiple mitigating factors (Bloos and Renke, at p. 803; Manson (2001), at p. 68). In short, judges applying a sentencing tool that overemphasizes deterrence and denunciation and that forecloses reliance on multiple mitigating factors risk overlooking lower, appropriate sentences.

(c) *The Starting-Point Approach Is Contrary to Parliament’s Direction for Sentencing Aboriginal Offenders*

[186] Section 718.2(e) directs sentencing judges to pay “particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders”. In *Gladue*, this Court explained that “the effect of s. 718.2(e) is to alter the method of analysis which sentencing judges must use in determining a fit sentence for aboriginal offenders” (para. 93(5); *Ipeelee*, at para. 59). *Gladue* requires sentencing judges “to undertake the sentencing of aboriginal offenders individually, but also differently”, taking into account the systemic and background factors that bear on the culpability of the offender and the types of sanctions which might be appropriate because of the offender’s Aboriginal heritage or connection (para. 93(6); *Ipeelee*, at paras. 72-73 and 75).

[187] Sentencing Aboriginal offenders is a highly individualized process that acknowledges that “the circumstances of aboriginal people are unique” (*Gladue*, at para. 93(6)). Therefore,

l’absence d’antécédents criminels, les antécédents de bonne moralité et le principe de modération dans le recours à l’incarcération (*Arcand*, par. 132-136, 293 et 333). De plus, [TRADUCTION] « [l]e lien entre le crime et la toxicomanie n’est pas considéré comme une circonstance atténuante importante » et « [l]e respect des conditions de la mise en liberté sous caution [est] au mieux un facteur neutre » (*Godfrey*, par. 16). Bien entendu, les points de départ ne sont pas des peines minimales (*Arcand*, par. 131). Néanmoins, ils excluent explicitement ou implicitement la prise en compte d’une foule de circonstances atténuantes (Bloos et Renke, p. 803; Manson (2001), p. 68). En bref, les juges utilisant une méthode de détermination de la peine qui insiste trop sur la dissuasion et la dénonciation et qui empêche de tenir compte de multiples circonstances atténuantes risquent de faire l’impasse sur des peines appropriées moins sévères.

c) *La méthode du point de départ est contraire aux lignes directrices établies par le Parlement pour la condamnation des délinquants autochtones*

[186] L’alinéa 718.2e) oblige les juges chargés de déterminer la peine à accorder une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones. Dans l’arrêt *Gladue*, notre Cour a expliqué que « l’al. 718.2e) a l’effet de modifier la méthode d’analyse que les juges doivent suivre lorsqu’ils déterminent la peine appropriée pour des délinquants autochtones » (par. 93(5); *Ipeelee*, par. 59). L’arrêt *Gladue* impose aux juges l’obligation « d’aborder la détermination de la peine à infliger à des délinquants autochtones d’une façon individualisée, mais différente » en tenant compte des facteurs systémiques et historiques pouvant influencer sur la culpabilité du délinquant et des types de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l’égard du délinquant en raison de son héritage ou de ses attaches autochtones (par. 93(6); *Ipeelee*, par. 72-73 et 75).

[187] La détermination de la peine est, dans le cas des délinquants autochtones, un processus hautement individualisé qui reconnaît que « la situation des autochtones est particulière » (*Gladue*, par. 93(6)).

methodologically, it would be an error for sentencing judges to determine an appropriate sentence for Aboriginal offenders by reference to a “typical” non-Aboriginal offender:

If the offender is Aboriginal, then courts must consider all of the circumstances of that offender, including the unique circumstances described in *Gladue*. There is no sense comparing the sentence that a particular Aboriginal offender would receive to the sentence that some hypothetical non-Aboriginal offender would receive, because there is only one offender standing before the court. [Emphasis added.]

(*Ipeelee*, at para. 86)

[188] “[C]omparing the sentence that a particular Aboriginal offender would receive to the sentence that some hypothetical non-Aboriginal offender would receive” is precisely the starting-point methodology, applied to Aboriginal offenders. The starting-point approach reduces the holistic *Gladue* analysis to a matter of minor subtraction from the starting point (in some instances) (see, e.g., *Corbiere* and *Arcand*). This is an inherent problem with the starting-point approach. The failure to give proper effect to the *Gladue* methodology constitutes an error justifying appellate intervention (*Ipeelee*, at para. 87).

[189] Unsurprisingly given this improper sentencing methodology, the starting-point approach appears to deflect Alberta courts from the different process of sentencing set out in *Gladue*. For instance, in *Arcand*, the Court of Appeal of Alberta was almost silent on the significance of Mr. Arcand being an Aboriginal person and to the impact of *Gladue* (Rudin, at p. 1007; for other cases that show how starting points work to frustrate *Gladue* considerations, see *L’Hirondelle*; *Corbiere*; *Giroux*; *R. v. Wilson*, 2009 ABCA 257, 9 Alta. L.R. (5th) 283; *R. v. Huskins*, 2018 ABPC 227; *R. v. Soosay*, 2017 ABQB 478). Professor T. Quigley also noted that appellate judges “armed with the starting point approach and the fetish against disparity” were less open to conditional sentences and sentencing circle dispositions (“Are We Doing Anything about

Par conséquent, du point de vue méthodologique, ce serait une erreur pour les juges de déterminer la peine appropriée pour un délinquant autochtone en se référant au délinquant type non autochtone :

Si le délinquant est un Autochtone, le tribunal doit tenir compte de sa situation dans son ensemble, y compris les circonstances particulières décrites dans l’arrêt *Gladue*. Il serait illogique de comparer la peine à infliger au délinquant autochtone avec celle que se verrait imposer un délinquant hypothétique non autochtone, parce qu’un seul délinquant se trouve devant le tribunal. [Je souligne.]

(*Ipeelee*, par. 86)

[188] « [C]omparer la peine à infliger au délinquant autochtone avec celle que se verrait imposer un délinquant hypothétique non autochtone » est précisément ce que prévoit la méthode du point de départ dans le cas des délinquants autochtones. La méthode du point de départ réduit l’analyse holistique proposée dans l’arrêt *Gladue* à une opération de soustraction d’une valeur mineure au point de départ (dans certains cas) (voir, p. ex., *Corbiere* et *Arcand*). Il s’agit là d’un problème inhérent à la méthode du point de départ. Le défaut d’appliquer la méthode établie par l’arrêt *Gladue* constitue une erreur justifiant l’intervention de la cour d’appel (*Ipeelee*, par. 87).

[189] Il n’est donc guère étonnant, compte tenu de cette méthode erronée de détermination de la peine, que la méthode du point de départ semble détourner les tribunaux albertains de l’application du processus différent de détermination de la peine énoncé dans l’arrêt *Gladue*. Ainsi, dans l’arrêt *Arcand*, la Cour d’appel de l’Alberta est restée presque muette sur l’importance du fait que M. Arcand était un Autochtone et sur l’incidence de l’arrêt *Gladue* (Rudin, p. 1007; pour d’autres décisions qui montrent comment les points de départ font échec aux facteurs de l’arrêt *Gladue*, voir *L’Hirondelle*; *Corbiere*; *Giroux*; *R. c. Wilson*, 2009 ABCA 257, 9 Alta. L.R. (5th) 283; *R. c. Huskins*, 2018 ABPC 227; *R. c. Soosay*, 2017 ABQB 478). Le professeur T. Quigley relève également que les juges d’appel [TRADUCTION] « qui appliquent résolument la méthode du point de départ

the Disproportionate Jailing of Aboriginal People?” (1999), 42 *Crim. L.Q.* 129, at p. 144).

[190] This is not a coincidence. Rather, it is a consequence of the starting point approach, which is driven by the “typical offender” and only *adjusts* for individual offenders and which tends to increase the rates of incarceration (Manson (1997), at pp. 280-83). The current approach is contrary to Parliament’s direction for a highly individualized process that takes fully into account the unique circumstances of Aboriginal offenders.

(d) *The Starting-Point Approach Does Not Provide Sufficient Guidance to Sentencing Judges*

[191] In addition to constraining discretion, starting points are paradoxically not as effective as sentencing ranges to provide adequate guidance to sentencing judges in important respects. First, starting points do not inform the normal range of variation. Ranges are more illustrative because they emerge from a series of precedents and show the typical breadth of possible sentences. By contrast, as even a proponent of starting point sentencing accepts, starting points provide little guidance about “the degree or quantum of effect generated by aggravating or mitigating factors” (P. Moreau, “In Defence of Starting Point Sentencing” (2016), 63 *Crim. L.Q.* 345, at p. 355).

[192] Second, unlike ranges, starting points cannot “reflect the range of factual situations in the world and the plurality of judicial perspectives” and “embody the collective experience and wisdom of the judiciary” (*Friesen*, at para. 33). The absence

et brandissent le spectre de la disparité » sont moins enclins à condamner les délinquants autochtones à des peines d’emprisonnement avec sursis ou à rendre des décisions faisant intervenir des conseils de détermination de la peine (« Are We Doing Anything about the Disproportionate Jailing of Aboriginal People? » (1999), 42 *Crim. L.Q.* 129, p. 144).

[190] Ce n’est pas une coïncidence. C’est plutôt une des conséquences de la méthode du point de départ, qui est axée sur le « délinquant type » et qui ne s’*adapte* qu’aux délinquants eux-mêmes et tend à augmenter les taux d’incarcération (Manson (1997), p. 280-283). La méthode actuellement employée va à l’encontre des directives données par le Parlement en faveur d’un processus hautement individualisé qui tient pleinement compte de la situation unique des délinquants autochtones.

d) *La méthode du point de départ n’offre pas de balises suffisantes aux juges chargés de déterminer la peine*

[191] En plus de restreindre le pouvoir discrétionnaire des juges, les points de départ ne sont paradoxalement pas aussi efficaces que les fourchettes de peines pour donner des indications suffisantes aux juges chargés de déterminer la peine sur des aspects importants. Premièrement, les points de départ n’offrent aucun point de repère en ce qui concerne les écarts habituels entre les peines. Les fourchettes de peines sont plus représentatives parce qu’elles sont le résultat d’une série de précédents et qu’elles illustrent l’éventail typique de peines possibles. En revanche, comme l’admet même un partisan de la méthode du point de départ en matière de détermination de la peine, les points de départ donnent peu d’indications quant au [TRADUCTION] « degré ou à l’ampleur des conséquences des circonstances aggravantes ou des circonstances atténuantes » (P. Moreau, « In Defence of Starting Point Sentencing » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 345, p. 355).

[192] Deuxièmement, à la différence des fourchettes de peines, les points de départ ne peuvent « refl[éter] toute la gamme des situations factuelles dans le monde et la multitude des points de vue judiciaires » et « incarne[r] l’expérience collective et

of illustrating precedents can make starting points more mechanical in their application. I agree with Professor Ruby’s critique of the Court of Appeal of Alberta’s approach to precedent:

The Alberta Court of Appeal — alone amongst all the provincial courts of appeal — has developed a doctrine where only cases, even from their own court, that the Court itself has designated as sentencing precedents can be used in argument by counsel. . . .

However, this insistence that some precedents from the Court of Appeal are simply not to be used runs counter to the statutory mandate in section 718.2(b) of the Criminal Code, which requires that a court take into consideration the principle that “a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances”. The Code does not say that a similarity with some sentences, but not all relevant ones, is sufficient. Indeed, the rule seems to be a violation of that principle. It is an instruction suitable for children: “Do as we say, not as we do”. [Emphasis added.]

((2020), at §§ 4.22 and 4.23)

[193] Thus, starting points limit sentencing judges’ ability to draw from a broad pool of experience which, in turn, runs counter to the principle of parity.

(3) Rigid Appellate Intervention Is Inevitable

[194] The last relevant feature of the starting-point approach is its aggressive enforcement by appellate courts. Sentencing judges who do not commence sentencing from a starting point or who deviate significantly from the starting point can expect to be overturned (*R. v. Ilesic*, 2000 ABCA 254, 89 Alta. L.R. (3d) 299, at para. 6; *Arcand*, at paras. 116-17; Ruby (2020), at § 4.12). In my view, reiterating the settled standard of appellate review is insufficient to address this. This Court has consistently reminded

la sagesse des juges » (*Friesen*, par. 33). L’absence de précédents représentatifs est susceptible de rendre l’application des points de départ plus mécanique. Je suis d’accord avec la critique que le professeur Ruby adresse à la Cour d’appel de l’Alberta en ce qui concerne sa façon d’aborder les précédents :

[TRADUCTION] La Cour d’appel de l’Alberta — qui fait cavalier seul à cet égard parmi les cours d’appel provinciales — a élaboré une doctrine selon laquelle les avocats ne peuvent plaider que les décisions que la Cour elle-même a désignées comme constituant des précédents en matière de détermination de la peine (elle a même exclu certains de ses propres arrêts) . . .

Toutefois, cette insistance sur le fait que certains précédents de la Cour d’appel ne doivent tout simplement pas être invoqués va à l’encontre de l’obligation légale énoncée à l’alinéa 718.2b) du Code criminel, qui oblige le tribunal à tenir compte du principe de « l’infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ». Le Code ne considère pas comme suffisant le fait que la peine soit semblable à certaines peines, mais pas à toutes les peines pertinentes. D’ailleurs, la règle semble enfreindre ce principe. Elle fait penser à une consigne donnée à des enfants : « Fais ce que je dis, pas ce que je fais ». [Je souligne.]

((2020), §§ 4.22 et 4.23)

[193] Les points de départ limitent donc la capacité des juges chargés de déterminer la peine à puiser dans un large éventail d’expériences, ce qui va à l’encontre du principe de la parité.

(3) L’intervention rigide de la cour d’appel est inévitable

[194] La dernière caractéristique pertinente de la méthode du point de départ est le fait que les cours d’appel veillent agressivement à son application. Les juges chargés de la détermination de la peine qui ne s’attèlent pas à cette tâche à partir d’un point de départ ou qui s’en écartent nettement peuvent s’attendre à voir leurs décisions infirmées (*R. c. Ilesic*, 2000 ABCA 254, 89 Alta. L.R. (3d) 299, par. 6; *Arcand*, par. 116-117; Ruby (2020), § 4.12). À mon avis, il ne suffit pas de réitérer la norme établie de contrôle en

provincial appellate courts not to vary sentences unless they are demonstrably unfit or tainted by a material error in principle (*Lacasse*, at para. 11; *Friesen*, at para. 26). Yet the Court of Appeal of Alberta continues to rely on starting points to circumvent this standard. Indeed, by faithfully adhering to starting-point methodology, it is difficult for them to do otherwise.

[195] In *McDonnell*, this Court disapproved of the interventionist approach of the Court of Appeal of Alberta in relation to starting points. It stated that “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” because deference should be shown to sentencing judges’ decisions (para. 32). In *Proulx*, it reiterated that starting points can only be set out as “guides” to lower courts (para. 86).

[196] Despite this strong language, “the Alberta Court of Appeal refuses to view starting points as mere guidance” (Ruby (2020), at § 23.15). The Court of Appeal has made it clear that since starting points are designed to minimize disparity in sentencing, sentencing judges are not free to ignore them or to pay lip service to them (*Arcand*, at para. 118; *R. v. Innes*, 2012 ABCA 283, at para. 5 (CanLII)). It has reminded sentencing judges that although they can deviate from the starting point, “caution is in order” because “[f]acts relied on to deviate from the starting point should be relevant to sentence and reasonably justify deviation” (*Arcand*, at para. 106). In other words, it has treated starting points as binding. As O’Brien and Hunt J.J.A. noted in their separate reasons in *Arcand*, the majority did not “adhere completely to Supreme Court authority” and effectively elevated starting points to a “rule of law” (paras. 302(a) and 352).

appel pour régler le problème. Notre Cour a constamment rappelé aux cours d’appel provinciales de ne pas modifier les peines à moins qu’elles soient manifestement non indiquées ou qu’elles soient entachées d’une erreur de principe importante (*Lacasse*, par. 11; *Friesen*, par. 26). Pourtant, la Cour d’appel de l’Alberta continue de se fonder sur les points de départ pour contourner cette norme. D’ailleurs, en appliquant strictement la méthode du point de départ, il lui est difficile de faire autrement.

[195] Dans l’arrêt *McDonnell*, notre Cour a désapprouvé la démarche interventionniste prise par la Cour d’appel de l’Alberta en ce qui concerne les points de départ. Elle a déclaré que « 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 » parce qu’il y a lieu de faire preuve de déférence à l’égard des décisions rendues par les juges chargés de déterminer la peine (par. 32). Dans l’arrêt *Proulx*, notre Cour a rappelé que les points de départ ne peuvent servir que de « guides » aux juridictions inférieures (par. 86).

[196] Malgré ces termes forts, [TRADUCTION] « la Cour d’appel de l’Alberta refuse de considérer les points de départ comme de simples points de repère » (Ruby (2020), § 23.15). La Cour d’appel a clairement indiqué que, comme les points de départ sont conçus pour minimiser la disparité des peines, il n’est pas loisible aux juges chargés de déterminer la peine de les ignorer ou de n’y adhérer que pour la forme (*Arcand*, par. 118; *R. c. Innes*, 2012 ABCA 283, par. 5 (CanLII)). Elle a rappelé aux juges chargés de déterminer la peine que, même s’ils peuvent s’écarter du point de départ, [TRADUCTION] « la prudence est de mise », car « [l]es faits invoqués pour justifier une dérogation au point de départ doivent être pertinents pour la détermination de la peine et justifier raisonnablement cette dérogation » (*Arcand*, par. 106). Autrement dit, elle considère les points de départ comme contraignants. Ainsi que les juges O’Brien et Hunt l’ont fait observer dans leurs motifs distincts dans l’arrêt *Arcand*, la majorité ne s’est pas [TRADUCTION] « entièrement conformée à la jurisprudence de la Cour suprême » et a effectivement élevé les points de départ au rang de « règle de droit » (par. 302(a) et 352).

[197] Even after *Lacasse*, where this Court reaffirmed that appellate courts may not intervene because they would have put the sentence in another category (at para. 51), the Court of Appeal of Alberta has continued say that failure to place an offence within the correct category constitutes a reviewable error (see, e.g., *R. v. Reddekopp*, 2018 ABCA 399, 79 Alta. L.R. (6th) 215, at para. 5; *Godfrey*, at para. 6) and to refer to its jurisprudence establishing starting points as “binding” (*Godfrey*, at para. 15; *R. v. J.A.S.*, 2019 ABCA 376, at paras. 12-13 (CanLII); *Hajar*, at para. 160-61; *D.S.C.*, at para. 40). In *Parranto*, the Court of Appeal said that departure from the starting-point approach constitutes an error and that sentencing judges cannot treat starting points as “merely hortatory or suggestive” (2019 ABCA 457, 98 Alta. L.R. (6th) 114, at paras. 28-29). This does not respect the authority of *McDonnell*, *Lacasse* and other decisions from this Court.

[198] Sentencing judges have stated that the Court of Appeal of Alberta’s approach restrains their discretion and their ability to craft individualized sentences or to depart from the starting-point approach despite the Supreme Court’s clear pronouncements (see, e.g., *R. v. Moriarty*, 2016 ABPC 25, 34 Alta. L.R. (6th) 110, at para. 145; *R. v. Boriskewich*, 2017 ABPC 202, 62 Alta. L.R. (6th) 194, at paras. 51-52).

[199] The relationship between the standard of review and starting points was reiterated, again, in *Friesen*: “. . . 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* . . .” (para. 37).

[200] Yet, at least in some cases, the Court of Appeal of Alberta continues to treat starting points as binding and as constraining sentencing judges’ discretion to consider all relevant factors. For instance, in *R. v. Wakefield*, 2020 ABCA 352, it found it was an error in principle to proceed from the wrong starting

[197] Même après l’arrêt *Lacasse*, dans lequel notre Cour a réaffirmé que les cours d’appel ne peuvent intervenir parce qu’elles auraient classé la peine dans une autre catégorie (par. 51), la Cour d’appel de l’Alberta persiste à dire que l’omission de faire relever une infraction de la bonne catégorie constitue une erreur susceptible de contrôle (voir, p. ex., *R. c. Reddekopp*, 2018 ABCA 399, 79 Alta. L.R. (6th) 215, par. 5; *Godfrey*, par. 6). Elle continue de qualifier de « contraignante » la jurisprudence dans laquelle elle a établi des points de départ (*Godfrey*, par. 15; *R. c. J.A.S.*, 2019 ABCA 376, par. 12-13 (CanLII); *Hajar*, par. 160-161; *D.S.C.*, par. 40). Dans l’arrêt *Parranto*, la Cour d’appel de l’Alberta a affirmé que toute dérogation à la méthode du point de départ constitue une erreur, ajoutant que les juges chargés de déterminer la peine ne peuvent considérer les points de départ comme [TRADUCTION] « simplement incitatifs ou suggestifs » (2019 ABCA 457, 98 Alta. L.R. (6th) 114, par. 28-29). Cette façon de voir ne respecte pas la jurisprudence de notre Cour, notamment les arrêts *McDonnell* et *Lacasse*.

[198] Les juges chargés de la détermination de la peine ont affirmé que l’approche de la Cour d’appel de l’Alberta limitait leur pouvoir discrétionnaire et leur capacité d’élaborer des peines individualisées ou de s’écarter de la méthode du point de départ malgré la jurisprudence claire de la Cour suprême (voir, p. ex., *R. c. Moriarty*, 2016 ABPC 25, 34 Alta. L.R. (6th) 110, par. 145; *R. c. Boriskewich*, 2017 ABPC 202, 62 Alta. L.R. (6th) 194, par. 51-52).

[199] La Cour a rappelé, dans l’arrêt *Friesen*, le rapport entre la norme de contrôle et les points de départ : « Les [. . .] 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* . . . » (par. 37).

[200] Pourtant, dans au moins certaines de ses décisions, la Cour d’appel de l’Alberta reste d’avis que les points de départ sont contraignants et restreignent le pouvoir discrétionnaire des juges de prendre en considération tous les facteurs pertinents. Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Wakefield*, 2020 ABCA

point and varied the sentence (para. 26 (CanLII), see also *R. v. Roberts*, 2020 ABCA 434, 17 Alta. L.R. (7th) 255, at paras. 26 and 50; *R. v. Morton*, 2021 ABCA 29, at para. 25 (CanLII)). This Court's calls for deference and individualized sentencing have not been heeded.

[201] The continued rigid enforcement of starting points by the Court of Appeal of Alberta makes clear the fundamental incompatibility between the starting-point approach and a deferential standard of review. The Court of Appeal of Alberta has identified several avenues to circumvent the standard of review because of starting points: it intervenes if the sentencing judge failed to advert to the prescribed starting point (*R. v. Tran*, 2010 ABCA 317, 490 A.R. 229, at para. 16; *Giroux*, at para. 12); if the sentence fails to give sufficient weight to deterrence and denunciation, as recorded in the starting point (*Godfrey*, at para. 17); if the sentencing judge considered a factor already built in the starting point, which leads to double counting (*R. v. G.B.*, 2013 ABCA 93, 544 A.R. 127, at para. 5; *R. v. Brodt*, 2016 ABCA 373, 46 Alta. L.R. (6th) 213, at para. 7); and if the sentence departs significantly from the starting point (*Corbiere*, at paras. 25-27). Departures from starting points facilitate appellate intervention in comparison to sentencing ranges:

... it is much easier to upset a sentence of, say, 15 months' imprisonment when the starting point is 3 years than it is when the range is 12 months to 3 years. The departure from the low end of the range may be seen on appellate review as acceptable while the departure from the starting point is more readily adjudged to be reversible error.

(*Gashikanyi*, at para. 35)

[202] In effect, the starting-point approach multiplies potential "errors" and, in turn, increases the scope for the court of appeal to vary sentences.

352, elle a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de principe en procédant à partir du mauvais point de départ, et elle a modifié la peine (par. 26 (CanLII), voir aussi *R. c. Roberts*, 2020 ABCA 434, 17 Alta. L.R. (7th) 255, par. 26 et 50; *R. c. Morton*, 2021 ABCA 29, par. 25 (CanLII)). Les appels de notre Cour en faveur de la déférence et de l'individualisation des peines n'ont pas été entendus.

[201] Le fait que la Cour d'appel de l'Alberta continue à assurer rigide­ment l'application des points de départ met en évidence l'incompatibilité fondamentale entre la méthode du point de départ et la norme de contrôle axée sur la déférence. La Cour d'appel de l'Alberta a trouvé plusieurs moyens de contourner la norme de contrôle en raison des points de départ : elle intervient si le juge chargé de déterminer la peine n'a pas tenu compte du point de départ prescrit (*R. c. Tran*, 2010 ABCA 317, 490 A.R. 229, par. 16; *Giroux*, par. 12); si la peine n'accorde pas un poids suffisant aux facteurs de la dissuasion et de la dénonciation qui sont intégrés au point de départ (*Godfrey*, par. 17); si le juge chargé de déterminer la peine a tenu compte d'un facteur déjà intégré dans le point de départ, ce qui se traduit ainsi par une double prise en compte (*R. c. G.B.*, 2013 ABCA 93, 544 A.R. 127, par. 5; *R. c. Brodt*, 2016 ABCA 373, 46 Alta. L.R. (6th) 213, par. 7); et si la peine s'écarte de façon marquée du point de départ (*Corbiere*, par. 25-27). Les écarts par rapport aux points de départ facilitent l'intervention de la cour d'appel davantage que dans le cas des fourchettes de peines :

[TRADUCTION] . . . il est beaucoup plus facile d'infirm­er une peine d'emprisonnement de 15 mois lorsque le point de départ est de 3 ans que lorsque la fourchette de peines est de 12 mois à 3 ans. L'écart par rapport à la limite inférieure de la fourchette de peines peut être considéré acceptable lors du contrôle en appel, tandis qu'un écart par rapport au point de départ est plus facilement considéré comme une erreur justifiant l'infir­mation.

(*Gashikanyi*, par. 35)

[202] En fait, la méthode du point de départ multiplie les risques d'« erreurs », augmentant ainsi les possibilités pour la cour d'appel de modifier les peines.

[203] The time is past due to deal decisively with the methodological problems inherent in starting points. Those flaws are structural. They cannot be cured by repeating, yet again, exhortations relating to the standard of review. This should come as no surprise since the purpose of the starting-point methodology is appellate control and this purpose is embedded in how it is designed to operate. Accordingly, the undermining of proper appellate review of sentencing is not a misapplication of starting-point methodology. Rather, it is the fulfilment of its purpose. Thus, the only effective response, in my view, is to say that the starting-point methodology should no longer be used.

III. Disposition

[204] I would disavow the starting-point approach to sentencing. I agree with Justice Moldaver and adopt his reasons for the disposition of the appeals and the additional guidance he provides.

The reasons of Abella and Karakatsanis JJ. were delivered by

[205] KARAKATSANIS J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleagues Brown and Martin JJ. I agree with their analysis, from paras. 9 to 54, that starting points are a permissible form of appellate sentencing guidance, provided that starting points are not used to curtail the highly deferential sentencing standard of appellate review. However, I do not agree with their disposition to dismiss these two appeals. Despite the emphasis on the starting-point approach in the parties' submissions, the merits of these appeals ultimately stand or fall on the well-settled principles of appellate deference in sentencing. Sentencing is an art, not a science, and appellate courts must show great deference to the trial judge's exercise of discretion in crafting a fit, individualized sentence. Unless the trial judge made an error in principle that impacted the sentence or the sentence was demonstrably unfit, appellate intervention is

[203] Il est plus que temps de régler définitivement les problèmes méthodologiques que comportent les points de départ. Ces lacunes sont structurelles. On ne peut y remédier en répétant, une fois de plus, des exhortations relatives au respect de la norme de contrôle. Cela ne devrait surprendre personne, étant donné que l'objectif de la méthode du point de départ est de favoriser le contrôle des cours d'appel et que cet objectif est indissociable du mode d'application de cette méthode. Par conséquent, l'affaiblissement du contrôle valable en appel de la détermination de la peine ne saurait être considéré comme une mauvaise application de la méthode du point de départ. C'est plutôt la réalisation de son objectif. En conséquence, la seule solution efficace au problème consiste, à mon avis, à déclarer que la méthode du point de départ ne devrait plus être utilisée.

III. Dispositif

[204] Je suis d'avis de désavouer la méthode des points de départ en matière de détermination de la peine. Je suis d'accord avec le juge Moldaver et je souscris aux motifs qu'il expose pour trancher les pourvois et aux balises supplémentaires qu'il propose.

Version française des motifs des juges Abella et Karakatsanis rendus par

[205] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Brown et Martin. Je souscris à l'analyse qu'ils font aux par. 9 à 54 selon laquelle les points de départ constituent un type d'indications valables données par les juridictions d'appel pour la détermination de la peine, à condition que leur utilisation ne compromette pas la norme de contrôle en matière de détermination de la peine qui oblige les juridictions d'appel à faire preuve d'un degré élevé de déférence. Je ne suis cependant pas d'accord avec leur décision de rejeter les deux présents pourvois. Malgré l'importance que les parties ont accordée à la méthode des points de départ dans leurs observations, le bien-fondé des présents pourvois dépend en fin de compte des principes bien établis relatifs à la déférence dont il y a lieu de faire preuve en appel à l'égard des décisions des juges du procès en matière

not justified: *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at paras. 39-44 and 52-55.

[206] In my view, neither trial judge made an error in principle, nor was either sentence demonstrably unfit. In both appeals, the Court of Appeal did not act with restraint and deference but rather assumed a scrutineering, interventionist posture. The trial judges were faulted for their reasonable exercises of discretion, their factual findings were disregarded, and their demonstrated appreciations of the gravity of the offences before them were ignored. Both appeals should therefore be allowed with the original sentences restored.

[207] My colleagues set out the facts of each appeal in detail and I do not propose to re-state those facts. Suffice to say the appellants were both very prolific and sophisticated fentanyl traffickers. Felix received a global sentence of 7 years (2019 ABQB 183), while Parranto received a global sentence of 11 years (2018 ABQB 863).

[208] As I will explain, their respective sentencing reasons show that both trial judges appreciated the very grave nature of the offences committed by the appellants. If the sentences ultimately imposed were more lenient than the gravity of the offences would suggest, this was not because the trial judges took lenient views of wholesale fentanyl trafficking. Rather, it was because each trial judge reasonably exercised their discretion to place great weight on mitigating factors and rehabilitative sentencing principles. It was not open to the Court of Appeal — and it is not

de détermination de la peine. La détermination de la peine est un art, et non une science, et les juridictions d'appel doivent faire preuve d'une grande déférence à l'égard de la façon dont le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire pour élaborer une peine appropriée et individualisée. L'intervention de la cour d'appel n'est justifiée que lorsque le juge du procès a commis une erreur de principe qui a eu une incidence sur la détermination de la peine ou que la peine est manifestement non indiquée : *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 39-44 et 52-55.

[206] À mon avis, ni l'un ni l'autre des juges du procès n'a commis d'erreur de principe ou prononcé de peine manifestement non indiquée. Dans les deux affaires, la Cour d'appel n'a pas agi avec modération et déférence, mais a plutôt adopté une attitude interventionniste et inquisitrice. Elle a reproché aux juges du procès la façon pourtant raisonnable dont ils avaient exercé leur pouvoir discrétionnaire, elle a écarté leurs conclusions de fait et elle n'a pas tenu compte de la conscience de la gravité des infractions dont ils avaient témoigné. Les deux pourvois devraient donc être accueillis et les peines initiales rétablies.

[207] Mes collègues ont exposé en détail les faits relatifs à chaque pourvoi et je n'ai pas l'intention de les répéter. Il suffit de dire que les appelants étaient tous deux des trafiquants de fentanyl très prolifiques et expérimentés. Monsieur Felix a été condamné à une peine globale d'emprisonnement de 7 ans (2019 ABQB 183), tandis que M. Parranto s'est vu infliger une peine globale de 11 ans (2018 ABQB 863).

[208] Comme je vais l'expliquer, il ressort des motifs de leur peine respective que les juges du procès étaient tous deux conscients de la nature très grave des infractions commises par les appelants. Si les peines qui ont en fin de compte été infligées étaient plus clémentes que ce que la gravité de l'infraction laissait entrevoir, ce n'est pas parce que les juges du procès se sont montrés indulgents à l'égard du trafic de fentanyl à grande échelle, mais plutôt parce qu'ils ont exercé raisonnablement leur pouvoir discrétionnaire en accordant beaucoup de poids aux

open to this Court — to reweigh those factors or to second-guess those principles.

I. Decisions Below

A. *R. v. Felix, 2019 ABQB 183 (Burrows J.)*

[209] The trial judge in Felix’s case spoke in clear terms of the dangers of fentanyl and the seriousness of Felix’s offences:

Mr. Felix’s crimes involve two very dangerous illicit drugs — fentanyl and cocaine. Both are highly addictive. Their use can cause serious physical and mental injury and even death to the user. A fentanyl user takes a particularly serious risk. Even a relatively modest dose can be an overdose and can easily cause death.

The illicit use of these dangerous drugs impacts not only on the user but also on the rest of society in a many ways. The already strained resources of the health care system must respond to the physical and mental injury sustained by users. Drug users often finance their addictions through crime. In addition, violent crimes are often committed by those active in the drug trade in order to protect sales territories or to retaliate when drug debts are not paid. The victims of these crimes are often innocent bystanders.

Drug trafficking crimes are fundamentally different than other crimes. Both the criminal and the immediate victim, the user, are willing participants in the crime. No one involved resists the commission of the offence. This feature magnifies the already very significant seriousness of drug offences. [paras. 37-39 (CanLII)]

[210] The trial judge clearly recognized that fentanyl trafficking was a very serious offence.

[211] Similarly, the trial judge did not minimize Felix’s high degree of culpability. He found that

circonstances atténuantes et aux principes relatifs à la réinsertion sociale des délinquants. Il n’était pas loisible à la Cour d’appel — pas plus qu’il n’est loisible à notre Cour — de soupeser de nouveau ces facteurs ou de remettre en question ces principes.

I. Décisions des juridictions inférieures

A. *R. c. Felix, 2019 ABQB 183 (le juge Burrows)*

[209] Dans le cas de M. Felix, le juge du procès a clairement évoqué les dangers du fentanyl et la gravité des infractions commises par M. Felix :

[TRADUCTION] Les crimes de M. Felix concernent deux drogues illicites très dangereuses : le fentanyl et la cocaïne. Ces deux drogues sont très toxicomanogènes. Leur consommation peut causer des dommages physiques et mentaux graves, voire la mort du consommateur. Le consommateur de fentanyl s’expose à un risque particulièrement élevé. Une dose même relativement modeste peut s’avérer une surdose et facilement entraîner la mort.

L’usage illicite de ces drogues dangereuses a de nombreuses répercussions non seulement sur le consommateur, mais aussi sur le reste de la société. Le traitement des dommages physiques et mentaux subis par les consommateurs nécessite de consacrer des ressources du système de santé qui sont déjà mises à rude épreuve. Les toxicomanes financent souvent leur dépendance par la criminalité. De plus, des crimes violents sont souvent commis par des individus qui se livrent activement au trafic de drogues pour protéger leur territoire de vente ou pour se venger lorsque les dettes de drogue ne sont pas payées. Les victimes de ces crimes sont souvent de simples passants.

Les crimes liés au trafic de drogue sont fondamentalement différents des autres crimes. Le criminel et la victime immédiate, le consommateur, sont tous deux des participants volontaires à la perpétration du crime. Aucun des acteurs impliqués n’est à l’abri des conséquences de la perpétration de cette infraction. Cette caractéristique amplifie la gravité déjà très élevée des infractions liées à la drogue. [par. 37-39 (CanLII)]

[210] Le juge du procès a clairement reconnu que le trafic de fentanyl était une infraction très grave.

[211] De même, le juge du procès n’a pas minimisé le degré élevé de culpabilité de M. Felix.

Felix's moral blameworthiness was "very significantly aggravating" and "toward the high end" of the moral blameworthiness range: paras. 41-42.

[212] However, the trial judge considered a number of strong mitigating factors. He found that Felix's rehabilitation prospects were "extremely promising": para. 48. He emphasized that Felix had no criminal record and a positive background, including operating a legitimate company that worked to rebuild and restore Fort McMurray in the aftermath of the 2016 wildfire: paras. 31 and 44. The trial judge also noted Felix's "very solid and widespread support among his friends, family members, work colleagues, and neighbors" (para. 44), and referred to an "impressive collection" of 17 positive reference letters (para. 35). Finally, he noted the reduced mitigating effect of Felix's guilty plea that, while late, did avoid a lengthy trial: para. 43.

[213] The trial judge then turned to the sentencing range that could be deduced from Alberta's fentanyl trafficking jurisprudence. He identified a five- to seven-year range but noted that, given Felix's high moral blameworthiness, his sentence "should be placed at least at the top" of that range: paras. 79-80. The trial judge also considered placing Felix within a higher range of five to nine and a half years but did not do so as this "would not give appropriate weight to the mitigating factors . . . or to the fact that the other two persons accused with Mr. Felix received sentences of 5 years": para. 81.

[214] The trial judge concluded his reasons with a discussion of sentencing objectives. He emphasized

Il a estimé que la culpabilité morale de M. Felix constituait [TRADUCTION] « une circonstance aggravante très importante », se situant « près de la limite supérieure » dans l'échelle de la culpabilité morale : par. 41-42.

[212] Le juge du procès a toutefois tenu compte de plusieurs circonstances atténuantes importantes. Il a estimé que le potentiel de réinsertion sociale de M. Felix était [TRADUCTION] « extrêmement prometteur » : par. 48. Il a souligné l'absence de casier judiciaire de M. Felix, de même que ses antécédents positifs, notamment le fait qu'il exploitait une entreprise légitime qui avait contribué à la reconstruction et à la restauration de Fort McMurray à la suite des feux de forêt de 2016 : par. 31 et 44. Le juge du procès a également constaté que M. Felix bénéficiait [TRADUCTION] « d'un soutien très solide et généralisé de la part de ses amis, des membres de sa famille, de ses collègues de travail et de ses voisins » (par. 44), et a mentionné qu'il avait recueilli « une collection impressionnante » de 17 lettres de recommandation positives (par. 35). Enfin, il a signalé comme circonstance atténuante le plaidoyer de culpabilité de M. Felix qui, bien que tardif, avait permis d'éviter un long procès : par. 43.

[213] Le juge du procès s'est ensuite penché sur la fourchette de peines que l'on pouvait dégager de la jurisprudence albertaine en matière de trafic de fentanyl. Il a retenu une fourchette de peines de cinq à sept ans d'emprisonnement, mais a souligné que, compte tenu du degré élevé de culpabilité morale de M. Felix, sa peine devait [TRADUCTION] « se situer au moins au sommet » de cette fourchette de peines : par. 79-80. Le juge du procès a également envisagé la possibilité de faire relever M. Felix d'une fourchette de peines plus élevée de cinq à neuf ans et demi d'emprisonnement, mais a écarté cette éventualité au motif que [TRADUCTION] « l'on accorderait ainsi pas le poids approprié aux circonstances atténuantes [. . .] ou au fait que les deux autres personnes accusées avec M. Felix ont été condamnées à des peines de cinq ans » : par. 81.

[214] Le juge du procès a conclu ses motifs en discutant des objectifs de la détermination de la peine. Il

the need to “strongly denounce” Felix’s conduct with a sentence that would “constitute a strong deterrence to others”: para. 82. However, he balanced the emphasis on denunciation and deterrence with the mitigating factors he had identified and Felix’s rehabilitative prospects, including his commitment to “socially positive pursuits”, and imposed a seven-year sentence: paras. 83-84.

B. *R. v. Felix, 2019 ABCA 458, 98 Alta L.R. (6th) 136 (Antonio J.A., Paperny, Watson, Slatter and Crighton J.J.A. concurring)*

[215] The Court of Appeal overturned Felix’s seven-year sentence. In the Court of Appeal’s view, the trial judge chose “incorrect” comparator cases in deducing the five- to seven-year range: para. 72. The Court of Appeal identified three errors stemming from the trial judge’s “direct handling of the precedents he considered” (paras. 72-73):

- failing to adequately distinguish commercial from wholesale trafficking when selecting comparators;
- failing to account for the accused’s role in the organization, in particular by treating sentences imposed on his “runners” as direct comparators; and
- double-counting the mitigation of the guilty plea, by using it to discount the sentence relative to precedents that had already been discounted by guilty pleas.

[216] The Court of Appeal further held that “[t]hese errors resulted in a sentence that [was] demonstrably unfit”: para. 73.

[217] The Court of Appeal then sentenced Felix afresh in light of the nine-year starting point it had

a souligné la nécessité de [TRADUCTION] « dénoncer fermement » les actes de M. Felix en le condamnant à une peine qui « aura un solide effet dissuasif sur autrui » : par. 82. Toutefois, il a mis en balance l’accent mis sur la dénonciation et la dissuasion avec les circonstances atténuantes qu’il avait constatées et avec les perspectives de réinsertion sociale de M. Felix, notamment sa participation à des [TRADUCTION] « activités socialement positives », et il l’a finalement condamné à une peine de sept ans d’emprisonnement : par. 83-84.

B. *R. c. Felix, 2019 ABCA 458, 98 Alta L.R. (6th) 136 (la juge Antonio, avec l’accord des juges Paperny, Watson, Slatter et Crighton)*

[215] La Cour d’appel a annulé la peine de sept ans d’emprisonnement infligée à M. Felix. Suivant la Cour d’appel, le juge du procès avait choisi des cas de comparaison [TRADUCTION] « incorrects » pour conclure que la fourchette de peines applicable était de cinq à sept ans : par. 72. La Cour d’appel a relevé trois erreurs découlant de la façon dont le juge du procès [TRADUCTION] « directement traité les précédents qu’il a examinés » (par. 72-73), en l’occurrence :

- en ne distinguant pas adéquatement le trafic commercial de drogues du trafic de drogues à grande échelle dans sa sélection des cas de comparaison;
- en ne tenant pas compte du rôle que l’accusé jouait au sein de l’organisation, notamment en se servant des peines infligées à ses « passeurs » comme exemples directs de comparaison;
- en comptant en double la circonstance atténuante que constituait le plaidoyer de culpabilité, en s’en servant pour réduire la peine à la lumière des précédents dont il avait déjà tenu compte pour réduire la peine du fait du plaidoyer de culpabilité.

[216] La Cour d’appel a en outre estimé que [TRADUCTION] « [c]es erreurs se sont traduites par une peine manifestement non indiquée » : par. 73.

[217] La Cour d’appel a ensuite infligé une nouvelle peine à M. Felix à la lumière du point de

set. It held that Felix’s role at the top of his organization was a “weighty aggravating factor”: para. 75. In stark contrast to the trial judge’s findings, the Court of Appeal found that there was “little to offer in mitigation”: para. 76. The Court of Appeal found reference letters that the trial judge called an “impressive collection” (para. 35) to be of “little mitigating value”, containing “inaccurate assumptions about Mr. Felix’s character and contribution to the community” (para. 77). In sum, the Court of Appeal found that a fit sentence would have been 13 years but reduced this to 10 years; the sentence the Crown sought at trial: paras. 79, 82.

C. R. v. Parranto, 2018 ABQB 863 (Ouellette J.)

[218] Like the trial judge in Felix’s case, the trial judge in Parranto’s case was clearly aware of the dangers of fentanyl, noting its addictive nature, potential to cause death, and the rise of fentanyl-related deaths in recent years: paras. 49-52 and 66-67 (CanLII). He found that the primary focus needed to be denunciation and deterrence: para. 66. As the trial judge stated:

The fact that at least one person dies every day from a fentanyl-related death requires condemnation of the people who are in the business of selling fentanyl. [para. 66]

[219] Once again, the trial judge clearly viewed wholesale fentanyl trafficking to be a very grave offence.

[220] In terms of Parranto’s moral culpability, the trial judge found him to be a “middleman in wholesale fentanyl trafficking” because, while Parranto was not on the “low end” of moral culpability, he

départ de neuf ans qu’elle avait fixé. D’après elle, le rôle que M. Felix avait joué au sommet de son organisation constituait une [TRADUCTION] « circonstance aggravante importante » : par. 75. Exprimant une opinion diamétralement opposée à celle du juge du procès, la Cour d’appel a conclu qu’il y avait [TRADUCTION] « fort peu de circonstances atténuantes » : par. 76. La Cour d’appel a estimé que la [TRADUCTION] « collection impressionnante » (par. 35) de lettres de recommandation, aux dires du juge du procès, constituait « une circonstance atténuante négligeable », car ces lettres renfermaient « des suppositions inexactes sur la personnalité de M. Felix et sur sa contribution à la collectivité » (par. 77). En somme, la Cour d’appel a conclu que la peine juste aurait été de 13 ans d’emprisonnement; elle a toutefois ramené cette peine à 10 ans, soit la peine que la Couronne avait réclamée au procès : par. 79-82.

C. R. c. Parranto, 2018 ABQB 863 (le juge Ouellette)

[218] À l’instar du juge du procès dans le cas de M. Felix, le juge du procès saisi du cas de M. Parranto était pleinement conscient des dangers du fentanyl, signalant la forte accoutumance qu’il crée et les risques de mort qu’il comporte. Il a notamment fait état de la hausse des décès liés au fentanyl au cours des dernières années : par. 49-52 et 66-67 (CanLII). Il a estimé qu’il fallait d’abord et avant tout insister sur la dénonciation et la dissuasion : par. 66. Ainsi qu’il l’a affirmé :

[TRADUCTION] Le fait qu’au moins une personne meurt chaque jour du fentanyl exige que l’on dénonce les individus qui en font le trafic. [par. 66]

[219] Là encore, le juge du procès a clairement considéré le trafic de fentanyl à grande échelle comme une infraction très grave.

[220] En ce qui concerne la culpabilité morale de M. Parranto, le juge du procès a conclu qu’il était [TRADUCTION] « un intermédiaire dans le trafic de fentanyl à grande échelle », étant donné que, même si

was less morally culpable than those producing or importing fentanyl: para. 69.

[221] Like in Felix’s case, the trial judge in Parranto’s case deduced a range of five to seven years for wholesale fentanyl trafficking: para. 65.

[222] The trial judge then identified a number of aggravating and mitigating circumstances. He found it aggravating that Parranto had a criminal record and committed his second set of offences while on release for the first set: paras. 77-79. He found one “significant” mitigating factor in the form of Parranto’s early guilty pleas and the remorse they showed: paras. 80-81. He also found that Parranto’s Métis heritage was a mitigating factor and that Parranto’s addiction was relevant to sentence, even if it was not a “true mitigating circumstance”: paras. 82-83.

[223] The trial judge then turned to the task of crafting a fit sentence for Parranto. The trial judge’s approach was clear and methodical with respect to the weight he afforded to each relevant factor. He first determined what would be fit sentences for each set of offences charged without regard to mitigating circumstances and the totality principle. For the first set of offences, the trial judge found that a fit sentence would be nine years: seven years for the fentanyl trafficking, two years consecutive for the firearms charges, with concurrent sentences for the breaches of the court order and recognizance: paras. 88-89. For the second set of offences, the trial judge found that a fit sentence would be 11 years: 8 years for fentanyl trafficking, 3 years consecutive for the firearms charges, and again, concurrent sentences for the breaches of the court order and recognizance: para. 90.

son degré de culpabilité ne se situait pas à « la limite inférieure » de l’échelle de la culpabilité morale, il était moins coupable moralement que ceux qui produisent ou importent du fentanyl : par. 69.

[221] Tout comme dans le cas de M. Felix, le juge du procès dans celui de M. Parranto a conclu que l’échelle de peines applicable pour le trafic de fentanyl à grande échelle était de cinq à sept ans : par. 65.

[222] Le juge du procès a ensuite énuméré un certain nombre de circonstances aggravantes et de circonstances atténuantes. Il a considéré comme une circonstance aggravante le fait que M. Parranto avait un casier judiciaire et qu’il avait commis sa deuxième série d’infractions alors qu’il était en liberté relativement à la première série : par. 77-79. Il a considéré comme une circonstance atténuante [TRADUCTION] « importante » le fait que M. Parranto avait rapidement reconnu sa culpabilité et qu’il avait exprimé des remords : par. 80-81. Il a également conclu que l’héritage métis de M. Parranto était une circonstance atténuante et que l’on pouvait tenir compte de la toxicomanie de M. Parranto pour déterminer sa peine, même s’il ne s’agissait pas d’une [TRADUCTION] « véritable circonstance atténuante » : par. 82-83.

[223] Le juge du procès s’est ensuite mis à élaborer une peine juste pour M. Parranto. La démarche qu’il a employée était claire et méthodique pour ce qui est du poids qu’il a accordé à chacun des facteurs pertinents. Il a d’abord déterminé quelle peine serait juste pour chaque série d’infractions reprochées indépendamment des circonstances atténuantes et du principe de totalité. Pour la première série d’infractions, le juge du procès a conclu que la peine juste serait de neuf ans : sept ans pour le trafic de fentanyl, deux ans pour les accusations relatives aux armes à feu, à purger consécutivement, ainsi que des peines concurrentes pour les violations de l’ordonnance judiciaire et de l’engagement : par. 88-89. Pour la seconde série d’infractions, le juge du procès a estimé qu’une peine juste serait de 11 ans — 8 ans pour le trafic de fentanyl, 3 ans à purger consécutivement pour les accusations relatives aux armes à feu, et, là encore, des peines concurrentes pour les violations de l’ordonnance judiciaire et de l’engagement : par. 90.

[224] Therefore, the notional global sentence, before considering mitigation and totality, was a 20-year prison sentence.

[225] The trial judge then turned to the mitigating circumstances and totality. He took up the Crown's initial suggestion to reduce the sentence by one-third in light of the remorse shown by Parranto's guilty pleas, leaving a sentence of 13.2 years: para. 92. He reduced this to 12 years given Parranto's Métis heritage and addiction: paras. 93-94. Finally, the sentence was reduced by another year on the basis of totality, leaving an 11-year global sentence: paras. 95-96.

D. *R. v. Parranto, 2019 ABCA 457, 98 Alta L.R. (6th) 114 (Watson J.A., Paperny, Slatter, Crighton and Antonio J.J.A. concurring)*

[226] The Court of Appeal overturned Parranto's sentence, finding that the trial judge made a "series of interrelated errors", with the "principal error aris[ing] in his handling of the starting point approach": para. 24. The Court of Appeal further held that the sentence was demonstrably unfit as it did not "serve the objectives of denunciation, deterrence . . . or protection of the public": para. 25.

[227] The Court of Appeal identified four errors in principle in the trial judge's reasons. First, the trial judge's finding that knowledge of potential harm should not be imputed to Parranto was dismissed as a "matter of conjecture": paras. 46-47. Second, the trial judge's use of Parranto's addiction to reduce the sentence was critiqued for resting on a "questionable" evidential basis: paras. 51-52. Third, the Court of Appeal held that there was "no clear foundation" for the trial judge to use Parranto's Métis heritage as a mitigating factor: para. 53. Fourth and finally, the Court of Appeal found a number of errors in the trial judge's totality analysis. Totality, the Court of Appeal said, is a "concept" rather than a "principle", and as such "does not outweigh sentencing principles":

[224] Par conséquent, la peine globale théorique, avant de tenir compte des circonstances atténuantes et du principe de totalité, était une peine d'emprisonnement de 20 ans.

[225] Le juge du procès s'est ensuite penché sur les circonstances atténuantes et le principe de totalité. Il a repris à son compte la suggestion initiale de la Couronne de réduire du tiers la peine compte tenu des remords qu'avait exprimés M. Parranto en plaidant coupable, de sorte qu'on se retrouvait avec une peine de 13,2 ans : par. 92. Il a ramené ce chiffre à 12 ans, compte tenu de l'héritage métis de M. Parranto et de son problème de toxicomanie : par. 93-94. Enfin, il a retranché une autre année à la peine eu égard au principe de totalité, pour finalement infliger une peine globale de 11 ans : par. 95-96.

D. *R. c. Parranto, 2019 ABCA 457, 98 Alta L.R. (6th) 114 (le juge Watson, avec l'accord des juges Paperny, Slatter, Crighton et Antonio)*

[226] La Cour d'appel a annulé la peine de M. Parranto, estimant que le juge du procès avait commis [TRADUCTION] « une série d'erreurs interreliées » dont la « principale découla[it] de la façon dont il a utilisé la méthode des points de départ » : para. 24. La Cour d'appel a également conclu que la peine était manifestement non indiquée, étant donné qu'elle ne [TRADUCTION] « répond[ait] pas aux objectifs de la dénonciation, de la dissuasion et de [. . .] la protection du public » : para. 25.

[227] La Cour d'appel a relevé quatre erreurs de principe dans les motifs du juge du procès. Premièrement, elle a rejeté comme [TRADUCTION] « purement conjecturale » la conclusion du juge du procès selon laquelle on ne devait pas imputer à M. Parranto la connaissance des méfaits potentiels du fentanyl : par. 46-47. Deuxièmement, la Cour d'appel a reproché au juge du procès le fait qu'il s'était servi de la dépendance de M. Parranto pour réduire sa peine, estimant que cette décision reposait sur un fondement probatoire [TRADUCTION] « douteux » : par. 51-52. Troisièmement, la Cour d'appel a estimé qu'il n'y avait [TRADUCTION] « aucun fondement évident » permettant au juge du procès de considérer l'héritage métis de M. Parranto comme une

para. 54. According to the Court of Appeal, the trial judge erred by using totality “multiple times”, resulting in “free rides” for certain offences: para. 56.

[228] In the end, the Court of Appeal increased Parranto’s global sentence to the 14 years initially sought by the Crown at trial: paras. 68-69.

II. Analysis

[229] The principles governing appellate sentencing review are well-settled. Appellate courts can only intervene if the trial judge has erred in principle in a way that impacted the sentence or if the sentence was demonstrably unfit: *Lacasse*, at paras. 43-44 and 52-55.

[230] Errors in principle include errors of law, the failure to consider a relevant factor, the erroneous consideration of aggravating or mitigating factors, and unreasonable weighing or balancing of different factors: *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at para. 26. A trial judge has not erred in principle simply because the appellate court would have weighed the relevant factors differently: *Lacasse*, at para. 49. Appellate intervention on the basis of the weight or emphasis given to different factors will only be justified if the trial judge exercised their discretion unreasonably: *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 46, citing *R. v. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (Ont. C.A.), per Laskin J.A. Similarly, where the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, does not dictate otherwise, the sentencing judge has discretion over which sentencing objectives in s. 718 to prioritize, such as denunciation, deterrence, and rehabilitation, and how much weight to afford to the secondary sentencing

circonstance atténuante : par. 53. Quatrièmement, et finalement, la Cour d’appel a relevé plusieurs erreurs dans l’analyse du principe de totalité effectuée par le juge du procès. La Cour d’appel a précisé que la totalité est un [TRADUCTION] « concept » et non un « principe », et qu’à ce titre elle « ne saurait avoir préséance sur les principes de détermination de la peine » : par. 54. Selon la Cour d’appel, le juge du procès a commis une erreur en appliquant le principe de totalité [TRADUCTION] « de façon répétée », de sorte qu’il a donné un « laisser-passer » à certaines infractions : par. 56.

[228] En fin de compte, la Cour d’appel a porté à 14 ans la peine globale de M. Parranto, comme la Couronne l’avait initialement réclamée au procès : par. 68-69.

II. Analyse

[229] Les principes régissant le contrôle en appel des peines sont bien établis. Les cours d’appel ne peuvent intervenir que si le juge du procès a commis une erreur de principe ayant une incidence sur la détermination de la peine ou si la peine était manifestement non indiquée : *Lacasse*, par. 43-44 et 52-55.

[230] 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’une circonstance aggravante ou atténuante, et le fait d’avoir mal soupesé ou mis en balance divers facteurs : *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, par. 26. Le juge du procès ne commet pas d’erreur de principe simplement parce que la cour d’appel aurait attribué un poids différent aux facteurs pertinents : *Lacasse*, par. 49. La Cour d’appel peut intervenir en raison de l’insistance mise sur différents facteurs ou du poids qui leur est accordé uniquement si le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable : *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 46, citant *R. c. McKnight* (1999), 135 C.C.C. (3d) 41 (C.A. Ont.), le juge Laskin. De même, sauf disposition contraire du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le juge chargé de déterminer la peine a le pouvoir discrétionnaire de décider lesquels, parmi

principles in s. 718.2, such as parity and restraint: *Lacasse*, at paras. 54-55; *Nasogaluak*, at para. 43.

[231] It is also not an error in principle to use the “wrong” sentencing range. The choice of a sentencing range is a matter that falls within the trial judge’s discretion and an appellate court cannot intervene just because it would have used a different range: *Lacasse*, at para. 51; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 52.

[232] Even if an error in principle is found, this does not necessarily permit appellate intervention. Deference must still be shown to the original sentence unless the error in principle impacted the sentence imposed: *Lacasse*, at paras. 43-44.

[233] In the absence of any errors in principle that impacted the sentence, an appellate court can only intervene if the sentence imposed is demonstrably unfit. A sentence is demonstrably unfit where it constitutes an unreasonable departure from the fundamental principle that a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender: *Lacasse*, at paras. 53-55; *Criminal Code*, s. 718.1.

[234] A sentence is not demonstrably unfit simply because it falls outside of a particular sentencing range. A proportionate sentence must reconcile the principles of individualization and parity: the trial judge must calibrate a sentence that is proportionate for *this* offence by *this* offender, while also being consistent with sentences for similar offences in similar circumstances: *Lacasse*, at para. 53. However, parity is a secondary sentencing principle, subordinate to proportionality (*Lacasse*, at para. 54), and cannot “be given priority over the principle of deference to the trial judge’s exercise of discretion”: *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, at para. 35.

les objectifs de la détermination de la peine énumérés à l’art. 718, il entend privilégier, tels que la dénonciation, la dissuasion et la réinsertion sociale, et le poids qu’il souhaite accorder aux principes secondaires de la détermination de la peine prévus à l’art. 718.2, tels que la parité et la modération quant au recours à l’emprisonnement : *Lacasse*, par. 54-55; *Nasogaluak*, par. 43.

[231] Utiliser la « mauvaise » fourchette de peines ne constitue pas non plus une erreur de principe. Le choix de la fourchette de peines relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, et une cour d’appel ne peut intervenir simplement parce qu’elle aurait employé une autre fourchette de peines : *Lacasse*, par. 51; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 52.

[232] Même si elle constate une erreur de principe, la cour d’appel n’est pas pour autant nécessairement autorisée à intervenir. Elle doit quand même faire preuve de déférence à l’égard de la peine qui a été infligée à moins que l’erreur de principe n’ait eu une incidence sur cette peine : *Lacasse*, par. 43-44.

[233] À défaut d’erreur de principe ayant une incidence sur la peine, la cour d’appel ne peut intervenir que si la peine infligée est manifestement non indiquée. Une peine est manifestement non indiquée si elle déroge de manière déraisonnable au principe fondamental selon lequel la peine doit être proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant : *Lacasse*, par. 53-55; *Code criminel*, art. 718.1.

[234] Une peine n’est pas manifestement non indiquée simplement parce qu’elle ne relève pas d’une fourchette de peines particulière. Pour être jugée proportionnée, la peine doit concilier les principes de l’individualisation et de la parité : le juge du procès doit moduler une peine proportionnée pour *cette* infraction, commise par *ce* délinquant, tout en étant aussi compatible avec les peines infligées pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables : *Lacasse*, par. 53. Toutefois, la parité est un principe secondaire en matière de détermination de la peine qui est subordonné au principe de la proportionnalité (par. 54), et on ne peut

As LeBel J. explained in *L.M.*, “[t]he principle of parity does not preclude disparity *where warranted by the circumstances*: para. 36 (emphasis in original), citing F. Dadour, *De la détermination de la peine: principes et applications* (2007), at p. 18.

[235] However, sentences that significantly depart from an established sentencing range or starting point may signal potential fitness concerns. Sentencing ranges and starting points are tools to provide busy trial judges with a jurisprudential view of the gravity of the offence. Sentencing ranges provide trial judges with “historical portraits” of how past judges have applied the principles and objectives of sentencing in similar circumstances: *Lacasse*, at para. 57. Similarly, a properly applied starting point represents appellate guidance regarding the gravity of a given type of offence: Brown and Martin JJ.’s reasons, at paras. 20 and 44. When a sentence significantly departs from a range or starting point, there is an understandable concern that the trial judge may have exercised their discretion unreasonably in some way.

[236] A significant deviation does not necessarily reflect a demonstrably unfit sentence. As this Court stated in *Lacasse*, deviation from a range cannot justify appellate intervention “unless the sentence that is imposed departs significantly and for no reason from the contemplated sentences. Absent an error in principle, an appellate court may not vary a sentence unless the sentence is demonstrably unfit”: para. 67. Even though the starting point reflects appellate guidance regarding the gravity of the offence, where there is a significant deviation, appellate review must be conducted in accordance with the ordinary sentencing standard of review. If, for example, the deviation results from an unreasonably lenient view of the gravity of the offence, or from unreasonably minimizing the offender’s moral blameworthiness, then the sentence will be an unreasonable departure from

le « prioriser [. . .] au détriment de la règle du respect de la discrétion du juge de procès » : *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, par. 35. Ainsi que le juge LeBel l’a expliqué dans l’arrêt *L.M.*, « le principe de la parité n’interdit pas la disparité *si les circonstances le justifient* » : par. 36 (souligné dans l’original), citant F. Dadour, *De la détermination de la peine : principes et applications* (Markham (Ont.) : LexisNexis, 2007), p. 18.

[235] Toutefois, la peine qui s’écarte de façon marquée d’une fourchette de peines ou d’un point de départ établi risque de susciter des doutes quant à sa justesse. Les fourchettes de peines et les points de départ sont des outils qui fournissent aux juges de première instance occupés un point de vue jurisprudential concernant la gravité de l’infraction. Les fourchettes de peines fournissent aux juges chargés de déterminer la peine un « portrait historique » de la façon dont d’autres juges avant eux ont appliqué les principes et les objectifs de la détermination de la peine dans des cas semblables : *Lacasse*, par. 57. De même, lorsqu’il est bien appliqué, le point de départ constitue une indication donnée par la cour d’appel sur la gravité d’un type d’infraction donné : motifs des juges Brown et Martin, par. 20 et 44. Lorsqu’une peine s’écarte sensiblement d’une fourchette de peines ou d’un point de départ, on peut à juste titre craindre que le juge du procès ait exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable.

[236] Un écart important ne se traduit pas nécessairement par une peine manifestement non indiquée. Comme notre Cour l’a indiqué dans l’arrêt *Lacasse*, une dérogation à une fourchette de peines ne saurait justifier l’intervention de la cour d’appel, « à moins que la peine infligée ne s’écarte nettement et sans motif de celles prévues. En effet, en l’absence d’une erreur de principe, une cour d’appel ne peut modifier une peine que si celle-ci est manifestement non indiquée » : par. 67. Même si le point de départ reflète les orientations données par les cours d’appel sur la gravité de l’infraction, en cas d’écart important, le contrôle en appel doit s’effectuer conformément à la norme habituelle de contrôle en matière de détermination de la peine. Si, par exemple, l’écart découle d’une perception excessivement indulgente de la gravité de l’infraction ou d’une minimisation

the proportionality principle and will be demonstrably unfit. If, on the other hand, the deviation stems from heavy but reasonable emphasis on mitigating factors and rehabilitative principles, appellate intervention is not justified.

[237] In other words, whether a sentence is demonstrably unfit is a qualitative rather than a quantitative assessment. What matters is whether the trial judge imposed a proportionate sentence by reasonably appreciating the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender in the specific circumstances of the case: *Lacasse*, at paras. 58 and 67; *Nasogaluak*, at para. 44; *L.M.*, at para. 36. If the trial judge has done so then appellate intervention is not justified, regardless of how far the sentence deviates from a range or starting point: *Lacasse*, at paras. 53 and 67; *Brown and Martin JJ.’s reasons*, at paras. 29-30 and 38.

III. Application

[238] In my view, the Court of Appeal was not justified in intervening in either case. None of the purported errors in principle are borne out on a fair reading of the trial judge’s reasons and neither sentence was demonstrably unfit. I begin with Felix’s appeal and then turn to Parranto’s appeal.

A. *Felix*

[239] In my view, the trial judge did not err in principle. The Court of Appeal identified three errors in principle in the trial judge’s analysis but all three stem from the trial judge’s purportedly “incorrect” identification of the five- to seven-year range: paras. 72-73. Similarly, my colleagues say the trial judge should have used the “more accurate” 8- to 15-year range: *Brown and Martin JJ.’s reasons*, at para. 68. However, the range chosen was within the trial judge’s discretion and the Court of Appeal could

déraisonnable de la culpabilité morale du contrevenant, la peine sera considérée comme dérogeant de façon déraisonnable au principe de la proportionnalité et comme manifestement non indiquée. Si, en revanche, l’écart découle de l’importance considérable, mais raisonnable, accordée aux circonstances atténuantes et aux principes de réinsertion sociale, l’intervention de la cour d’appel n’est pas justifiée.

[237] En d’autres termes, la réponse à la question de savoir si la peine est manifestement non indiquée relève d’une appréciation qualitative plutôt que quantitative. Ce qui importe, c’est de savoir si le juge du procès a infligé une peine proportionnée en appréciant raisonnablement la gravité de l’infraction, le degré de responsabilité du délinquant et les circonstances particulières de l’espèce : *Lacasse*, par. 58, 67; *Nasogaluak*, par. 44; *L.M.*, par. 36. Si le juge du procès s’est acquitté ainsi de sa tâche, l’intervention de la cour d’appel n’est pas justifiée, et ce, peu importe l’ampleur de l’écart de la peine par rapport à la fourchette de peines ou au point de départ : *Lacasse*, par. 53 et 67; motifs des juges *Brown et Martin*, par. 29-30 et 38.

III. Application

[238] À mon avis, la Cour d’appel n’était pas justifiée d’intervenir dans l’un ou l’autre cas. Une lecture objective des motifs du juge du procès ne permet de confirmer aucune des présumées erreurs de principe et aucune des peines n’était manifestement non indiquée. Je vais commencer par le pourvoi formé par M. Felix, pour ensuite examiner celui de M. Parranto.

A. *Monsieur Felix*

[239] À mon avis, le juge du procès n’a pas commis d’erreur de principe. La Cour d’appel a relevé trois erreurs de principe dans l’analyse du juge du procès, mais toutes trois découlaient de la fourchette soit-disant « incorrecte » de cinq à sept ans choisie par le juge du procès : par. 72-73. De même, mes collègues affirment que le juge du procès aurait dû employer une fourchette de peines « plus exacte » se situant entre 8 et 15 ans : motifs des juges *Brown et Martin*, par. 68. La fourchette de peines choisie

only intervene if the sentence was demonstrably unfit: *Lacasse*, at para. 51; *Lloyd*, at para. 52.

[240] Nor was the seven-year sentence demonstrably unfit. As I have explained, the trial judge demonstrated his appreciation of the severity of Felix's offences, commenting on the dangers of fentanyl and the seriousness of the drug trafficking: paras. 37-39. He also recognized Felix's "significantly aggravating" degree of moral blameworthiness and culpability (paras. 40-42) and the need to "strongly denounce" and deter this conduct (para. 82). In my view, it cannot be said that the trial judge took such a lenient view of wholesale fentanyl trafficking or minimized Felix's culpability to such a degree that the sentence was an unreasonable departure from the proportionality principle: see *Lacasse*, at para. 53. Rather, the reason the sentence imposed was seven years — and not longer — was because of the trial judge's weighty but reasonable emphasis on the mitigating factors and rehabilitative principles: paras. 48 and 83. That other judges may have weighed those factors differently does not justify appellate intervention.

[241] My colleagues suggest that "[i]t is clear the sentencing judge misapprehended the gravity of the offence": Brown and Martin JJ.'s reasons, at para. 67. However, such a conclusion has no foundation in the trial judge's reasons. Rather, it seems to stem solely from the trial judge's failure to use the "more accurate" range that my colleagues would have used. Just as the choice of a range itself cannot be an error in principle and does not render a sentence demonstrably unfit, it cannot be said that the choice of the "wrong" range demonstrates a misapprehension of the gravity of the offence. To find otherwise, in my view, is directly contrary to this Court's continuous line of authority in *L.M.*, *Nasogaluak*, *Lacasse*, and *Friesen*.

relevait toutefois du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, et la Cour d'appel ne pouvait intervenir que si la peine était manifestement non indiquée : *Lacasse*, par. 51; *Lloyd*, par. 52.

[240] La peine de sept ans d'emprisonnement n'était pas non plus manifestement non indiquée. Comme je l'ai expliqué, le juge du procès a montré qu'il était conscient de la gravité des infractions commises par M. Felix, en mentionnant les dangers du fentanyl et la gravité du trafic de drogue : par. 37-39. Il a également reconnu que le degré de culpabilité morale de M. Felix était [TRADUCTION] « particulièrement aggravant » (par. 40-42) et a souligné la nécessité de « dénoncer fermement » et de dissuader de tels actes (par. 82). À mon avis, on ne peut dire que le juge du procès s'est montré si indulgent à l'égard du trafic de fentanyl à grande échelle ou qu'il a minimisé la culpabilité de M. Felix à un point tel que la peine dérogeait de façon déraisonnable au principe de la proportionnalité : voir *Lacasse*, par. 53. La raison pour laquelle il a infligé une peine de sept ans d'emprisonnement — et non une peine plus longue — tient plutôt à l'importance considérable, mais raisonnable, qu'il a accordée aux circonstances atténuantes et aux principes de réinsertion sociale : par. 48 et 83. Le fait que d'autres juges auraient pu soupeser ces facteurs différemment ne justifie pas l'intervention de la cour d'appel.

[241] Selon mes collègues, « [i]l est évident que le juge chargé de déterminer la peine n'a pas bien saisi la gravité de l'infraction » : motifs des juges Brown et Martin, par. 67. Cette conclusion ne trouve toutefois aucun appui dans les motifs du juge du procès. Elle semble plutôt découler uniquement du fait que le juge du procès n'a pas utilisé la fourchette de peines « plus exacte » que mes collègues auraient utilisée. Tout comme le choix d'une fourchette de peines ne peut en soit être considéré comme une erreur de principe et faire en sorte qu'une peine devient manifestement non indiquée, on ne peut pas dire que le choix de la « mauvaise » fourchette de peines démontre que le juge a mal saisi la gravité de l'infraction. Conclure autrement va selon moi directement à l'encontre de la jurisprudence constante de notre Cour, soit les arrêts *L.M.*, *Nasogaluak*, *Lacasse* et *Friesen*.

[242] The Court of Appeal did not take issue with the trial judge’s appreciation of the gravity of Felix’s offences. Where the opinion of the Court of Appeal differed from that of the trial judge was with regard to the mitigating factors. The trial judge found multiple strong mitigating factors, including Felix’s “extremely promising” prospects of rehabilitation: para. 48. Conversely, the Court of Appeal found that there was “little to offer in mitigation”: para. 76. In the absence of errors in principle though, it was not open to the Court of Appeal to reweigh these mitigating factors. The trial judge’s sentence, even if it significantly departed from the “correct” range or starting point, represented a reasonable appreciation of the gravity of the offence and Felix’s degree of responsibility.

[243] In sum, while the original sentence certainly could have been longer, the trial judge made no errors in principle that impacted the sentence and it was not demonstrably unfit. I would therefore allow the appeal and restore the original sentence.

B. *Parranto*

[244] As with Felix, the Court of Appeal and my colleagues take issue with the trial judge’s selection of a five- to seven-year range in Parranto’s case: C.A. reasons, at para. 30; Brown and Martin JJ.’s reasons, at para. 77. Again, the choice of a range was within the trial judge’s discretion. This choice is not itself an error in principle, nor does it indicate a misapprehension of the gravity of the offences.

[245] In my view, the sentence was not demonstrably unfit. The trial judge appreciated the gravity of Parranto’s offences and his moral blameworthiness. The trial judge’s initial notional sentence for the fentanyl offences, before considering mitigating factors and totality, was 15 years. This lengthy notional

[242] La Cour d’appel n’a rien trouvé à redire au sujet de l’appréciation que le juge du procès a faite de la gravité des infractions commises par M. Felix. La Cour d’appel avait une opinion différente de celle du juge du procès sur les circonstances atténuantes. Le juge du procès a constaté l’existence d’un grand nombre de circonstances atténuantes solides, notamment le potentiel de réinsertion sociale [TRADUCTION] « extrêmement prometteur » de M. Felix : para. 48. En revanche, la Cour d’appel a estimé qu’il y avait [TRADUCTION] « fort peu de circonstances atténuantes » : para. 76. Toutefois, à défaut d’erreur de principe, il n’était pas loisible à la Cour d’appel de soupeser à nouveau ces circonstances atténuantes. Même si elle s’écartait considérablement de la fourchette de peines ou du point de départ « corrects », la peine infligée par le juge du procès témoignait d’une appréciation raisonnable de la gravité de l’infraction et du degré de responsabilité de M. Felix.

[243] En somme, bien que la peine initiale ait certainement pu être plus longue, le juge du procès n’a pas commis d’erreur de principe ayant eu une incidence sur la peine, et celle-ci n’était pas manifestement non indiquée. Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir la peine initiale.

B. *Monsieur Parranto*

[244] Comme dans le cas de M. Felix, la Cour d’appel et mes collègues contestent la fourchette de peines de cinq à sept ans retenue par le juge ayant présidé le procès de M. Parranto : motifs de la C.A., par. 30; motifs des juges Brown et Martin, par. 77. Là encore, le choix de la fourchette de peines relevait du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Ce choix ne constitue pas en soi une erreur de principe, et il n’indique pas non plus que le juge du procès a mal saisi la gravité des infractions.

[245] À mon avis, la peine n’était pas manifestement non indiquée. Le juge du procès a apprécié la gravité des infractions commises par M. Parranto, ainsi que sa culpabilité morale. La peine théorique initiale retenue par le juge du procès pour les infractions relatives au fentanyl, avant de tenir compte des

sentence represents an appropriately grave view of grave offences.

[246] Indeed, neither the Court of Appeal nor my colleagues appear to take issue with the trial judge's notional sentence. Rather, their concerns arise with what it was reduced to after the trial judge considered the mitigating factors and totality.

[247] The Court of Appeal took issue with the trial judge's use of three mitigating factors: (i) Parranto's lack of knowledge of the harms of fentanyl; (ii) Parranto's addiction; and (iii) Parranto's Métis heritage (paras. 46-47 and 51-53). However, all three critiques impermissibly intrude upon the trial judge's factual findings.

[248] First, the trial judge found that "it would be wrong to impute knowledge of potential harm to Mr. Parranto": para. 68. The Court of Appeal disagreed, dismissing this finding as a "matter of conjecture": para. 47. In the absence of palpable and overriding error though, the Court of Appeal was required to defer to the trial judge's factual findings and was not entitled to disagree.

[249] Furthermore, the Court of Appeal found that the trial judge erred in using Parranto's addiction as a mitigating factor because of its "questionable" evidentiary basis: para. 52. Again, this was not open to the Court of Appeal. The trial judge made a factual finding that Parranto suffered from addiction: paras. 48, 83 and 93. The Court of Appeal was obliged to respect that finding absent palpable and overriding error.

[250] Similarly, the Court of Appeal faulted the trial judge for using Parranto's Métis heritage as a mitigating factor: para. 53. This seemed to be rooted in the Court of Appeal's concern that the defence did

circstances atténuantes et du principe de totalité, était de 15 ans. Cette peine théorique longue montre que le juge du procès a bien saisi la gravité des infractions.

[246] D'ailleurs, ni la Cour d'appel ni mes collègues ne semblent s'opposer à la peine théorique fixée par le juge du procès. Ils lui reprochent plutôt d'avoir réduit cette peine après avoir tenu compte des circonstances atténuantes et du principe de totalité.

[247] La Cour d'appel a reproché au juge du procès d'avoir tenu compte des trois circonstances atténuantes suivantes : (i) le manque de connaissance de M. Parranto quant aux méfaits du fentanyl; (ii) la toxicomanie de M. Parranto; (iii) l'héritage métis de M. Parranto (par. 46-47 et 51-53). Ces trois reproches constituent toutefois une ingérence injustifiée dans les conclusions de fait du juge du procès.

[248] Premièrement, le juge du procès a estimé que [TRADUCTION] « ce serait une erreur d'imputer à M. Parranto la connaissance des méfaits potentiels associés au fentanyl » : par. 68. La Cour d'appel s'est dite en désaccord et a écarté cette conclusion comme étant [TRADUCTION] « purement conjecturale » : par. 47. Toutefois, à défaut d'erreur manifeste et déterminante, la Cour d'appel était tenue de s'en remettre aux conclusions de fait du juge du procès et elle n'avait pas le droit d'exprimer son désaccord.

[249] De plus, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en considérant que la toxicomanie de M. Parranto était une circonstance atténuante, en raison du fondement probatoire [TRADUCTION] « douteux » de celle-ci : par. 52. Là encore, il n'était pas loisible à la Cour d'appel de tirer une telle conclusion. Le juge du procès a tiré une conclusion factuelle selon laquelle M. Parranto était aux prises avec un problème de dépendance : par. 48, 83 et 93. La Cour d'appel était tenue de respecter cette conclusion en l'absence d'une erreur manifeste et déterminante.

[250] De même, la Cour d'appel a reproché au juge du procès de considérer l'héritage métis de M. Parranto comme une circonstance atténuante : par. 53. Ce reproche semble prendre sa source dans

not request a *Gladue* report at trial: para. 5. However, the Crown conceded that Parranto's Métis heritage was a mitigating factor (trial reasons, at para. 82) — a fair concession given this Court's direction to take judicial notice of the systemic factors that affect Indigenous persons: *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at paras. 59-60. The trial judge evidently found there was a sufficient factual basis to make this finding even in the absence of a *Gladue* report. Once again, it was not open to the Court of Appeal to disagree.

[251] Finally, the Court of Appeal identified an error in principle in the trial judge's totality analysis. However, the Court of Appeal began from the erroneous premise that totality is a "concept" that "does not outweigh sentencing principles": para. 54. On the contrary, totality is indeed a sentencing principle — it is a function of the fundamental principle of proportionality that is engaged when consecutive sentences are imposed: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 42; *Friesen*, at paras. 157-58. Different judges may have approached totality differently in this case but that does not mean the trial judge erred in his analysis, nor that the sentence was demonstrably unfit.

[252] Again, Parranto certainly could have received a longer sentence but that is not the test. The trial judge did not err in principle and the sentence was not demonstrably unfit. The original sentence should be restored.

IV. Conclusion

[253] For these reasons, I would allow both appeals and restore the original sentences.

la préoccupation de la Cour d'appel que la défense n'avait pas réclamé de rapport *Gladue* au procès : par. 5. Toutefois, la Couronne a concédé que l'héritage métis de M. Parranto constituait effectivement une circonstance atténuante (motifs de première instance, par. 82) — une concession raisonnable étant donné la directive de notre Cour qu'il faut prendre connaissance d'office des facteurs systémiques qui touchent les Autochtones : *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 59-60. Le juge du procès a manifestement estimé qu'il disposait d'un fondement factuel suffisant pour tirer cette conclusion même en l'absence d'un rapport *Gladue*. Encore une fois, il n'était pas loisible à la Cour d'appel d'exprimer son désaccord.

[251] Enfin, la Cour d'appel a estimé que le juge du procès avait commis une erreur de principe dans son analyse du principe de totalité. La Cour d'appel est toutefois partie de la prémisse erronée suivant laquelle la totalité est un [TRADUCTION] « concept » qui « ne saurait avoir préséance sur les principes de détermination de la peine » : par. 54. Au contraire, la totalité est effectivement un principe de détermination de la peine — il se rattache au principe fondamental de la proportionnalité qui entre en jeu lorsque des peines consécutives sont infligées : *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 42; *Friesen*, par. 157-158. Des juges différents auraient pu aborder différemment le principe de totalité dans le cas qui nous occupe, mais il ne s'ensuit pas pour autant que le juge du procès a commis une erreur dans son analyse, ou que la peine était manifestement non indiquée.

[252] Encore une fois, M. Parranto aurait certainement pu être condamné à une peine plus longue, mais ce n'est pas le critère applicable. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur de principe, et la peine n'était pas manifestement non indiquée. Il y a lieu de rétablir la peine initiale.

IV. Conclusion

[253] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir les deux pourvois et de rétablir les peines initiales infligées.

Appeals dismissed, ABELLA and KARAKATSANIS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant Cameron O'Lynn Parranto: Moreau & Company, Edmonton.

Solicitors for the appellant Patrick Douglas Felix: Advocate Law, Red Deer, Alta.

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

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

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

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association: Pringle Chivers Sparks Teskey, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McKay Ferg, Calgary.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services: Aboriginal Legal Services, Toronto.

Solicitor for the intervener the Legal Aid Society of Alberta: Legal Aid Society of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Caissy et Marceau-Bouchard, avocats, Amqui, Que.

Pourvois rejetés, les juges ABELLA et KARAKATSANIS sont dissidentes.

Procureurs de l'appellant Cameron O'Lynn Parranto : Moreau & Company, Edmonton.

Procureurs de l'appellant Patrick Douglas Felix : Advocate Law, Red Deer (Alta.).

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

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

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association : Pringle Chivers Sparks Teskey, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McKay Ferg, Calgary.

Procureur de l'intervenant Aboriginal Legal Services : Aboriginal Legal Services, Toronto.

Procureure de l'intervenante Legal Aid Society of Alberta : Legal Aid Society of Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Caissy et Marceau-Bouchard, avocats, Amqui (Qc).

**Trial Lawyers Association of
British Columbia** *Appellant*

v.

**Royal & Sun Alliance Insurance Company of
Canada** *Respondent*

and

Ontario Trial Lawyers Association *Intervener*

**INDEXED AS: TRIAL LAWYERS ASSOCIATION OF
BRITISH COLUMBIA v. ROYAL & SUN ALLIANCE
INSURANCE COMPANY OF CANADA**

2021 SCC 47

File No.: 38949.

2021: May 17; 2021: November 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Insurance — Motor vehicle insurance — Promissory estoppel — Third party claim — Insured killed in motorcycle accident — Insured had alcohol in his system at time of accident in breach of insurance policy — Insurer becoming aware of insured’s policy breach three years after accident and after having defended insured’s estate in lawsuits relating to accident — Insurer ceasing to defend insured’s estate and denying coverage — Third party injured in accident seeking to recover judgment against insured’s estate from insurer — Whether insurer estopped from denying coverage by its conduct before it had actual knowledge of material facts that constituted breach.

D died in a motorcycle accident. His insurer, Royal & Sun Alliance (“RSA”), proceeded to defend his estate in two lawsuits started by B and another claimant, both injured in the accident. Three years after the accident, and over a year into litigation, RSA learned that D had consumed alcohol immediately prior to the accident, putting him in breach of his insurance policy. RSA promptly

**Trial Lawyers Association of
British Columbia** *Appelante*

c.

**Royal & Sun Alliance du Canada,
société d’assurances** *Intimée*

et

Ontario Trial Lawyers Association
Intervenante

**RÉPERTORIÉ : TRIAL LAWYERS ASSOCIATION
OF BRITISH COLUMBIA c. ROYAL & SUN
ALLIANCE DU CANADA, SOCIÉTÉ D’ASSURANCES**

2021 CSC 47

N° du greffe : 38949.

2021 : 17 mai; 2021 : 18 novembre.

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

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

Assurances — Assurance automobile — Préclusion promissive — Demande émanant d’un tiers — Assuré décédé lors d’un accident de motocyclette — Présence d’alcool dans le sang de l’assuré au moment de l’accident en contravention de la police d’assurance — Assureur informé de la contravention à la police d’assurance trois ans après l’accident et après avoir défendu la succession de l’assuré dans des poursuites liées à l’accident — Assureur cessant de défendre la succession de l’assuré et refusant la couverture — Tiers blessé dans l’accident réclamant à l’assureur le paiement du jugement rendu en sa faveur contre la succession de l’assuré — L’assureur est-il préclus de refuser la couverture en raison de sa conduite avant qu’il n’ait eu véritablement connaissance des faits matériels qui constituaient la contravention?

D est décédé lors d’un accident de motocyclette. Son assureur, la Royal & Sun Alliance (« RSA »), s’est chargé de la défense de sa succession dans deux poursuites intentées par B et un autre demandeur, tous les deux blessés dans l’accident. Trois ans après l’accident, et après plus d’une année de litige, la RSA a appris que D avait consommé de l’alcool immédiatement avant l’accident,

ceased defending D's estate and denied coverage. Nearly three years later, the other claimant's action proceeded to trial, resulting in a judgment against D's estate and against B, and a judgment for B on his cross-claim against D's estate. B sought a declaration of entitlement to recover judgment against RSA on the basis that RSA waived D's breach or was estopped from denying coverage to D's estate. The trial judge granted the declaration and found that RSA had waived its right to deny full coverage by failing to take an off-coverage position and by providing a defence to D's estate as the litigation progressed. Having found waiver by conduct, the trial judge did not consider the estoppel argument. The Court of Appeal allowed RSA's appeal, holding that, at that time, Ontario's *Insurance Act* precluded recognition of waiver by conduct and with respect to estoppel, that RSA's conduct could not amount to a promise or assurance which was intended to affect the parties' legal relationship, as RSA lacked knowledge of D's policy breach when it provided him with a defence. B sought to appeal the decision, but after being granted leave, he reached a settlement agreement with RSA and discontinued his appeal. Trial Lawyers Association of British Columbia asked and was permitted to be substituted as the appellant.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Brown, Rowe and Kasirer JJ.: Waiver by conduct was precluded by statute at the relevant time. With respect to promissory estoppel, RSA could not have intended to alter its legal relationship with B because it lacked knowledge of the facts which demonstrated D's policy breach.

Promissory estoppel requires that (1) the parties be in a legal relationship at the time of the promise or assurance; (2) the promise or assurance be intended to affect that relationship and to be acted on; and (3) the other party in fact relied on the promise or assurance. In the insurance context, estoppel arises most commonly where an insurer, having initially taken steps consistent with coverage, then denies coverage because of the insured's breach of a policy

contrevenant ainsi à sa police d'assurance. La RSA a rapidement cessé de défendre la succession de D et a refusé la couverture. Près de trois ans plus tard, l'action de l'autre demandeur a été instruite, et a résulté en un jugement rendu à l'encontre de la succession de D et à l'encontre de B, ainsi qu'en un jugement en faveur de ce dernier dans sa demande reconventionnelle présentée contre la succession de D. B a sollicité contre la RSA un jugement déclaratoire en vue d'être indemnisé du jugement rendu en sa faveur, au motif que celle-ci avait renoncé à son droit d'invoquer la contravention à la police commise par D ou qu'elle était préclose de refuser la couverture à la succession de D. Le juge de première instance a accordé le jugement déclaratoire et conclu que la RSA avait renoncé à son droit de refuser la couverture, en omettant d'adopter une position de refus de couverture et en offrant une défense à la succession de D à mesure que le litige progressait. Ayant conclu à l'existence d'une renonciation par la conduite, le juge de première instance n'a pas examiné l'argument fondé sur la préclusion. La Cour d'appel a accueilli l'appel de la RSA, jugeant qu'à l'époque, la *Loi sur les assurances* de l'Ontario ne permettait pas d'invoquer la renonciation par la conduite, et, en ce qui concerne la préclusion promissoire, que la conduite de la RSA ne pouvait constituer une promesse ou une assurance destinée à modifier les rapports juridiques des parties, parce que la RSA ne savait pas que D avait contrevenu à sa police d'assurance lorsqu'elle a pris en charge sa défense. B a demandé l'autorisation de faire appel de cette décision, mais après avoir été autorisé à le faire, il a conclu une entente de règlement avec la RSA et s'est désisté de son pourvoi. La Trial Lawyers Association of British Columbia a demandé à se substituer à lui comme appelante et y a été autorisée.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Brown, Rowe et Kasirer : Durant la période pertinente, la loi ne permettait pas d'invoquer la renonciation par la conduite. En ce qui concerne la préclusion promissoire, la RSA ne pouvait pas avoir eu l'intention de modifier ses rapports juridiques avec B, parce qu'elle n'avait pas connaissance des faits qui établissaient la contravention commise par D à l'égard de la police.

La préclusion promissoire nécessite (1) que les parties entretiennent des rapports juridiques au moment de la promesse ou de l'assurance; (2) que la promesse ou l'assurance ait été destinée à modifier ces rapports et à inciter à l'accomplissement de certains actes; et (3) que l'autre partie se soit fiée à la promesse ou à l'assurance. Dans le contexte de l'assurance, la préclusion naît le plus souvent lorsqu'un assureur, ayant initialement entrepris

term or its ineligibility for insurance in the first place. To prevent the insurer from denying coverage, the insured will attempt to show that the insurer is estopped from changing its coverage position based on its prior words or conduct.

To ground promissory estoppel, the requirement that a promise or assurance be intended to affect the parties' legal relationship signifies that the promisor must know of the facts that are said to give rise to that legal relationship, and of the alteration thereto. The significance of intention depends entirely on what the promisor knows. A promisor cannot intend to alter a relationship by promising to refrain from acting on information that it does not have. Constructive knowledge arising from a breach of a duty to investigate is not enough, and to hold otherwise would be to unwisely and unnecessarily undermine the existing duty on insurers owed to insureds to investigate liability claims fairly, in a balanced and reasonable manner. However, where an insurer is shown to be in possession of the facts demonstrating a breach, an inference may be drawn that the insurer, by its conduct, intended to alter its legal relationship with the insured — notwithstanding the fact that the insurer did not realize the legal significance of the facts or otherwise failed to appreciate the terms of its policy with the insured.

The proposed duty to investigate thoroughly and diligently is rejected. It is at odds with the duty owed to the insured to investigate fairly, in a balanced and reasonable manner. There is no basis in law for a third-party claimant to be able to ground an estoppel argument in any alleged breaches of an insurer's duty to its insured. The duty to investigate fairly, in a balanced and reasonable manner, is owed only to the insured, not third parties. Were such a duty owed to third parties, it would sit uneasily, and indeed would undermine the duties of utmost good faith and fair dealing that govern the relationship between the parties to insurance contracts. The obligations between the insurer and the insured are reciprocal; while the insurer has a duty to investigate fairly, in a balanced and reasonable manner, the insured is also under a reciprocal duty to disclose facts material to the claim. To allow third-party claimants to piggy-back onto the relationship between insurer and insured would effectively mean that a contract of liability insurance provides greater protection to, and imposes

des démarches compatibles avec la couverture, refuse ensuite la couverture, parce que l'assuré a contrevenu à une modalité de la police ou parce qu'il n'était pas admissible à l'assurance dès le départ. Pour éviter que l'assureur ne refuse la couverture, l'assuré tentera de démontrer que l'assureur est préclus de modifier sa position à l'égard de la couverture par ses paroles ou par sa conduite antérieure.

Pour fonder un argument de préclusion promissoire, l'exigence selon laquelle la promesse ou l'assurance doit être destinée à modifier les rapports juridiques des parties signifie que l'auteur de la promesse doit connaître les faits qui seraient à l'origine de ces rapports juridiques, et la modification s'y rapportant. L'importance de l'intention dépend entièrement de ce que l'auteur de la promesse sait. L'auteur de la promesse ne peut pas avoir l'intention de modifier des rapports en promettant de s'abstenir d'agir à partir de renseignements dont il ne dispose pas. La connaissance par interprétation découlant d'un manquement à une obligation d'enquêter ne suffit pas, et toute autre conclusion aurait pour effet de miner imprudemment et inutilement l'obligation existante qui pèse sur les assureurs envers les assurés d'enquêter équitablement, et de façon impartiale et raisonnable sur les demandes de règlement en responsabilité. Toutefois, lorsqu'il est établi que l'assureur a en sa possession les faits établissant une contravention, une inférence peut être tirée selon laquelle l'assureur, par sa conduite, avait l'intention de modifier ses rapports juridiques avec l'assuré — nonobstant le fait que l'assureur n'a pas saisi la portée juridique des faits ou n'a pas su apprécier les modalités de sa police conclue avec l'assuré.

L'obligation proposée d'enquêter de façon exhaustive et diligente est rejetée. Elle est incompatible avec l'obligation qu'un assureur a envers un assuré d'enquêter de bonne foi, de façon impartiale et raisonnable. Il n'y a aucun fondement juridique permettant à un tiers demandeur d'être en mesure de fonder un argument de préclusion dans le cas de quelque prétendue contravention que ce soit à une obligation que l'assureur a envers son assuré. L'obligation d'enquêter de bonne foi, de façon impartiale et raisonnable est due uniquement à l'assuré et non pas à des tiers. Si une telle obligation était due à des tiers, elle s'accorderait mal avec les obligations de bonne foi la plus absolue et de traitement équitable qui régissent les rapports entre les parties à un contrat d'assurance, et minerait dans les faits ces obligations. Les obligations qui existent entre l'assureur et l'assuré sont réciproques; bien que l'assureur ait l'obligation d'enquêter de bonne foi, de façon impartiale et raisonnable, l'assuré a aussi une obligation réciproque de divulguer tous les faits pertinents liés à la demande de

fewer (indeed, no) obligations upon, third parties than it provides to and imposes upon the first-party insured.

In the instant case, RSA, the promisor, could not intend to alter a relationship by promising to refrain from acting on information that it did not have. If RSA is to be taken, by having furnished a defence, as having intended to affect a relationship with B by extending coverage notwithstanding D's breach, it must be shown to have known of the facts which demonstrate that breach. However, RSA lacked knowledge, at the time it provided a defence to D's estate, of D having breached the policy by consuming alcohol. This is fatal to the argument that RSA is estopped from denying coverage. As for imputed knowledge, had RSA known of the fact that demonstrated D's breach (that he had consumed alcohol prior to the accident) but failed to appreciate its legal significance (that this was a breach), knowledge of that legal significance could have been imputed to RSA. But when RSA defended D's estate, it did not know of the fact of his consumption of alcohol prior to the accident. Knowledge of the facts demonstrating D's breach cannot be imputed to RSA, and RSA therefore cannot be taken to have intended to assure D's estate, or B, or anyone else, that it would not be relying upon that breach to deny coverage. While RSA was under a duty to D to investigate the claim against him fairly, in a balanced and reasonable manner, RSA was under no additional duty to B or other third-party claimants to investigate policy breaches at all, much less on a different and more rigorous standard than that owed to its insured.

Per Karakatsanis J.: There is agreement that the appeal should be dismissed and with much of the majority's legal analysis. However, there is disagreement that the element of promissory estoppel that requires an intention to vary legal rights requires the promisor's actual knowledge of the facts underlying the legal right.

The jurisprudence has long established that the intent of the promisor in promissory estoppel must be interpreted objectively, based upon their words or conduct: a promise is intended to be binding when it would be reasonable for

règlement. Autoriser des tiers demandeurs à s'immiscer dans les rapports entre assureur et assuré signifierait effectivement qu'un contrat d'assurance responsabilité offre une plus grande protection aux tiers, et leur impose moins d'obligations (voire aucune), qu'il ne le fait à l'égard de l'assuré désigné.

En l'espèce, la RSA, l'auteur de la promesse, ne pouvait pas avoir l'intention de modifier des rapports en promettant de s'abstenir d'agir à partir de renseignements dont elle ne disposait pas. Si l'on doit considérer que la RSA, du fait qu'elle a offert une défense, a eu l'intention de modifier des rapports avec B en élargissant la couverture malgré la contravention à la police commise par D, il faut démontrer qu'elle connaissait les faits qui établissent cette contravention. Toutefois, lorsque la RSA a fourni une défense à la succession de D, elle ne savait pas que celui-ci avait contrevenu à la police en consommant de l'alcool. Cet élément est fatal à l'argument selon lequel la RSA est précluse de refuser la couverture. En ce qui a trait à la connaissance imputée, si la RSA avait connu le fait qui établissait la contravention de D (qu'il avait consommé de l'alcool avant l'accident), mais qu'elle avait omis d'en apprécier la portée juridique (qu'il s'agissait d'une contravention), la connaissance de cette portée juridique aurait pu lui être imputée. Cependant, quand la RSA s'est chargée de la défense de la succession de D, elle ne savait pas que D avait consommé de l'alcool avant l'accident. La connaissance des faits établissant la contravention de D ne peut pas être imputée à la RSA, et l'on ne peut considérer que cette dernière a eu l'intention de garantir à la succession de D, à B, ou à quiconque d'autre, qu'elle ne se fonderait pas sur cette contravention pour refuser la couverture. Bien que la RSA eût l'obligation envers D de mener une enquête sur la demande présentée contre lui de bonne foi, de façon impartiale et raisonnable, la RSA n'avait absolument aucune obligation supplémentaire envers B ou d'autres tiers demandeurs d'enquêter sur les contraventions à la police, encore moins en appliquant une norme différente et plus rigoureuse que celle à laquelle elle était tenue envers son assuré.

La juge Karakatsanis : Il y a accord quant au fait que le pourvoi devrait être rejeté et avec une bonne partie de l'analyse juridique des juges majoritaires. Toutefois, il y a désaccord quant à l'idée que l'élément de la préclusion promissoire qui exige une intention de modifier des droits juridiques requiert que l'auteur de la promesse ait une connaissance réelle des faits à l'origine du droit juridique.

La jurisprudence a établi il y a longtemps que l'intention de l'auteur de la promesse dans le cadre de la préclusion promissoire doit être interprétée objectivement, en fonction de ses paroles ou de sa conduite : une promesse

the promisee to interpret it as such. The objective approach considers whether, viewed objectively in light of the full context and including all the facts that the promisor knew or reasonably can be taken to have known, the promisor intended to alter legal rights. There are important doctrinal reasons to focus on the reasonable interpretation of the promisor's conduct, and not on their subjective intent or actual knowledge. Promissory estoppel responds to inequity and reliance. Inequity is found where the promisor acted in such a way that the promisee reasonably interpreted the words or conduct as a promise and the promisee changed their position as a result. The person who relies on the promisor's words or conduct should be able to rely on the entire context, including what the promisor could reasonably be assumed to know.

A promisor cannot resist promissory estoppel by claiming that they only had knowledge of the facts but not their legal rights. The jurisprudence imputes knowledge of legal rights precisely because it would be inequitable for the promisor to resile where their conduct can reasonably be interpreted as an intention to change legal relations.

Given that the analysis does not focus on the subjective intent of the promisor, there is no absolute requirement that the promisor have knowledge of their legal rights or the underlying facts giving rise to those rights in every case. Instead, knowledge is relevant because it is part of the context informing the objective interpretation of the promisor's words or conduct. Because the intention of the words or conduct must be assessed objectively, both what the promisor knew and what they reasonably ought to have known are relevant.

In the instant case, there is agreement with the majority that RSA's conduct cannot be interpreted as an unequivocal assurance that RSA would continue to provide coverage even if the policy was void. RSA's continued coverage did not signify any intent to change legal relations. B cannot succeed in establishing promissory estoppel because RSA did not make a promise or assurance that can be reasonably interpreted as intending to alter legal relations.

est destinée à lier les parties lorsqu'il serait raisonnable pour son destinataire de l'interpréter comme telle. La démarche objective consiste à déterminer si, d'un point de vue objectif eu égard au contexte global — y compris tous les faits que l'auteur de la promesse connaissait ou dont il pouvait raisonnablement être considéré avoir connaissance —, l'auteur de la promesse avait l'intention de modifier des droits juridiques. Il existe d'importantes raisons fondées sur la doctrine de mettre l'accent sur l'interprétation raisonnable de la conduite de l'auteur de la promesse, et non sur son intention subjective ou sa connaissance réelle. La préclusion promissoire répond à l'iniquité et à l'acte de confiance. On conclut à l'existence d'une iniquité lorsque l'auteur de la promesse s'est conduit d'une façon telle que le destinataire a raisonnablement interprété les mots ou la conduite comme une promesse et que ce dernier a changé de position en conséquence. La personne qui se fie aux paroles ou à la conduite de l'auteur de la promesse devrait être en mesure de se fier à l'ensemble du contexte, notamment à ce que l'auteur de la promesse pourrait raisonnablement être considéré savoir.

L'auteur de la promesse ne peut s'opposer à la préclusion promissoire en soutenant qu'il avait connaissance uniquement des faits, et non de ses droits juridiques. La jurisprudence impute la connaissance des droits juridiques précisément parce qu'il serait inéquitable que l'auteur de la promesse se rétracte lorsque sa conduite peut raisonnablement être interprétée comme reflétant une intention de modifier des rapports juridiques.

Puisque l'analyse ne s'attache pas à l'intention subjective de l'auteur de la promesse, il n'y a pas d'exigence absolue selon laquelle celui-ci doit avoir connaissance de ses droits juridiques ou des faits à l'origine de ces droits dans tous les cas. La connaissance est plutôt pertinente parce qu'elle fait partie du contexte qui aide à interpréter objectivement les paroles ou la conduite de l'auteur de la promesse. Comme l'intention animant les paroles ou la conduite doit être évaluée objectivement, ce que l'auteur de la promesse savait et ce qu'il aurait dû raisonnablement savoir sont tous les deux des éléments pertinents.

Dans la présente affaire, il y a accord avec les juges majoritaires quant au fait que la conduite de la RSA ne saurait être interprétée comme une assurance non équivoque que la RSA continuerait d'offrir une couverture même si la police d'assurance était nulle. La couverture continue par la RSA n'indiquait aucune intention de modifier des rapports juridiques. B ne peut arriver à établir la préclusion promissoire, car la RSA n'a pas fait de promesse ou donné d'assurance pouvant être raisonnablement interprétées comme étant destinées à modifier des rapports juridiques.

Cases Cited

By Moldaver and Brown JJ.

Applied: *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; **distinguished:** *Western Canada Accident and Guarantee Insurance Co. v. Parrott* (1921), 61 S.C.R. 595; *Rosenblood Estate v. Law Society of Upper Canada* (1989), 37 C.C.L.I. 142, aff'd 16 C.C.L.I. (2d) 226; *The Commonwell Mutual Assurance Group v. Campbell*, 2019 ONCA 668, 95 C.C.L.I. (5th) 344, aff'g 2018 ONSC 5899, 95 C.C.L.I. (5th) 328; **referred to:** *Fort Frances v. Boise Cascade Canada Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 171; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Page v. Austin* (1884), 10 S.C.R. 132; *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3; *702535 Ontario Inc. v. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687; *John Burrows Ltd. v. Subsurface Surveys Ltd.*, [1968] S.C.R. 607; *Saskatchewan River Bungalows Ltd. v. Maritime Life Assurance Co.*, [1994] 2 S.C.R. 490; *Parlee v. Pembridge Insurance Co.*, 2005 NBCA 49, 283 N.B.R. (2d) 75; *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (2000), 22 C.C.L.I. (3d) 1; *Gilewich v. 3812511 Manitoba Ltd.*, 2011 MBQB 169, 267 Man. R. (2d) 40; *Gillies v. Couty* (1994), 100 B.C.L.R. (2d) 115; *Federal Insurance Co. v. Matthews* (1956), 3 D.L.R. (2d) 322; *Owen Sound Public Library Board v. Mial Developments Ltd.* (1979), 26 O.R. (2d) 459; *Personal Insurance Co. v. Alexander Estate*, 2012 NWTSC 19, 30 M.V.R. (6th) 282; *Snair v. Halifax Insurance Nationale-Nederlanden North America Corp.* (1995), 145 N.S.R. (2d) 132; *Rowe v. Mills* (1986), 72 N.B.R. (2d) 344; *Hassan v. Toronto General Insurance Co.* (1960), 22 D.L.R. (2d) 360; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Coronation Insurance Co. v. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 S.C.R. 622; *Canadian Indemnity Co. v. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 S.C.R. 549; *Andrusiw v. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Canadian Superior Oil Ltd. v. Paddon-Hughes Development Co.*, [1970] S.C.R. 932; *Atlantic Steel Buildings Ltd. v. Cayman Group Ltd.* (1982), 50 N.S.R. (2d) 609; *Engineered Homes Ltd. v. Mason*, [1983] 1 S.C.R. 641; *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245; *Monenco Ltd. v. Commonwealth Insurance Co.*, 2001 SCC 49, [2001] 2 S.C.R. 699; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551; *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801; *Cowper-Smith v. Morgan*, 2017 SCC 61, [2017] 2 S.C.R. 754; *Hughes*

Jurisprudence

Citée par les juges Moldaver et Brown

Arrêts appliqués : *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; **distinction d'avec les arrêts :** *Western Canada Accident and Guarantee Insurance Co. c. Parrott*, (1921), 61 R.C.S. 595; *Rosenblood Estate c. Law Society of Upper Canada* (1989), 37 C.C.L.I. 142, conf. par 16 C.C.L.I. (2d) 226; *The Commonwell Mutual Assurance Group c. Campbell*, 2019 ONCA 668, 95 C.C.L.I. (5th) 344, conf. 2018 ONSC 5899, 95 C.C.L.I. (5th) 328; **arrêts mentionnés :** *Fort Frances c. Boise Cascade Canada Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 171; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Page c. Austin* (1884), 10 R.C.S. 132; *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3; *702535 Ontario Inc. c. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687; *John Burrows Ltd. c. Subsurface Surveys Ltd.*, [1968] R.C.S. 607; *Saskatchewan River Bungalows Ltd. c. La Maritime, compagnie d'assurance-vie*, [1994] 2 R.C.S. 490; *Parlee c. Pembridge Insurance Co.*, 2005 NBCA 49, 283 R. N.-B. (2e) 75; *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (2000), 22 C.C.L.I. (3d) 1; *Gilewich c. 3812511 Manitoba Ltd.*, 2011 MBQB 169, 267 Man. R. (2d) 40; *Gillies c. Couty* (1994), 100 B.C.L.R. (2d) 115; *Federal Insurance Co. c. Matthews* (1956), 3 D.L.R. (2d) 322; *Owen Sound Public Library Board c. Mial Developments Ltd.* (1979), 26 O.R. (2d) 459; *Personal Insurance Co. c. Alexander Estate*, 2012 NWTSC 19, 30 M.V.R. (6th) 282; *Snair c. Halifax Insurance Nationale-Nederlanden North America Corp.* (1995), 145 N.S.R. (2d) 132; *Rowe c. Mills* (1986), 72 R. N.-B. (2e) 344; *Hassan c. Toronto General Insurance Co.* (1960), 22 D.L.R. (2d) 360; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 R.C.S. 622; *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549; *Andrusiw c. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Canadian Superior Oil Ltd. c. Paddon-Hughes Development Co.*, [1970] R.C.S. 932; *Atlantic Steel Buildings Ltd. c. Cayman Group Ltd.* (1982), 50 N.S.R. (2d) 609; *Engineered Homes Ltd. c. Mason*, [1983] 1 R.C.S. 641; *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245; *Monenco Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.*, 2001 CSC 49, [2001] 2 R.C.S. 699; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551; *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801; *Cowper-Smith c.*

v. Metropolitan Railway Co. (1877), 2 App. Cas. 439; *Conwest Exploration Co. v. Letain*, [1964] S.C.R. 20; *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84.

By Karakatsanis J.

Referred to: *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50; *Hughes v. Metropolitan Railway Co.* (1877), 2 App. Cas. 439; *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*, [1947] K.B. 130; *Owen Sound Public Library Board v. Mial Developments Ltd.* (1979), 26 O.R. (2d) 459; *Freeman v. Cooke* (1848), 2 Ex. 654, 154 E.R. 652; *Birmingham and District Land Co. v. London and North Western Railway Co.* (1888), 40 Ch. D. 268; *Charles Rickards Ltd. v. Oppenheim*, [1950] 1 K.B. 616; *Cowper-Smith v. Morgan*, 2017 SCC 61, [2017] 2 S.C.R. 754; *Fort Frances v. Boise Cascade Canada Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 171; *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher* (1988), 164 C.L.R. 387; *Grundt v. Great Boulder Pty Gold Mines Ltd.* (1937), 59 C.L.R. 641; *Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776; *Western Canada Accident and Guarantee Insurance Co. v. Parrott* (1921), 61 S.C.R. 595; *Peyman v. Lanjani*, [1985] 1 Ch. 457; *Parlee v. Pembroke Insurance Co.*, 2005 NBCA 49, 283 N.B.R. (2d) 75; *The Commonwealth Mutual Assurance Group v. Campbell*, 2018 ONSC 5899, 95 C.C.L.I. (5th) 328, aff'd 2019 ONCA 668, 95 C.C.L.I. (5th) 344; *Saskatchewan River Bungalows Ltd. v. Maritime Life Assurance Co.*, [1994] 2 S.C.R. 490.

Statutes and Regulations Cited

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 131(1), 251(1), 258.

Authors Cited

Billingsley, Barbara. *General Principles of Canadian Insurance Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2020.

Kent, Nigel P. "Preventive Paperwork: Non-Waiver Agreements, Reservation-of-Rights Letters and the Defence of Claims in Questionable Coverage Situations" (1995), 17 *Advocates' Q.* 399.

MacDougall, Bruce. *Estoppel*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2019.

Manwaring, J. A. "Promissory Estoppel in the Supreme Court of Canada" (1987), 10 *Dal. L.J.* 43.

McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2020.

Morgan, 2017 CSC 61, [2017] 2 R.C.S. 754; *Hughes c. Metropolitan Railway Co.* (1877), 2 App. Cas. 439; *Conwest Exploration Co. c. Letain*, [1964] R.C.S. 20; *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) c. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50; *Hughes c. Metropolitan Railway Co.* (1877), 2 App. Cas. 439; *Central London Property Trust Ltd. c. High Trees House Ltd.*, [1947] K.B. 130; *Owen Sound Public Library Board c. Mial Developments Ltd.* (1979), 26 O.R. (2d) 459; *Freeman c. Cooke* (1848), 2 Ex. 654, 154 E.R. 652; *Birmingham and District Land Co. c. London and North Western Railway Co.* (1888), 40 Ch. D. 268; *Charles Rickards Ltd. c. Oppenheim*, [1950] 1 K.B. 616; *Cowper-Smith c. Morgan*, 2017 CSC 61, [2017] 2 R.C.S. 754; *Fort Frances c. Boise Cascade Canada Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 171; *Waltons Stores (Interstate) Ltd. c. Maher* (1988), 164 C.L.R. 387; *Grundt c. Great Boulder Pty Gold Mines Ltd.* (1937), 59 C.L.R. 641; *Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776; *Western Canada Accident and Guarantee Insurance Co. c. Parrott* (1921), 61 R.C.S. 595; *Peyman c. Lanjani*, [1985] 1 Ch. 457; *Parlee c. Pembroke Insurance Co.*, 2005 NBCA 49, 283 R. N.-B. (2e) 75; *The Commonwealth Mutual Assurance Group c. Campbell*, 2018 ONSC 5899, 95 C.C.L.I. (5th) 328, conf. par 2019 ONCA 668, 95 C.C.L.I. (5th) 344; *Saskatchewan River Bungalows Ltd. c. La Maritime, compagnie d'assurance-vie*, [1994] 2 R.C.S. 490.

Lois et règlements cités

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, c. I.8, art. 131(1), 251(1), 258.

Doctrine et autres documents cités

Billingsley, Barbara. *General Principles of Canadian Insurance Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2020.

Kent, Nigel P. « Preventive Paperwork : Non-Waiver Agreements, Reservation-of-Rights Letters and the Defence of Claims in Questionable Coverage Situations » (1995), 17 *Advocates' Q.* 399.

MacDougall, Bruce. *Estoppel*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2019.

Manwaring, J. A. « Promissory Estoppel in the Supreme Court of Canada » (1987), 10 *Dal. L.J.* 43.

McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2020.

Robertson, Andrew. “Knowledge and Unconscionability in a Unified Estoppel” (1998), 24 *Monash U.L. Rev.* 115.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Harvison Young and Thorburn JJ.A.), 2019 ONCA 800, 148 O.R. (3d) 161, 439 D.L.R. (4th) 115, 96 C.C.L.I. (5th) 68, [2020] I.L.R. I-6194, 53 M.V.R. (7th) 25, [2019] O.J. No. 5047 (QL), 2019 CarswellOnt 15936 (WL Can.), setting aside a decision of Sosna J., 2018 ONSC 4477, [2019] I.L.R. I-6085, [2018] O.J. No. 4072 (QL), 2018 CarswellOnt 12536 (WL Can.). Appeal dismissed.

Ryan D.W. Dalziel, Q.C., and Esher V. Madhur, for the appellant.

David A. Tompkins and Mark A. Borgo, for the respondent.

Gavin MacKenzie, for the intervener.

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

MOLDAVER AND BROWN JJ. —

I. Overview

[1] Steven Devecseri died in a motorcycle accident. His insurer, Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada (“RSA”), proceeded to defend his estate in two lawsuits started by others injured in the accident, including Jeffrey Bradfield. Three years after the accident, and over a year into litigation, RSA learned Mr. Devecseri had consumed alcohol immediately prior to the accident, putting him in breach of his insurance policy. RSA promptly ceased defending Mr. Devecseri’s estate and denied coverage. This reduced the value to Mr. Bradfield (and another third-party claimant) of Mr. Devecseri’s policy from the policy limits of \$1,000,000 to the statutory minimum coverage of \$200,000. Nearly three years later, one of the actions proceeded to trial, resulting in a judgment against Mr. Devecseri’s estate

Robertson, Andrew. « Knowledge and Unconscionability in a Unified Estoppel » (1998), 24 *Monash U.L. Rev.* 115.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Harvison Young et Thorburn), 2019 ONCA 800, 148 O.R. (3d) 161, 439 D.L.R. (4th) 115, 96 C.C.L.I. (5th) 68, [2020] I.L.R. I-6194, 53 M.V.R. (7th) 25, [2019] O.J. No. 5047 (QL), 2019 CarswellOnt 15936 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Sosna, 2018 ONSC 4477, [2019] I.L.R. I-6085, [2018] O.J. No. 4072 (QL), 2018 CarswellOnt 12536 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Ryan D.W. Dalziel, c.r., et Esher V. Madhur, pour l’appelante.

David A. Tompkins et Mark A. Borgo, pour l’intimée.

Gavin MacKenzie, pour l’intervenante.

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

LES JUGES MOLDAVER ET BROWN —

I. Aperçu

[1] Steven Devecseri est décédé lors d’un accident de motocyclette. Son assureur, la Royal & Sun Alliance du Canada, société d’assurances (« RSA »), s’est chargé de la défense de sa succession dans deux poursuites intentées par d’autres personnes blessées dans l’accident, notamment, Jeffrey Bradfield. Trois ans après l’accident, et après plus d’une année de litige, la RSA a appris que M. Devecseri avait consommé de l’alcool immédiatement avant l’accident, contrevenant ainsi à sa police d’assurance. La RSA a rapidement cessé de défendre la succession de M. Devecseri et a refusé la couverture. Cela a diminué la valeur pour M. Bradfield (et un autre tiers demandeur) de la police d’assurance de M. Devecseri, passant de la limite de 1 000 000 \$ à la couverture minimale de 200 000 \$ prévue par la loi. Près de

and Mr. Bradfield, and a judgment for Mr. Bradfield on a cross-claim against the estate.

[2] In enforcing his judgment against Mr. Devecseri's estate, Mr. Bradfield rejected RSA's position that its exposure on behalf of the estate was confined to the statutory minimum of \$200,000. He advanced two grounds: first, waiver by conduct, and secondly, promissory estoppel. The trial judge agreed that RSA had waived its right to deny full coverage. The Court of Appeal rejected both grounds. Of particular significance, it found that RSA's conduct could not amount to a "promise or assurance which was intended to affect [the parties'] legal relationship and to be acted on" because RSA lacked knowledge of Mr. Devecseri's policy breach when it provided him with a defence (see *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50, at p. 57). In so concluding, it saw no basis to fix RSA with imputed knowledge of the policy breach, even though the parties agreed that a coroner's report, available shortly after the accident — and approximately three years before RSA took an off-coverage position — would have provided RSA with evidence of the breach. Mr. Bradfield appealed to this Court, advancing both waiver by conduct and promissory estoppel arguments.

[3] We would dismiss the appeal. The appellant now concedes, correctly in our view, that waiver by conduct was precluded by statute at the relevant time. With respect to promissory estoppel, we agree with the Court of Appeal that RSA could not have intended to alter its legal relationship with Mr. Bradfield because it lacked knowledge of the facts which demonstrated (or otherwise put RSA on notice) of Mr. Devecseri's policy breach.

trois ans plus tard, l'une des actions a été instruite, et a résulté en un jugement rendu à l'encontre de la succession de M. Devecseri et à l'encontre de M. Bradfield, ainsi qu'en un jugement en faveur de ce dernier dans une demande reconventionnelle présentée contre la succession.

[2] En faisant exécuter son jugement contre la succession de M. Devecseri, M. Bradfield a rejeté la position de la RSA selon laquelle son risque au nom de la succession était circonscrit à la couverture minimale de 200 000 \$ prévue par la loi. Il a invoqué deux motifs : premièrement, la renonciation par la conduite, et deuxièmement, la préclusion promissoire (parfois appelée aussi « irrecevabilité fondée sur une promesse »). Le juge de première instance a convenu que la RSA avait effectivement renoncé à son droit de refuser la couverture totale. La Cour d'appel a rejeté les deux motifs. Fait particulièrement important, elle a jugé que la conduite de la RSA ne pouvait constituer « une promesse ou [. . .] une assurance destinées à modifier [les] rapports juridiques [des parties] et à inciter à l'accomplissement de certains actes », parce que la RSA ne savait pas que M. Devecseri avait contrevenu à sa police d'assurance lorsqu'elle a pris en charge sa défense (voir *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50, p. 57). En concluant ainsi, la Cour d'appel n'a trouvé aucun fondement permettant d'imputer à la RSA la connaissance de la contravention à la police, même si les parties s'accordent pour dire qu'un rapport du coroner, accessible peu après l'accident — et environ trois ans avant que la RSA n'ait refusé la couverture — aurait fourni à cette dernière une preuve de la contravention. Monsieur Bradfield a formé un pourvoi à la Cour, invoquant à la fois des arguments fondés sur la renonciation par la conduite et la préclusion promissoire.

[3] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. L'appelante concède maintenant, correctement à notre avis, que durant la période pertinente, la loi ne permettait pas d'invoquer la renonciation par la conduite. En ce qui concerne la préclusion promissoire, nous souscrivons à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la RSA ne pouvait pas avoir eu l'intention de modifier ses rapports juridiques avec M. Bradfield, parce qu'elle n'avait pas connaissance

Nonetheless, even if this obstacle could be overcome, we would still harbour serious reservations about the availability of any estoppel argument on the facts of this case. A third-party claimant like Mr. Bradfield faces additional hurdles in establishing a successful estoppel argument against an insurer, given the nature of their statutory relationship. Whether and to what extent Ontario's *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, permits third parties like Mr. Bradfield to assert estoppel arguments, including on behalf of a first-party insured, raises a number of issues that were not fully or satisfactorily argued but which warrant comment.

[4] A preliminary issue also arises. Mr. Bradfield discontinued his appeal after this Court granted leave to appeal because he and RSA reached a settlement agreement. This Court then granted the request of the Trial Lawyers Association of British Columbia to be substituted as the appellant. Although the appeal is moot, Trial Lawyers argues that we ought to exercise our discretion to hear it on the merits in accordance with *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342. We agree.

II. Background

[5] On May 29, 2006, Mr. Bradfield, Mr. Devecseri and several others were riding motorcycles when Mr. Devecseri rode into oncoming traffic, colliding with a car being driven by Jeremy Caton. The collision killed Mr. Devecseri and injured both Mr. Caton and Mr. Bradfield. At the time, Mr. Devecseri had alcohol in his system, in contravention of his motorcycle license and thereby in breach of his standard motor vehicle insurance policy.

des faits qui établissaient la contravention commise par M. Devecseri à l'égard de la police (ou autrement en avisaient la RSA). Néanmoins, même si cet obstacle pouvait être surmonté, nous aurions tout de même de grandes réserves quant à la recevabilité de tout argument fondé sur la préclusion, eu égard aux faits de l'espèce. Un tiers demandeur comme M. Bradfield fait face à des difficultés additionnelles lorsqu'il veut invoquer avec succès la préclusion à l'encontre d'un assureur, étant donné la nature de leurs rapports juridiques. La question de savoir si, et dans l'affirmative, dans quelle mesure, la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, c. I.18, de l'Ontario, autorise des tiers comme M. Bradfield à faire valoir des arguments fondés sur la préclusion, y compris au nom de l'assuré désigné, soulève un certain nombre de points qui n'ont été plaidés ni entièrement ni de manière satisfaisante, mais qui appellent des commentaires.

[4] Une question préliminaire se pose également. Monsieur Bradfield s'est désisté de son pourvoi après que notre Cour a accordé l'autorisation d'appel, parce que la RSA et lui ont conclu un règlement. La Cour a ensuite accueilli la demande de la Trial Lawyers Association of British Columbia en vue d'être substituée à M. Bradfield comme partie appelante. Bien que le pourvoi soit théorique, Trial Lawyers plaide que la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre la cause sur le fond, conformément à l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. Nous sommes d'accord.

II. Contexte

[5] Le 29 mai 2006, M. Bradfield, M. Devecseri et plusieurs autres personnes circulaient à motocyclette lorsque M. Devecseri a conduit en sens inverse de la circulation et est entré en collision avec une automobile au volant de laquelle se trouvait Jeremy Caton. Monsieur Devecseri est décédé lors de la collision, et M. Caton et M. Bradfield ont tous les deux été blessés. À ce moment-là, M. Devecseri avait de l'alcool dans le sang, ce qui constituait une infraction à son permis de motocyclette et, par conséquent, une contravention à sa police d'assurance régulière de véhicule automoteur.

[6] RSA appointed an adjuster to investigate the accident. He interviewed Mr. Bradfield, who — despite having accompanied Mr. Devecseri prior to the accident — did not mention that Mr. Devecseri had been drinking alcohol. Nor was this fact revealed by the police report which had been provided in a redacted form to the adjuster. The adjuster's report to RSA concluded that, while speed was a factor in the collision, further investigation would be required to know whether drugs or alcohol played any role. The adjuster also expressed confusion about who would normally be responsible for obtaining a coroner's report, although RSA's initial instructions to the adjuster listed a coroner's report as a potential avenue of investigation. Neither he nor anyone else at RSA took steps to obtain a coroner's report.

[7] On October 7, 2007, Mr. Bradfield sued Mr. Devecseri's estate. On May 27, 2008, Mr. Caton sued the estate, as well as Mr. Bradfield and another motorcyclist in the group. Pursuant to its insurance policy with Mr. Devecseri, RSA responded to these claims on behalf of the estate. RSA retained counsel and filed a statement of defence in each action on March 5, 2009.

[8] On June 25, 2009, examinations for discovery of Mr. Bradfield and the other motorcyclist occurred. The other motorcyclist testified that he had seen Mr. Devecseri and Mr. Bradfield consuming alcohol at a restaurant shortly before the accident. Mr. Bradfield testified that he was at a restaurant with Mr. Devecseri, but said he could not recall if Mr. Devecseri was drinking alcohol. A coroner's report, dated August 29, 2006, was then obtained, confirming that Mr. Devecseri had a modest quantity of alcohol in his system when he died.

[9] On July 8, 2009, RSA advised all parties that it was taking an off-coverage position. This change in

[6] La RSA a désigné un expert d'assurance pour enquêter sur l'accident. Il a interviewé M. Bradfield, qui — même s'il était en compagnie de M. Devecseri avant l'accident — n'a pas mentionné que ce dernier avait consommé de l'alcool. Ce fait n'a pas non plus été divulgué dans le rapport de police dont un exemplaire caviardé avait été remis à l'expert d'assurance. Dans le rapport que l'expert d'assurance a rédigé pour la RSA, il a été conclu que, bien que la vitesse ait été un facteur dans la collision, une enquête approfondie serait nécessaire pour savoir si l'alcool ou des drogues y avaient contribué de quelque manière que ce soit. L'expert d'assurance a également exprimé de la confusion quant à savoir qui devrait normalement être responsable de se procurer le rapport du coroner, même si les directives initiales données par la RSA à l'expert d'assurance recensaient le rapport du coroner comme une piste d'enquête possible. Ni l'expert d'assurance ni quiconque d'autre à la RSA n'ont entrepris les démarches nécessaires permettant d'obtenir un rapport du coroner.

[7] Le 7 octobre 2007, M. Bradfield a intenté une poursuite contre la succession de M. Devecseri. Le 27 mai 2008, M. Caton a poursuivi la succession, ainsi que M. Bradfield et un autre motocycliste du groupe. Conformément à sa police d'assurance conclue avec M. Devecseri, la RSA a répondu à ces actions au nom de la succession. La RSA a retenu les services d'un avocat et a déposé une défense dans chacune des actions le 5 mars 2009.

[8] Le 25 juin 2009, les interrogatoires préalables de M. Bradfield et de l'autre motocycliste ont eu lieu. L'autre motocycliste a affirmé dans son témoignage qu'il avait vu M. Devecseri et M. Bradfield consommer de l'alcool dans un restaurant peu avant l'accident. Dans son témoignage, M. Bradfield a déclaré qu'il était allé à un restaurant avec M. Devecseri, mais il a dit qu'il n'arrivait pas à se souvenir si ce dernier avait consommé de l'alcool. Un rapport du coroner, daté du 29 août 2006, a ensuite été obtenu, dans lequel l'on confirmait que M. Devecseri avait une petite quantité d'alcool dans le sang quand il est décédé.

[9] Le 8 juillet 2009, la RSA a avisé toutes les parties qu'elle adoptait une position de refus de la

position meant that if their claims were to succeed, Mr. Bradfield and Mr. Caton would be collectively entitled to no more than the statutory minimum coverage of \$200,000 (*Insurance Act*, s. 251(1)), rather than the \$1 million that would have been available under Mr. Devecseri's full policy.

[10] Almost three years later, in May 2012, Mr. Bradfield settled his action against Mr. Devecseri's estate. As part of the settlement, RSA paid him \$100,000 plus costs, representing half its statutory minimum coverage, while paying the other half to Mr. Caton. The settlement also included a payment to Mr. Bradfield by his own insurer of \$750,000 in underinsured coverage.

[11] In June 2012, Mr. Caton obtained a judgment for \$1.8 million against Mr. Devecseri's estate and Mr. Bradfield. While each was jointly liable to Mr. Caton, several liability was apportioned 90 per cent against Mr. Devecseri and 10 per cent against Mr. Bradfield. In the same proceeding, Mr. Bradfield also obtained judgment on a cross-claim for contribution and indemnity against Mr. Devecseri's estate.

[12] Following the trial, Mr. Bradfield sought a declaration of entitlement to recover judgment against RSA on the basis that RSA waived Mr. Devecseri's breach or was estopped from denying coverage to Mr. Devecseri's estate. The trial judge granted the declaration, finding that RSA waived its right to deny coverage by failing to take an off-coverage position and by providing a defence to Mr. Devecseri's estate as the litigation progressed (2018 ONSC 4477). Having found waiver by conduct, the trial judge did not consider the estoppel argument.

couverture. Ce changement de position signifiait que, si leurs demandes étaient accueillies, M. Bradfield et M. Caton ne seraient collectivement admissibles à rien de plus que la couverture minimale de 200 000 \$ prévue par la loi (*Loi sur les assurances*, par. 251(1)), au lieu de la somme d'un million de dollars, à laquelle ils auraient eu droit sous le régime de la police d'assurance intégrale de M. Devecseri.

[10] Environ trois ans plus tard, en mai 2012, M. Bradfield a réglé à l'amiable l'action qu'il avait intentée contre la succession de M. Devecseri. Dans le cadre de ce règlement, la RSA lui a versé 100 000 \$, les dépens en sus, ce qui représentait la moitié de la couverture minimale prévue par la loi, et a versé l'autre moitié à M. Caton. Le règlement prévoyait aussi qu'un paiement de 750 000 \$ serait versé à M. Bradfield par son propre assureur, au titre de la garantie des tiers sous-assurés.

[11] En juin 2012, M. Caton a obtenu un jugement de 1,8 million de dollars à l'encontre de M. Bradfield et de la succession de M. Devecseri. Bien que chacun fût conjointement responsable envers M. Caton, la responsabilité solidaire a été répartie à 90 p. 100 à M. Devecseri et à 10 p. 100 à M. Bradfield. Dans la même instance, M. Bradfield a aussi obtenu un jugement relativement à une demande reconventionnelle en contribution et indemnité contre la succession de M. Devecseri.

[12] Après le procès, M. Bradfield a sollicité contre la RSA un jugement déclaratoire en vue d'être indemnisé du jugement rendu en sa faveur, au motif que celle-ci avait renoncé à son droit d'invoquer la contravention à la police commise par M. Devecseri ou que la RSA était précluse de refuser la couverture à la succession de M. Devecseri. Le juge de première instance a accordé le jugement déclaratoire, concluant que la RSA avait renoncé à son droit de refuser la couverture, en omettant d'adopter une position de refus de couverture et en offrant une défense à la succession de M. Devecseri à mesure que le litige progressait (2018 ONSC 4477). Ayant conclu à l'existence d'une renonciation par la conduite, le juge de première instance n'a pas examiné l'argument fondé sur la préclusion.

[13] The Court of Appeal allowed RSA's appeal (2019 ONCA 800, 148 O.R. (3d) 161). It rejected Mr. Bradfield's waiver argument, in part because, at that time, s. 131(1) of the *Insurance Act* precluded recognition of waiver by conduct. Likewise, Mr. Bradfield's promissory estoppel argument failed because RSA lacked knowledge of the policy breach, such knowledge could not be imputed to RSA, and Mr. Bradfield was unable to establish detrimental reliance.

III. Issues

[14] Commencing with waiver, the parties before this Court agree that s. 131(1) of the *Insurance Act*, as it read at the relevant time, required that waiver be given in writing and that RSA did not waive any rights in writing.¹ Accordingly, promissory estoppel is the sole issue before us: was RSA estopped from denying coverage because it responded to the claims against Mr. Devecseri's estate long after it could have discovered evidence of Mr. Devecseri's policy breach?

IV. Analysis

[15] Promissory estoppel is an equitable defence whose elements were stated by Sopinka J. for this Court in *Maracle*, at p. 57:

The principles of promissory estoppel are well settled. The party relying on the doctrine must establish that the other party has, by words or conduct, made a promise or assurance which was intended to affect their legal relationship and to be acted on. Furthermore, the [promisee] must establish that, in reliance on the [promise], he acted

¹ Although s. 131(1) has since been amended to allow for recognition of waiver by conduct, the parties agree that the prior legislation applies to deciding this appeal.

[13] La Cour d'appel a accueilli l'appel de la RSA (2019 ONCA 800, 148 O.R. (3d) 161). Elle a rejeté l'argument de M. Bradfield fondé sur la renonciation, en partie parce que, à l'époque, le par. 131(1) de la *Loi sur les assurances* rendait irrecevable la reconnaissance de la renonciation par la conduite. De même, l'argument de la préclusion promissoire avancé par M. Bradfield a échoué parce que la RSA n'avait pas connaissance de la contravention à la police d'assurance, parce qu'une telle connaissance ne pouvait pas être imputée à la RSA, et parce que M. Bradfield n'avait pas été en mesure d'établir l'existence d'un acte de confiance préjudiciable.

III. Questions en litige

[14] Ayant comme point de départ la renonciation, les parties devant notre Cour ont reconnu que le par. 131(1) de la *Loi sur les assurances*, tel qu'il était libellé à la période pertinente, exigeait que la renonciation soit faite par écrit, et que la RSA n'avait jamais renoncé à aucun droit par écrit¹. Par conséquent, la question de la préclusion promissoire est la seule en cause devant nous : la RSA était-elle précluse de refuser la couverture parce qu'elle avait répondu aux actions intentées à l'encontre de la succession de M. Devecseri longtemps après qu'elle aurait pu découvrir la preuve que M. Devecseri avait contrevenu à la police?

IV. Analyse

[15] La doctrine de la préclusion promissoire est un moyen de défense d'équité dont les éléments ont été énoncés par le juge Sopinka, au nom de la Cour, à la p. 57 de l'arrêt *Maracle* :

Les principes de l'irrecevabilité fondée sur une promesse sont bien établis. Il incombe à la partie qui invoque cette exception d'établir que l'autre partie a, par ses paroles ou sa conduite, fait une promesse ou donné une assurance destinées à modifier leurs rapports juridiques et à inciter à l'accomplissement de certains actes. De plus,

¹ Bien que le par. 131(1) ait depuis été modifié pour permettre la reconnaissance de la renonciation par la conduite, les parties sont d'accord pour dire que la disposition précédente s'applique au présent pourvoi.

on it or in some way changed his position. [Emphasis added.]

The equitable defence therefore requires that (1) the parties be *in a legal relationship* at the time of the promise or assurance; (2) the promise or assurance be *intended* to affect that relationship and to be acted on; and (3) the other party in fact *relied* on the promise or assurance. It is, as we will explain, implicit that such reliance be to the promisee's detriment.

[16] Promissory estoppel seeks to protect against the “inequity of allowing the other party to resile from his statement where it has been relied upon to the detriment of the person to whom it was directed” (*Fort Frances v. Boise Cascade Canada Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 171, at p. 202). In the insurance context, estoppel arises most commonly where an insurer, having initially taken steps consistent with coverage, then denies coverage because of the insured's breach of a policy term or its ineligibility for insurance in the first place. To prevent the insurer from denying coverage, the insured will attempt to show that the insurer is estopped from changing its coverage position based on its prior words or conduct.

[17] Although the nuances of the relationship between promissory estoppel and other forms of estoppel were not argued before us in this appeal, we observe that Trial Lawyers' arguments may be better framed as supporting estoppel by representation rather than promissory estoppel (see *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53, at para. 5; *Page v. Austin* (1884), 10 S.C.R. 132, at p. 164). While the latter doctrine prevents the promisor from reneging on an assurance to alter the parties' legal relationship, the former doctrine prevents a promisor from denying the truth of a prior representation (see, generally, B. MacDougall, *Estoppel* (2nd ed. 2019), at §§ 5.33 to 5.45). Given the similarities between the doctrines, however, we resolve this appeal

le destinataire [de la promesse] doit prouver que, sur la foi de cell[e]-ci, il a pris une mesure quelconque ou a de quelque manière changé sa position. [Nous soulignons.]

Par conséquent, le moyen de défense d'équité nécessite (1) que les parties *entretiennent des rapports juridiques* au moment de la promesse ou de l'assurance; (2) que la promesse ou l'assurance ait été *destinée* à modifier ces rapports et à inciter à l'accomplissement de certains actes; et (3) que l'autre partie *se soit fiée* à la promesse ou à l'assurance. Comme nous l'expliquerons, il en ressort implicitement qu'un tel acte de confiance se fait au détriment du destinataire de la promesse.

[16] La doctrine de la préclusion promissoire sert à protéger contre « l'injustice qui serait causée si on permettait à l'autre partie de se rétracter lorsque la personne à qui elle [a fait une promesse ou une déclaration] s'est fondée sur cette promesse ou déclaration pour agir à son détriment » (*Fort Frances c. Boise Cascade Canada Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 171, p. 202). Dans le contexte de l'assurance, la préclusion naît le plus souvent lorsqu'un assureur, ayant initialement entrepris des démarches compatibles avec la couverture, refuse ensuite la couverture, parce que l'assuré a contrevenu à une modalité de la police ou parce qu'il n'était pas admissible à l'assurance dès le départ. Pour éviter que l'assureur ne refuse la couverture, l'assuré tentera de démontrer que l'assureur est préclus de modifier sa position à l'égard de la couverture par ses paroles ou par sa conduite antérieure.

[17] Bien que les subtilités du lien entre la préclusion promissoire et les autres formes de préclusion n'aient pas été plaidées devant nous dans le présent pourvoi, nous constatons que les arguments de Trial Lawyers seraient mieux formulés comme étayant la préclusion par assertion de fait, plutôt que la préclusion promissoire (voir *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53, par. 5; *Page c. Austin* (1884), 10 R.C.S. 132, p. 164). Si cette dernière doctrine interdit à l'auteur de la promesse de revenir sur une assurance dans le but de modifier ses rapports juridiques avec l'autre partie, la doctrine de la préclusion par assertion de fait interdit à l'auteur de la promesse de nier la véracité d'une représentation antérieure (voir, généralement, B. MacDougall,

applying only the principles of promissory estoppel upon which Trial Lawyers relies, while noting that similar reasoning would apply if the claim were grounded in estoppel by representation.

[18] As we will explain, Trial Lawyers' estoppel argument must fail, primarily because RSA gave no promise or assurance intended to affect its legal relationship with Mr. Bradfield. RSA lacked knowledge, at the time it provided a defence to Mr. Devecseri's estate, of Mr. Devecseri having breached the policy by consuming alcohol. This is fatal to Trial Lawyers' position. Further, and *even if* constructive knowledge of the facts demonstrating a breach were sufficient for purposes of estoppel (which, as we will explain, it is not), RSA cannot be fixed with constructive knowledge of such facts in the circumstances of this case. RSA was under a duty to Mr. Devecseri to investigate the claim against him "fairly", in a "balanced and reasonable manner" (*Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3, at para. 63, citing with approval *702535 Ontario Inc. v. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687 (Ont. C.A.), at para. 29). It did so. RSA was under no additional duty to Mr. Bradfield or other third-party claimants to investigate policy breaches at all, much less on a different and more rigorous standard than that which it owed to its insured.

[19] These points are sufficient to dispose of this appeal. As indicated, however, we propose to canvass some additional difficulties that a third-party claimant like Mr. Bradfield must contend with in raising a successful estoppel argument against an insurer.

Estoppel (2^e éd. 2019), § 5.33-5.45). Compte tenu toutefois des similitudes entre les doctrines, nous statuons sur le présent pourvoi en appliquant uniquement les principes de la préclusion promissoire sur lesquels se fonde Trial Lawyers, tout en faisant remarquer qu'un raisonnement similaire s'appliquerait si l'action reposait sur la doctrine de la préclusion par assertion de fait.

[18] Comme nous l'expliquerons, l'argument de Trial Lawyers fondé sur la préclusion doit être rejeté, principalement parce que la RSA n'avait fait aucune promesse ni donné aucune assurance destinée à modifier ses rapports juridiques avec M. Bradfield. Lorsque la RSA a fourni une défense à la succession de M. Devecseri, elle ne savait pas que celui-ci avait contrevenu à la police en consommant de l'alcool. Cet élément est fatal à la position de Trial Lawyers. En outre, *même si* une connaissance par interprétation des faits établissant une contravention était suffisante aux fins de la préclusion (ce qui n'est pas le cas, comme nous l'expliquerons), il est impossible d'établir que la RSA avait une connaissance par interprétation de tels faits dans les circonstances de l'espèce. La RSA avait l'obligation envers M. Devecseri de mener une enquête sur la demande présentée contre lui [TRADUCTION] « de bonne foi », « de façon impartiale et raisonnable » (*Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3, par. 63, citant avec approbation *702535 Ontario Inc. c. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687 (C.A. Ont.), par. 29). C'est ce qu'elle a fait. La RSA n'avait absolument aucune obligation supplémentaire envers M. Bradfield ou d'autres tiers demandeurs d'enquêter sur les contraventions à la police, encore moins en appliquant une norme différente et plus rigoureuse que celle à laquelle elle était tenue envers son assuré.

[19] Ces éléments sont suffisants pour trancher le présent pourvoi. Comme nous l'avons indiqué, toutefois, nous proposons d'examiner des difficultés supplémentaires qu'un tiers demandeur comme M. Bradfield doit surmonter pour obtenir gain de cause lorsqu'il avance un argument de préclusion contre un assureur.

A. *Intention*

[20] The parties agree that, for three years — from the date of the accident in May 2006 to discoveries in June 2009 — RSA was ignorant of Mr. Devecseri's alcohol consumption. The issue is whether, *that ignorance notwithstanding*, RSA can be held to an assurance, by words or conduct, that it would not deny coverage on the basis of this policy breach. In our view, RSA's lack of knowledge is fatal to Trial Lawyers' estoppel argument.

[21] To ground promissory estoppel, the requirement stated in *Maracle* that a promise or assurance must be *intended* to affect the parties' legal relationship signifies that the promisor must *know* of the facts that are said to give rise to that legal relationship, and of the alteration thereto — in this case, that Mr. Devecseri would be covered to the full policy limits *despite his having breached the policy*. We acknowledge that the jurisprudence from this Court speaks of *intention*, not knowledge (*Maracle*, at pp. 57-59; *John Burrows Ltd. v. Subsurface Surveys Ltd.*, [1968] S.C.R. 607, at p. 615). But the significance of *intention* depends entirely on what the promisor *knows*. A promisor, such as RSA, cannot *intend* to alter a relationship by promising to refrain from acting on information that it does not have. If RSA is to be taken, by having furnished a defence, as having intended to affect a relationship with Mr. Bradfield by extending coverage *notwithstanding* Mr. Devecseri's breach, it must be shown to have known *of the facts* which demonstrate that breach.

[22] As we explain below, the requirement that RSA be shown to have known *of the facts* demonstrating a breach leaves a narrow role for *imputed* knowledge in this context. Trial Lawyers seeks to broaden this role, arguing that *constructive* knowledge arising from a breach of a duty to investigate is enough. We disagree. As we explain below, to hold otherwise would be to unwisely and unnecessarily

A. *Intention*

[20] Les parties s'accordent pour dire que, pendant trois ans — de la date de l'accident en mai 2006 jusqu'aux interrogatoires préalables en juin 2009 —, la RSA ignorait que M. Devecseri avait consommé de l'alcool. La question consiste à savoir si, *malgré cette ignorance*, la RSA peut être tenue d'honorer une assurance par des paroles ou un comportement suggérant qu'elle ne refuserait pas la couverture sur le fondement de cette contravention à la police. Nous sommes d'avis que le défaut de connaissance de la RSA est fatal à l'argument fondé sur la préclusion avancé par Trial Lawyers.

[21] Pour fonder un argument de préclusion promissoire, l'exigence énoncée dans l'arrêt *Maracle* selon laquelle la promesse ou l'assurance doit être *destinée* à modifier les rapports juridiques des parties signifie que l'auteur de la promesse doit *connaître* les faits qui seraient à l'origine de ces rapports juridiques, et la modification s'y rapportant — en l'espèce, le fait que M. Devecseri aurait été intégralement couvert par la police, *malgré qu'il ait contrevenu à celle-ci*. Nous admettons que la jurisprudence de la Cour évoque l'*intention*, et non la connaissance (*Maracle*, p. 57-59; *John Burrows Ltd. c. Subsurface Surveys Ltd.*, [1968] R.C.S. 607, p. 615). Cependant, l'importance de l'*intention* dépend entièrement de ce que l'auteur de la promesse *sait*. Ce dernier, tout comme la RSA, ne peut pas avoir l'*intention* de modifier des rapports en promettant de s'abstenir d'agir à partir de renseignements dont il ne dispose pas. Si l'on doit considérer que la RSA, du fait qu'elle a offert une défense, a eu l'intention de modifier des rapports avec M. Bradfield en élargissant la couverture *malgré* la contravention à la police commise par M. Devecseri, il faut démontrer qu'elle connaissait *les faits* qui établissent cette contravention.

[22] Comme nous l'expliquerons ci-après, l'exigence de démontrer que la RSA connaissait *les faits* établissant la contravention ne laisse qu'un rôle restreint à la connaissance *imputée* dans un tel contexte. Trial Lawyers cherche à élargir ce rôle, en plaçant que la connaissance *par interprétation* découlant d'un manquement à une obligation d'enquête suffit. Nous ne sommes pas de cet avis. Comme nous

undermine the existing duty on insurers owed to insureds — and not to third-party claimants like Mr. Bradfield — to investigate liability claims fairly, in a balanced and reasonable manner.

[23] It is this simple: RSA lacked knowledge of the facts demonstrating Mr. Devecseri’s breach. This alone is dispositive of Trial Lawyers’ appeal.

(1) Imputed Knowledge

[24] As we have explained, promissory estoppel requires that an insurer know the facts demonstrating a breach in order to be bound to any promise to cover, notwithstanding that breach. To be clear, that is all that is required: knowledge of *the facts*. Had, therefore, RSA known of *the fact* that demonstrated Mr. Devecseri’s breach (specifically, that he had consumed alcohol prior to the accident) but had failed to appreciate *its legal significance* (specifically, that this *was a breach*), knowledge of that legal significance could have been imputed to RSA. The leading authority from this Court and the jurisprudence developed in lower courts support this view. But, as will be seen, this jurisprudence does not assist Trial Lawyers here.

[25] In *Western Canada Accident and Guarantee Insurance Co. v. Parrott* (1921), 61 S.C.R. 595, an employee was injured while working at her employer’s unguarded laundry machine. The employer, whose insurance policy required that all the machines be equipped with a safety guard, sent the insurer a report of the accident that implied that the machine in question was not guarded. Further, two of the insurer’s agents either saw or were told that the machine was unguarded. Justice Idington held that, upon reading the employer’s report alone, it would be “inconceivable” that the insurer did not turn its mind to the breach (p. 598). It followed that the insurer was in possession of the relevant fact that demonstrated

l’expliquerons ci-après, toute autre conclusion aurait pour effet de miner imprudemment et inutilement l’obligation existante qui pèse sur les assureurs envers les assurés — et non envers les tiers demandeurs comme M. Bradfield — d’enquêter équitablement et de façon impartiale et raisonnable sur les demandes de règlement en responsabilité.

[23] Ceci est très simple : la RSA n’avait pas connaissance des faits qui établissaient la contravention commise par M. Devecseri. Cet élément à lui seul permet de trancher le pourvoi de Trial Lawyers.

(1) Connaissance imputée

[24] Comme nous l’avons expliqué, la doctrine de la préclusion promissive exige qu’un assureur connaisse les faits établissant la contravention pour qu’il soit lié à quelque promesse de couverture que ce soit, malgré cette contravention. En termes clairs, c’est tout ce qui est requis : la connaissance *des faits*. Par conséquent, si la RSA avait connu *le fait* qui établissait la contravention de M. Devecseri (précisément, qu’il avait consommé de l’alcool avant l’accident), mais qu’elle avait omis d’en apprécier *la portée juridique* (précisément, qu’il *s’agissait d’une contravention*), la connaissance de cette portée juridique aurait pu lui être imputée. L’arrêt de principe de la Cour et la jurisprudence développée par les tribunaux de juridiction inférieure étayaient cette opinion. Cependant, comme nous le verrons, cette jurisprudence n’aide pas Trial Lawyers en l’espèce.

[25] Dans l’arrêt *Western Canada Accident and Guarantee Insurance Co. c. Parrott* (1921), 61 S.C.R. 595, une employée a été blessée alors qu’elle faisait fonctionner une machine de buanderie de son employeur, laquelle n’était pas munie d’un dispositif de protection. L’employeur, dont la police d’assurance exigeait que toutes les machines soient munies d’un dispositif de protection, a envoyé à l’assureur un rapport d’accident dans lequel il laissait entendre que la machine en question n’était pas munie d’un dispositif de protection. De plus, deux des agents de l’assureur ont soit vu que la machine n’était pas munie d’un dispositif de protection, soit ils en ont été informés. Le juge Idington a conclu que,

the breach. While the contention that the insurer did not understand the legal significance of this fact was rejected by Idington J. as *unbelievable* (at p. 600), it was also *irrelevant*: because the insurer knew of the relevant fact, the knowledge of its legal significance could be imputed to the insurer. In separate reasons, other members of this Court agreed that the insurer was taken, by its knowledge of *the fact* of the unguarded machine, to have full knowledge of its rights to deny coverage (at p. 601, per Duff J.; at pp. 602-3, per Anglin J.; at pp. 606-7, per Mignault J.), and the insurer was therefore estopped from denying coverage after having defended the action.

[26] *Parrott* demonstrates the narrow operation of imputed knowledge in this context. Where the insurer is shown to have known of the fact demonstrating a breach but has failed to appreciate its legal significance (that is, failed to discern that it indeed demonstrated *a breach*), a trier of fact may infer the insurer knew of its right to withhold coverage while intending to assure the insured that it would not act thereon (see *Maracle*, at p. 59; *John Burrows*, at p. 616). The employer's reliance on the insurer's conduct — in providing a defence and taking the matter to trial — as an assurance of coverage was reasonable in view of the insurer having actual knowledge of the fact of the unguarded machine.

[27] This view finds support in the lower courts. In *Rosenblood Estate v. Law Society of Upper Canada* (1989), 37 C.C.L.I. 142 (Ont. H.C.), aff'd 16 C.C.L.I. (2d) 226 (Ont. C.A.), the very nature of the claim — that a solicitor was aware that a property he was dealing with was over-mortgaged — fell outside the scope of the insurance policy. Again, however, while the insurer knew of the solicitor's awareness, it failed

simplement en lisant le rapport de l'employeur, il était [TRADUCTION] « inconcevable » que l'attention de l'assureur n'ait pas été attirée sur la contravention à la police (p. 598). Il s'ensuit que l'assureur avait en sa possession le fait pertinent qui établissait la contravention. Bien que l'affirmation selon laquelle l'assureur n'avait pas compris la portée juridique de ce fait ait été rejetée par le juge Idington, parce qu'elle était *difficile à croire* (p. 600), elle était également *sans pertinence* : étant donné que l'assureur connaissait le fait pertinent, on pouvait lui imputer la connaissance de sa portée juridique. Dans des motifs distincts, d'autres juges de la Cour étaient d'accord pour dire que, par sa connaissance du *fait* que la machine n'était pas munie d'un dispositif de protection, l'assureur était considéré avoir pleinement connaissance de ses droits de refuser la couverture (p. 601, le juge Duff; p. 602-603, le juge Anglin; p. 606-607, le juge Mignault), et que l'assureur était donc préclus de refuser la couverture après avoir défendu l'action.

[26] L'arrêt *Parrott* illustre l'application restreinte de la connaissance imputée dans un tel contexte. Lorsqu'il est démontré que l'assureur a eu connaissance du fait établissant une contravention, mais qu'il a omis d'en évaluer la portée juridique (c'est-à-dire qu'il ne s'est pas rendu compte qu'il y avait eu en réalité *une contravention*), le juge des faits peut tirer l'inférence que l'assureur connaissait son droit de refuser la couverture tout en ayant l'intention de garantir à l'assuré qu'il n'y donnerait pas suite (voir *Maracle*, p. 59; *John Burrows*, p. 616). Le fait que l'employeur se soit fondé sur la conduite de l'assureur — qui a produit une défense et est allé à procès — en guise de garantie de la couverture était raisonnable étant donné que l'assureur avait une connaissance réelle du fait que la machine n'était pas munie d'un dispositif de protection.

[27] Ce point de vue est étayé par les tribunaux de juridiction inférieure. Dans l'affaire *Rosenblood Estate c. Law Society of Upper Canada* (1989), 37 C.C.L.I. 142 (H.C. Ont.), conf. par 16 C.C.L.I. (2d) 226 (C.A. Ont.), la nature même de la demande — le fait qu'un avocat savait que l'une des propriétés dont il s'occupait était surhypothéquée — ne relevait pas du champ d'application de la police d'assurance.

to appreciate its significance as demonstrative of a policy breach. And as in *Parrott*, that did not matter: it was taken, by virtue of its knowledge of *the fact*, as appreciating its significance (p. 156). Whether the insurer actually did appreciate the significance of the fact was irrelevant. In this sense, estoppel differs from waiver, which requires knowledge of the legal significance of the facts (*Saskatchewan River Bungalows Ltd. v. Maritime Life Assurance Co.*, [1994] 2 S.C.R. 490, at p. 500). In *Rosenblood Estate*, the reliance of the solicitor's estate on the insurer providing a defence as an assurance of coverage was reasonable in light of the insurer having actual knowledge of the mere fact that brought the claim outside the scope of the policy.

[28] This was echoed recently at the Court of Appeal for Ontario in *The Commonwealth Mutual Assurance Group v. Campbell*, 2019 ONCA 668, 95 C.C.L.I. (5th) 344, aff'g 2018 ONSC 5899, 95 C.C.L.I. (5th) 328, at paras. 38 and 40, where, again, the nature of the claim itself fell outside the scope of coverage. The insurer thus had knowledge of facts supporting a denial of coverage from the moment it received a statement of claim. It was irrelevant that the insurer did not turn its mind to the applicable exclusion, and it was estopped from relying on that exclusion later to deny coverage.

[29] This point — that the provision of a defence by an insurer, despite its knowledge of a fact demonstrating a breach, supports an inference that the insurer intended to alter its legal relationship with the insured — is widely accepted in our law (see, e.g., *Parlee v. Pembroke Insurance Co.*, 2005 NBCA 49, 283 N.B.R. (2d) 75, at para. 12; *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (2000), 22 C.C.L.I. (3d) 1 (Ont. C.A.), at para. 69; *Gilewich v. 3812511 Manitoba Ltd.*, 2011 MBQB 169, 267 Man. R. (2d) 40, at para. 42; *Gillies v. Couty* (1994), 100 B.C.L.R. (2d) 115 (S.C.), at paras. 5 and 8;

Encore une fois, cependant, même si l'assureur savait que l'avocat était au courant, il n'en a pas apprécié l'importance de ce fait, à savoir qu'il établissait une contravention à la police. Qui plus est, comme dans l'arrêt *Parrott*, cela n'était pas important : cela a été considéré, en raison de la connaissance *du fait*, comme une appréciation de sa portée (p. 156). La question de savoir si l'assureur avait réellement apprécié la portée de ce fait n'est pas pertinente. En ce sens, la préclusion diffère de la renonciation qui requiert la connaissance de la portée juridique des faits (*Saskatchewan River Bungalows Ltd. c. La Maritime, Compagnie d'assurance-vie*, [1994] 2 R.C.S. 490, p. 500). Dans l'arrêt *Rosenblood Estate*, que la succession de l'avocat se soit fondée sur le fait que l'assureur offrait une défense en tant que garantie de couverture était raisonnable, vu que l'assureur avait une connaissance réelle du seul fait qui soustrayait la demande du champ d'application de la police.

[28] Cela a récemment été réitéré par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *The Commonwealth Mutual Assurance Group c. Campbell*, 2019 ONCA 668, 95 C.C.L.I. (5th) 344, conf. 2018 ONSC 5899, 95 C.C.L.I. (5th) 328, par. 38 et 40, dans lequel, encore une fois, la nature de la demande en soi ne faisait pas partie du champ d'application de la couverture. L'assureur connaissait donc les faits qui étaient un refus de couverture dès le moment où il a reçu la déclaration. Il n'était donc pas pertinent que l'assureur ne se soit pas penché sur l'exclusion applicable, et il était par la suite préclus de se fonder sur cette exclusion pour refuser la couverture.

[29] Ce point — à savoir que le fait qu'un assureur offre une défense, malgré sa connaissance d'un fait établissant une contravention, étaye l'inférence selon laquelle l'assureur avait l'intention de modifier ses rapports juridiques avec l'assuré — est largement accepté dans notre droit (voir, p. ex., *Parlee c. Pembroke Insurance Co.*, 2005 NBCA 49, 283 R. N.-B. (2e) 75, par. 12; *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (2000), 22 C.C.L.I. (3d) 1 (C.A. Ont.), par. 69; *Gilewich c. 3812511 Manitoba Ltd.*, 2011 MBQB 169, 267 Man. R. (2d) 40, par. 42; *Gillies c. Couty* (1994),

Federal Insurance Co. v. Matthews (1956), 3 D.L.R. (2d) 322 (B.C.S.C.), at p. 345; see also *Owen Sound Public Library Board v. Mial Developments Ltd.* (1979), 26 O.R. (2d) 459 (Ont. C.A.), at p. 467). Also widely accepted is the proposition that, where an insurer knows of the facts demonstrating a breach, a failure to appreciate their legal significance *as such* — that is, as demonstrative of a breach — is irrelevant, so that such an appreciation may be imputed to the insurer, and the insurer estopped from denying coverage (see, for instance, *Personal Insurance Co. v. Alexander Estate*, 2012 NWTSC 19, 30 M.V.R. (6th) 282, at paras. 33-35 and 41-42; *Snair v. Halifax Insurance Nationale-Nederlanden North America Corp.* (1995), 145 N.S.R. (2d) 132 (S.C.), at para. 62; *Rowe v. Mills* (1986), 72 N.B.R. (2d) 344 (Q.B.), at para. 12; *Hassan v. Toronto General Insurance Co.* (1960), 22 D.L.R. (2d) 360 (Ont. H.C.J.), at pp. 368-69).

[30] In sum, where an insurer is shown to be in possession of the facts demonstrating a breach, an inference may be drawn that the insurer, by its conduct, *intended* to alter its legal relationship with the insured — notwithstanding the fact that the insurer did not realize the legal significance of the facts or otherwise failed to appreciate the terms of its policy with the insured.

[31] Here, it is undisputed that, when RSA defended Mr. Devecseri's estate, it did not know of the fact of his consumption of alcohol prior to the accident, which fact, if known, would have demonstrated his policy breach. This is not a case where RSA knew of Mr. Devecseri's consumption of alcohol but failed to appreciate it as putting him in breach. On that basis, *Parrott*, *Rosenblood Estate* and *Campbell* are readily distinguishable. Knowledge of the facts demonstrating Mr. Devecseri's breach cannot be imputed to RSA, and RSA therefore cannot be taken to have intended to assure his estate, or Mr. Bradfield, or anyone else, that it would not be relying upon that breach to deny coverage.

100 B.C.L.R. (2d) 115 (C.S.), par. 5 et 8; *Federal Insurance Co. c. Matthews* (1956), 3 D.L.R. (2d) 322 (C.S.C.-B.), p. 345; voir aussi *Owen Sound Public Library Board c. Mial Developments Ltd.* (1979), 26 O.R. (2d) 459 (C.A. Ont.), p. 467). Est également largement admise l'idée que, lorsqu'un assureur connaît les faits établissant une contravention, son défaut d'en apprécier la portée juridique *en tant que telle* — c'est-à-dire comme établissant une contravention — n'est pas pertinent, de sorte qu'une telle appréciation peut être imputée à l'assureur, et celui-ci peut être préclus de refuser la couverture (voir, en l'occurrence, *Personal Insurance Co. c. Alexander Estate*, 2012 NWTSC 19, 30 M.V.R. (6th) 282, par. 33-35 et 41-42; *Snair c. Halifax Insurance Nationale-Nederlanden North America Corp.* (1995), 145 N.S.R. (2d) 132 (C.S.), par. 62; *Rowe c. Mills* (1986), 72 R.N.-B. (2^e) 344 (B.R.), par. 12; *Hassan c. Toronto General Insurance Co.* (1960), 22 D.L.R. (2d) 360 (H.C.J. Ont.), p. 368-369).

[30] En résumé, lorsqu'il est établi que l'assureur a en sa possession les faits établissant une contravention, une inférence peut être tirée selon laquelle l'assureur, par sa conduite, *avait l'intention* de modifier ses rapports juridiques avec l'assuré — nonobstant le fait que l'assureur n'a pas saisi la portée juridique des faits ou n'a pas su autrement comprendre les modalités de sa police conclue avec l'assuré.

[31] En l'espèce, il n'est pas contesté que, quand la RSA s'est chargée de la défense de la succession de M. Devecseri, elle ne savait pas qu'il avait consommé de l'alcool avant l'accident, un fait qui, s'il avait été connu, aurait établi qu'il avait contrevenu à la police. Il ne s'agit pas d'un cas où la RSA était au courant de la consommation d'alcool de M. Devecseri, mais avait omis de l'apprécier comme un fait le mettant en contravention de la police. Sur ce fondement, les précédents *Parrott*, *Rosenblood Estate* et *Campbell* se distinguent facilement de la présente affaire. La connaissance des faits établissant la contravention de M. Devecseri ne peut pas être imputée à la RSA, et l'on ne peut considérer que cette dernière a eu l'intention de garantir à sa succession, ou à M. Bradfield, ou à quiconque d'autre, qu'elle ne se fonderait pas sur cette contravention pour refuser la couverture.

(2) Constructive Knowledge

[32] Trial Lawyers urges us to find that RSA *constructively* knew of Mr. Devecseri’s breach, and is thus taken to know what it ought to or should have known. This submission is premised on what Trial Lawyers says is RSA’s breach of a duty to diligently investigate the claim against its insured. We would reject Trial Lawyers’ argument, and with it the possibility of recognizing constructive knowledge arising from a breach of a duty to investigate as grounding promissory estoppel, for two reasons.

[33] First, this argument entails a significant — and, in our view, unwise and unnecessary — modification of the obligation an insurer owes to the insured in the context of a liability claim. This duty exists because insurers have strong economic incentives to deny coverage, which this Court has sought to moderate in the public interest. As claims arise under a policy of liability insurance, insurers are bound by a duty to the insured to investigate each claim “fairly”, in a “balanced and reasonable manner”, and not engage in a relentless search for a policy breach (*Fidler*, at para. 63, citing *702535 Ontario Inc.*, at para. 29). The point bears reiteration: this Court has sought to *temper* the incentives of insurers in order to protect the interests of insureds, who are vulnerable when insurers act with “wilful tunnel vision” to look for policy breaches where there is “nothing to go on” (*Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, at paras. 102-3).

[34] The duty owed to the insured to investigate fairly, in a balanced and reasonable manner, as recognized by this Court is at odds with the duty to investigate “thoroughly” and “diligently” urged upon us by Trial Lawyers (A.F., at paras. 121 and 123). Apparently relying on *Coronation Insurance Co. v. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 S.C.R. 622,

(2) Connaissance par interprétation

[32] Trial Lawyers prie la Cour de juger que la RSA avait une connaissance *par interprétation* de la contravention de M. Devecseri, et qu’il faut donc considérer qu’elle connaissait ou aurait dû connaître les faits. Cet argument repose sur la prémisse de ce que Trial Lawyers appelle le manquement de la RSA à un devoir d’enquêter avec diligence sur la demande présentée contre son assuré. Nous sommes d’avis de rejeter l’argument de Trial Lawyers et, avec lui, la possibilité d’établir la connaissance par interprétation découlant d’un manquement au devoir d’enquêter en tant que fondement de la préclusion promissoire, pour deux raisons.

[33] Premièrement, un tel argument englobe une importante modification — et, à notre avis, malavisée et inutile — de l’obligation qui incombe à l’assureur à l’égard de l’assuré dans le contexte d’une réclamation. Cette obligation existe parce que les assureurs ont de solides incitatifs économiques à refuser la couverture, ce que notre Cour a tenté de modérer dans l’intérêt public. Comme les demandes de règlement découlent d’une police d’assurance responsabilité, les assureurs sont liés par une obligation envers l’assuré d’enquêter sur chaque demande de règlement [TRADUCTION] « *de bonne foi* », « *de façon impartiale et raisonnable* », sans toutefois s’acharner à trouver une contravention à la police (*Fidler*, par. 63, citant *702535 Ontario Inc.*, par. 29). Ce point mérite d’être réitéré : notre Cour a cherché à *atténuer* les incitatifs des assureurs pour protéger les intérêts des assurés qui sont en position de vulnérabilité quand les assureurs « porte[nt] délibérément des œillères » afin de rechercher des contraventions à la police alors qu’il n’existe aucun « autre fondement » justifiant de refuser la couverture (*Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, par. 102-103).

[34] L’obligation qu’un assureur a envers un assuré d’enquêter de bonne foi, de façon impartiale et raisonnable, comme l’a reconnu notre Cour, est incompatible avec l’obligation de mener une enquête [TRADUCTION] « approfondie » et « rigoureuse » que fait valoir Trial Lawyers (m.a., par. 121 et 123). Se fondant apparemment sur l’arrêt *Coronation Insurance*

Trial Lawyers submits that the insurer is bound by a duty to “know the things that were within [its] grasp” (transcript, p. 24; see also A.F., at para. 124; *Coronation Insurance*, at p. 640). But *Coronation Insurance* is of minimal assistance here. First, the standard set in that case and in *Canadian Indemnity Co. v. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 S.C.R. 549, related to insurers’ presumed knowledge of their own files and of issues of public notoriety. The coroner’s report at issue in this case was neither in the possession of the insurer nor notorious. More fundamentally, those cases concerned an insurer’s assessment of the risks associated with a prospective insured *before even entering into an insurance contract*. At that pre-contract stage, this Court’s concern was to temper the insurer’s incentives to enter into a contract while turning a blind eye to the risks posed by the insured, only to then use the non-disclosure of those risks as a basis for denying coverage as claims arose. The incentives operate differently where, as here, we are concerned with claims under an existing contract. At that stage, the insurer has every incentive to search for breaches in relation to a given claim. We fear that, far from tempering these incentives, Trial Lawyers’ submission would *augment* them, pushing insurers to go the extra mile to find policy breaches. For this reason, the submission must be rejected.

[35] Secondly, there is no basis in law for a third-party claimant such as Mr. Bradfield to be able to ground an estoppel argument in any alleged breaches of an insurer’s duty to its insured. In other words, the duty to investigate fairly, in a balanced and reasonable manner, is owed only to the insured, not third parties. Were such a duty owed to third parties, it would sit uneasily, and indeed would undermine, the duties of utmost good faith and fair dealing that govern the relationship between the parties to an insurance contract — in this case, between RSA and Mr. Devecseri. This is because the obligations

Co. c. Taku Air Transport Ltd., [1991] 3 R.C.S. 622, Trial Lawyers soutient que l’assureur est tenu à une obligation de [TRADUCTION] « connaître les choses qui étaient à sa portée » (transcription, p. 24; voir aussi m.a., par. 124; *Coronation Insurance*, p. 640). Cependant, l’arrêt *Coronation Insurance* est peu utile en l’espèce. Premièrement, la norme énoncée dans cette affaire et dans l’arrêt *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549, est liée à la connaissance imputée que les assureurs ont de leurs propres dossiers et des questions de notoriété publique. Le rapport en cause du coroner, dans la présente affaire, n’était ni en la possession de l’assureur ni notoire. Plus fondamentalement, ces cas concernaient l’évaluation faite par l’assureur des risques associés à un assuré potentiel, *avant même qu’un contrat d’assurance ne soit conclu*. À l’étape pré-contractuelle, la préoccupation de la Cour était de modérer les mesures que l’assureur entreprend pour inciter les assurés à conclure un contrat, tout en fermant les yeux sur les risques posés par les assurés, uniquement pour ensuite pouvoir utiliser la non-divulgence de ces risques comme fondement du refus de couverture des demandes de règlements qui en découlent. Les incitatifs opèrent différemment dans les cas où, comme en l’espèce, nous sommes saisis de demandes de règlement présentées dans le cadre d’un contrat existant. À cette étape-ci, l’assureur a tout intérêt à rechercher les contraventions en lien avec une demande de règlement précise. Nous craignons que, loin de modérer ces mesures incitatives, l’argument de Trial Lawyers ne les *intensifie*, poussant les assureurs à déployer des efforts supplémentaires pour trouver des contraventions à la police. Pour ce motif, l’argument doit être rejeté.

[35] Deuxièmement, il n’y a aucun fondement juridique permettant à un tiers demandeur comme M. Bradfield d’être en mesure de fonder un argument de préclusion dans le cas de quelque prétendue contravention que ce soit à une obligation que l’assureur a envers son assuré. En d’autres termes, l’obligation d’enquêter de bonne foi, de façon impartiale et raisonnable est due uniquement à l’assuré et non pas à des tiers. Si une telle obligation était due à des tiers, elle s’accorderait mal avec les obligations de bonne foi la plus absolue et de traitement équitable qui régissent les rapports entre les parties

between the insurer and the insured are reciprocal; while the insurer has the aforementioned duty to investigate fairly, in a balanced and reasonable manner, *the insured is also* under a reciprocal duty to disclose facts material to the claim (*Whiten*, at para. 83, citing *Andrusiw v. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1 (Q.B.), at paras. 84-85; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 55).

[36] This reciprocity of obligation is worth stressing. This Court has taken care to strike a careful balance in stating and developing the duty of utmost good faith and fair dealing between insurer and insured with a view to facilitating the honest, fair, and expeditious resolution of insurance claims. Here, RSA owed Mr. Devecseri a duty to investigate the claims against his estate fairly, in a balanced and reasonable manner, and without being zealous or relentless in its search for policy breaches. Had he survived, Mr. Devecseri would have owed a reciprocal duty to disclose any information in his possession which might have voided his coverage — in particular, that he had consumed alcohol. If, after having received this disclosure, RSA had continued to provide a defence, Mr. Devecseri could have relied on that continued defence as an assurance of coverage that could prevent RSA from later changing positions. Had, however, Mr. Devecseri failed to disclose to RSA the fact of his having consumed alcohol, the breach of his duty to disclose would foreclose any later assertion by him and against RSA of estoppel.

[37] Trial Lawyers asks that we allow third-party claimants to piggy-back onto the relationship between insurer and insured, characterized as it is by mutual duties of utmost good faith and fair dealing, but in a way that strips the new relationship between an insurer and third-party claimants of all such mutuality. So, while Mr. Bradfield claims he does not recall whether Mr. Devecseri consumed alcohol,

à un contrat d'assurance — en l'espèce, entre la RSA et M. Devecseri — et minerait dans les faits ces obligations. Il en est ainsi parce que les obligations qui existent entre l'assureur et l'assuré sont réciproques; bien que l'assureur ait l'obligation susmentionnée d'enquêter de bonne foi, de façon impartiale et raisonnable, *l'assuré a aussi* une obligation réciproque de divulguer tous les faits pertinents liés à la demande de règlement (*Whiten*, par. 83, citant *Andrusiw c. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1 (B.R.), par. 84-85; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 55).

[36] Cette réciprocité des obligations mérite d'être soulignée. Notre Cour s'est efforcée d'atteindre un juste équilibre dans l'énonciation et l'élaboration de l'obligation de bonne foi la plus absolue et du traitement équitable entre un assureur et un assuré dans le but de favoriser le règlement honnête, juste et rapide des réclamations. En l'espèce, la RSA avait envers M. Devecseri une obligation d'enquêter de bonne foi, de façon impartiale et raisonnable sur les demandes présentées à l'encontre de sa succession, et ce, sans faire preuve de zèle ni s'acharner à chercher des contraventions à la police. S'il avait survécu à l'accident, M. Devecseri aurait eu une obligation réciproque de divulguer tout renseignement qu'il avait en sa possession et qui aurait pu annuler sa couverture — en particulier, le fait qu'il avait consommé de l'alcool. Si, après avoir reçu de tels renseignements, la RSA avait continué à assurer sa défense, M. Devecseri aurait pu se fonder sur cette défense continue comme étant une garantie de couverture qui pouvait empêcher la RSA de changer de position par la suite. Si, toutefois, M. Devecseri avait omis de divulguer à la RSA le fait qu'il avait consommé de l'alcool, la contravention à son obligation de divulgation l'empêcherait d'invoquer la préclusion contre la RSA.

[37] Trial Lawyers nous demande d'autoriser des tiers demandeurs à s'immiscer dans les rapports entre assureur et assuré, lesquels sont caractérisés par leurs obligations mutuelles de bonne foi la plus absolue et de traitement équitable, mais d'une manière qui dépouille le nouveau rapport entre un assureur et des tiers demandeurs de tout caractère mutuel. Ainsi, bien que M. Bradfield affirme qu'il ne se souvient

it is worth bearing in mind that, *had he known*, he would be under no obligation to RSA to disclose that fact. And yet, Trial Lawyers would have this Court burden RSA with a duty to *Mr. Bradfield* to discover that selfsame fact. We see no justice in impressing RSA with such a duty while Mr. Bradfield owes no corresponding obligation. Further, and in any event, we note that promissory estoppel requires that the party seeking the aid of equity come with clean hands, which may also entail an obligation to disclose material facts, particularly in contexts such as insurance where parties are bound by reciprocal duties of utmost good faith (see, e.g., MacDougall, at §§ 5.289 to 5.292).

[38] Viewed in light of the reciprocity of obligations between the actual contracting parties — the insurer and the insured — there is a certain absurdity to Trial Lawyers' position. It would effectively mean that a contract of liability insurance provides greater protection to, and imposes fewer (indeed, no) obligations upon, third parties like Mr. Bradfield than it provides to and imposes upon the first-party insured. This result effectively runs contrary to the clear expression of legislative intent in s. 258(11) of the *Insurance Act*, which provides that an insurer is entitled to assert any defences against the claimant as it could raise against the insured.

[39] For these reasons, we must reject Trial Lawyers' argument that RSA can be fixed with constructive knowledge of Mr. Devecseri's policy breach.

B. *Further Issues*

[40] Trial Lawyers says it can assert estoppel on behalf of both Mr. Devecseri's estate and Mr. Bradfield, based on assurances to each, and based on detriment suffered by each. This submission is extraordinary. While these issues were not satisfactorily argued by the parties and we therefore leave their resolution to

pas si M. Devecseri avait consommé de l'alcool, il convient de garder à l'esprit que, *s'il l'avait su*, il n'aurait eu aucune obligation de divulguer ce fait à la RSA. Et pourtant, Trial Lawyers voudrait que la Cour fasse peser sur la RSA le fardeau d'une obligation envers M. Bradfield de découvrir ce même fait. À notre avis, il n'est pas juste d'imposer à la RSA une telle obligation alors que l'obligation correspondante ne pèse pas sur M. Bradfield. En outre, et quoi qu'il en soit, nous faisons observer que la préclusion promissive exige que la partie qui invoque ce recours d'équité ait une attitude irréprochable, ce qui peut aussi englober une obligation de divulguer les faits pertinents, en particulier dans des contextes comme celui de l'assurance où les parties sont liées par des obligations réciproques de bonne foi la plus absolue (voir, p. ex., MacDougall, § 5.289-5.292).

[38] Examinée à la lumière de la réciprocité des obligations entre les véritables parties contractantes — l'assureur et l'assuré —, il y a une certaine absurdité dans la position de Trial Lawyers. Cela signifierait effectivement qu'un contrat d'assurance responsabilité offre une plus grande protection aux tiers comme M. Bradfield, et leur impose moins d'obligations (voire aucune), qu'il ne le fait à l'égard de l'assuré désigné. Un tel résultat est, en réalité, contraire à l'intention législative manifeste exprimée au par. 258(11) de la *Loi sur les assurances*, qui dispose qu'un assureur peut, à l'encontre de l'auteur d'une demande de règlement, se prévaloir de tout moyen de défense qu'il a le droit d'opposer à l'assuré.

[39] Pour ces motifs, nous devons rejeter l'argument de Trial Lawyers selon lequel on peut considérer que la RSA a eu une connaissance par interprétation de la contravention de M. Devecseri à la police.

B. *Autres questions*

[40] Trial Lawyers dit pouvoir faire valoir l'argument de la préclusion au nom de la succession de M. Devecseri et au nom de M. Bradfield, compte tenu des assurances données à chaque partie, et du préjudice subi par chacune d'elles. Cet argument sort de l'ordinaire. Bien que ces questions n'aient pas

another day, we highlight below some of the difficulties that Trial Lawyers would face in asserting estoppel in the manner it proposes, given the third-party nature of its claim and the relevant statutory context.

(1) Limits of the Statutory Relationship

[41] Promissory estoppel generally requires that the promisor and promisee already have a legal relationship (*Maracle*, at p. 57; *Canadian Superior Oil Ltd. v. Paddon-Hughes Development Co.*, [1970] S.C.R. 932, at p. 938; *Atlantic Steel Buildings Ltd. v. Cayman Group Ltd.* (1982), 50 N.S.R. (2d) 609 (S.C. (App. Div.)); see also MacDougall, at § 5.92). Trial Lawyers says that Mr. Bradfield, as a third-party claimant relative to Mr. Devecseri's insurance policy, was in a legal relationship with RSA by virtue of s. 258 of the *Insurance Act*. The relevant provisions of s. 258 of the *Insurance Act* read as follows:

Application of insurance money, 3rd party claims, etc.

258 (1) Any person who has a claim against an insured for which indemnity is provided by a contract evidenced by a motor vehicle liability policy, even if such person is not a party to the contract, may, upon recovering a judgment therefor in any province or territory of Canada against the insured, have the insurance money payable under the contract applied in or towards satisfaction of the person's judgment and of any other judgments or claims against the insured covered by the contract and may, on the person's own behalf and on behalf of all persons having such judgments or claims, maintain an action against the insurer to have the insurance money so applied.

Defence where excess limits

(11) Where one or more contracts provide for coverage in excess of the limits mentioned in section 251 [i.e. the

été plaidées de manière satisfaisante par les parties et que nous reportions donc leur résolution à une autre occasion, nous soulignons ci-après certaines des difficultés auxquelles Trial Lawyers serait exposée si elle voulait invoquer la préclusion de la manière qu'elle le propose, compte tenu du fait que sa demande émane d'un tiers et du contexte législatif applicable.

(1) Limites des rapports établis par la loi

[41] La doctrine de la préclusion promissoire requiert généralement que l'auteur de la promesse et son destinataire aient déjà un rapport juridique (*Maracle*, p. 57; *Canadian Superior Oil Ltd. c. Paddon-Hughes Development Co.*, [1970] R.C.S. 932, p. 938; *Atlantic Steel Buildings Ltd. c. Cayman Group Ltd.* (1982), 50 N.S.R. (2d) 609 (C.S. (Div. d'appel)); voir aussi MacDougall, § 5.92). Trial Lawyers affirme que M. Bradfield, en tant que tiers demandeur relativement à la police d'assurance de M. Devecseri, entretenait un rapport juridique avec la RSA, au titre de l'art. 258 de la *Loi sur les assurances*. Les dispositions pertinentes de l'art. 258 de la *Loi sur les assurances* sont ainsi libellées :

Affectation des sommes assurées et mise en cause de l'assureur

258 (1) La personne qui formule contre un assuré une demande de règlement pour laquelle une indemnité est prévue par un contrat constaté par une police de responsabilité peut, bien qu'elle ne soit pas partie au contrat et lorsqu'un jugement dans cette affaire est rendu contre l'assuré en sa faveur dans une province ou un territoire du Canada, faire affecter les sommes assurées payables aux termes du contrat à l'exécution du jugement rendu ainsi que tous les autres jugements ou demandes contre l'assuré couvert par le contrat. Elle peut en son nom propre et au nom de toutes les personnes ayant présenté ces demandes ou en faveur desquelles ces jugements ont été rendus, intenter contre l'assureur une action en vue de faire ainsi affecter ces sommes assurées.

Couverture supérieure aux limites

(11) Lorsqu'un ou plusieurs contrats fournissent une couverture supérieure aux limites prévues à l'article 251

\$200,000 mandatory insurance minimum], . . . the insurer may,

(a) with respect to the coverage in excess of those limits; and

(b) as against a claimant,

avail itself of any defence that it is entitled to set up against the insured

[42] Trial Lawyers submits that this statutory language creates the requisite legal relationship allowing Mr. Bradfield to assert a right of coverage as against RSA, both on his own behalf and by “stand[ing] in the shoes” of Mr. Devecseri’s estate (A.F., at para. 102). We agree that s. 258 creates a legal relationship between Mr. Bradfield and RSA. It grants third-party claimants under an insurance policy a cause of action directly against an insurer, thereby bypassing the insured. In this way, and to that extent, it ousts the common law rule of contractual privity which would otherwise bar a third-party claimant from suing an insurer on an insurance contract to which the claimant is not a party. Absent s. 258, the third-party claimant’s ability to recover funds from an insurer would be “entirely dependent upon the extent to which the insured [here, Mr. Devecseri’s estate] chooses to or is able to enforce its contractual rights against the insurer [here, RSA]” (B. Billingsley, *General Principles of Canadian Insurance Law* (3rd ed. 2020), at p. 295). All other provinces and territories have enacted provisions similar in effect to s. 258.

[43] We are, however, far from persuaded that Trial Lawyers accounts correctly for the nature of this relationship or of the rights and responsibilities flowing therefrom, and their implications for the estoppel analysis. This is because the precise nature of this legal relationship, as determined by the statutory text, permits a claimant to sue the insurer only “upon recovering a judgment” against the insured. On the facts of this case, this restriction is significant because RSA abandoned its defence of Mr. Devecseri

[c’est-à-dire la garantie minimale de 200 000 \$ prévue par la loi], . . . l’assureur peut :

a) relativement à la couverture qui excède ces limites;

b) à l’encontre de l’auteur d’une demande de règlement,

se prévaloir des moyens de défense qu’il a le droit d’opposer à l’assuré

[42] Trial Lawyers soutient que ce libellé de la loi crée le rapport juridique requis permettant à M. Bradfield d’affirmer son droit à la couverture à l’encontre de la RSA, à la fois en son nom propre et en [TRADUCTION] « se met[tant] à la place » de la succession de M. Devecseri (m.a., par. 102). Nous sommes d’accord pour dire que l’art. 258 crée un rapport juridique entre M. Bradfield et la RSA. Il accorde aux tiers demandeurs, au titre d’une police d’assurance, une cause d’action directe contre l’assureur, contournant ainsi l’assuré. De cette façon, et dans cette mesure, il écarte la règle de common law du lien contractuel qui empêcherait autrement un tiers demandeur d’intenter des poursuites contre un assureur au titre d’un contrat d’assurance auquel le demandeur n’est pas partie. N’eût été l’art. 258, la capacité du tiers demandeur de recouvrer des fonds auprès d’un assureur [TRADUCTION] « dépendrait entièrement de la mesure dans laquelle l’assuré [ici, la succession de M. Devecseri] choisit de mettre en application ses droits contractuels contre l’assureur [ici, la RSA] ou est en mesure de le faire » (B. Billingsley, *General Principles of Canadian Insurance Law* (3^e éd. 2020), p. 295). Toutes les autres provinces et tous les autres territoires ont adopté des dispositions semblables à celle de l’art. 258.

[43] Nous sommes toutefois loin d’être convaincus que Trial Lawyers prend correctement en compte la nature de ce rapport ou des droits et responsabilités qui en découlent, ainsi que leurs répercussions pour l’analyse de la préclusion. Il en est ainsi parce que de la nature précise de ce rapport juridique, telle que déterminée par le texte législatif, permet à un demandeur d’intenter des poursuites contre l’assureur uniquement « lorsqu’un jugement [. . .] est rendu contre l’assuré ». Au regard des faits de l’espèce,

in 2009, three years before Mr. Bradfield obtained his cross-claim judgment against RSA. This is the first obvious difficulty with Trial Lawyers' position: it relies on conduct by RSA that predates the existence of the relevant legal relationship.

[44] The difficulties do not end there. It is unclear to us, based on the text of the statute, whether Mr. Bradfield can assert an estoppel argument on behalf of Mr. Devecseri's estate, as Trial Lawyers proposes. Section 258(1) permits Mr. Bradfield to bring his claim only on his "own behalf and on behalf of all persons having such judgments or claims . . . against the insured", which would appear to foreclose claims in which Mr. Bradfield "steps into the shoes" of Mr. Devecseri's estate and asserts an estoppel on that basis. We note, on the other hand, that s. 258(1) states that it applies to judgments against the insured that are "covered by the contract", which language contemplates a judicial determination of whether the first-party insured is, indeed, "covered", in the sense that the insured could estop the insurer from denying coverage.

[45] Accordingly, without fuller submissions than we received, we would refrain from definitively concluding whether s. 258(1) allows the type of claim that Mr. Bradfield advanced. But we nevertheless emphasize that these questions require clear answers before a claim like Mr. Bradfield's could succeed.

(2) Assurance Regarding Coverage

[46] Even accepting for the purposes of argument that s. 258 operates as Trial Lawyers suggests — by permitting Mr. Bradfield to assert estoppel based on RSA's conduct predating the cross-claim judgment, whether on his own behalf or on behalf of Mr. Devecseri — there are further difficulties to

cette restriction est importante, car la RSA s'est désistée de la défense de M. Devecseri en 2009, trois ans avant que M. Bradfield n'obtienne un jugement dans sa demande reconventionnelle contre la RSA. Il s'agit de la première difficulté évidente concernant la position de Trial Lawyers : elle s'appuie sur la conduite de la RSA qui est antérieure à l'existence du rapport juridique pertinent.

[44] Les difficultés ne s'arrêtent pas là. Nous concevons mal, sur le fondement du texte de loi, comment M. Bradfield peut faire valoir un argument de préclusion au nom de la succession de M. Devecseri, comme le propose Trial Lawyers. Le paragraphe 258(1) permet à M. Bradfield de présenter sa demande seulement « en son nom propre et au nom de toutes les personnes ayant présenté ces demandes ou en faveur desquelles ces jugements ont été rendus », ce qui semble rendre irrecevables les demandes dans lesquelles M. Bradfield « se met à la place » de la succession de M. Devecseri et fait valoir un argument de préclusion sur cette base. Nous faisons remarquer par ailleurs que le par. 258(1) dispose qu'il ne s'applique qu'aux jugements contre l'assuré qui sont « couvert[s] par le contrat », et cette phraséologie vise une décision judiciaire quant à la question de savoir si l'assuré désigné est bel et bien « couvert », au sens où l'assuré pourrait empêcher l'assureur de refuser la couverture.

[45] En conséquence, en l'absence d'observations plus complètes que celles que nous avons reçues, nous nous abstenons de tirer une conclusion définitive relativement à la question de savoir si le par. 258(1) permet le type de demande que M. Bradfield a fait valoir. Cependant, nous mettons néanmoins l'accent sur le fait que ces questions nécessitent des réponses claires avant qu'une demande comme celle de M. Bradfield ne puisse être accueillie.

(2) Garantie relative à la couverture

[46] Même si nous acceptons, aux fins de l'argumentation, que l'art. 258 s'applique comme le suggère Trial Lawyers — en permettant à M. Bradfield de faire valoir la préclusion sur le fondement de la conduite de la RSA antérieure au jugement rendu dans le cadre de la demande reconventionnelle, que ce soit

resolve. We are of the view that Trial Lawyers has not identified any conduct by RSA that could amount to a “clear and unequivocal” or “unambiguous” assurance that it would refrain from denying coverage based on a later-revealed policy breach (*Engineered Homes Ltd. v. Mason*, [1983] 1 S.C.R. 641, at pp. 646-47, citing *Halsbury’s Laws of England* (4th ed.), vol. 16, at para. 1514).

[47] Trial Lawyers relies exclusively on RSA’s fulfilment of its various statutory obligations and its duty to defend as such an assurance. At the initial stages of the litigation, Ontario’s insurance legislation required RSA to advise plaintiffs of the existence of a policy covering Mr. Devecseri, the liability limits under that policy, and “whether the insurer will respond under the policy to the claim” (*Insurance Act*, s. 258.4). In answering the latter question, RSA had to determine whether its duty to defend Mr. Devecseri required it to respond under the policy. Importantly, RSA’s duty to defend Mr. Devecseri was triggered *not* by RSA being satisfied that Mr. Devecseri was not in breach, but simply by the receipt of a claim against the insured alleging facts which, “if proven to be true, would require the insurer to indemnify the insured for the claim” (*Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245, at para. 19; see also *Monenco Ltd. v. Commonwealth Insurance Co.*, 2001 SCC 49, [2001] 2 S.C.R. 699, at para. 29; *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551, at paras. 74-78; *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801, at pp. 810-11). Put simply, and absent a known policy breach, at the initial stages of a liability dispute the insurer may decline to defend the insured only where it is clear that the true nature of the facts as pleaded fall outside the scope of the policy (*Scalera*, at paras. 50-55), or the claim is expressly excluded.

en son nom propre ou au nom de M. Devecseri — il y a d’autres difficultés à résoudre. Nous sommes d’avis que Trial Lawyers n’a identifié aucune conduite de la RSA qui pourrait équivaloir à une garantie [TRADUCTION] « claire et non équivoque » ou « non ambiguë » qu’elle s’abstiendrait de refuser la couverture sur le fondement d’une contravention à la police révélée ultérieurement (*Engineered Homes Ltd. c. Mason*, [1983] 1 R.C.S. 641, p. 646-648, citant *Halsbury’s Laws of England* (4^e éd.), vol. 16, par. 1514).

[47] Trial Lawyers se fonde exclusivement sur le fait que la RSA respecte ses diverses obligations prévues par la loi et son obligation de défendre ainsi une garantie. Aux premières étapes du litige, la législation ontarienne en matière d’assurances exigeait que la RSA avise les demandeurs de l’existence d’une police couvrant M. Devecseri, des limites de responsabilité prévues par cette police, et qu’elle leur indique si elle « répondra à la demande aux termes de la police » (*Loi sur les assurances*, art. 258.4). En réponse à cette dernière question, la RSA devait déterminer si son obligation de défendre M. Devecseri exigeait qu’elle réponde à la demande aux termes de la police. Fait important, l’obligation de la RSA de défendre M. Devecseri découlait, *non pas* du fait que la RSA était convaincue que M. Devecseri n’avait pas contrevenu à la police, mais simplement du fait de la réception d’une demande contre l’assuré dans laquelle étaient allégués des faits qui, « s’ils se révélaient véridiques, exigeraient qu’[elle] indemnise l’assuré relativement à la demande » (*Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d’assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245, par. 19; voir aussi *Monenco Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.*, 2001 CSC 49, [2001] 2 R.C.S. 699, par. 29; *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551, par. 74-78; *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801, p. 810-811). En termes simples, et en l’absence d’une contravention connue à la police, aux premières étapes d’un litige en matière de responsabilité, l’assureur ne peut refuser de défendre l’assuré que s’il est manifeste que la véritable nature des faits tels qu’ils ont été plaidés n’entre pas dans la portée de la police (*Scalera*, par. 50-55), ou que la demande est expressément exclue.

[48] Where, therefore, an insurer responds to a claim against its insured by defending, it is communicating — to the insured *and* to the third-party claimant — only that the claims against its insured are of a type that fall within the terms of coverage. In no sense can such a limited communication, without more, be taken as a promise *to indemnify* the claimant if the insured is found at fault, irrespective of any later-revealed or later-occurring policy breaches. Trial Lawyers, in short, seeks to imbue RSA's provision of a defence to Mr. Devecseri's estate with greater significance than RSA's conduct in fact signified.

[49] Lastly, even were it possible to construe the insurer's assumption of a defence on behalf of its insured as a promise not to deny coverage, the third-party context of this case raises yet more problems for Trial Lawyers. In cases of questionable coverage, insurers often rely on reservation-of-rights letters or non-waiver agreements to preserve their right to deny coverage upon investigating the claim (see, generally, N. P. Kent, "Preventive Paperwork: Non-Waiver Agreements, Reservation-of-Rights Letters and the Defence of Claims in Questionable Coverage Situations" (1995), 17 *Advocates' Q.* 399). It is unclear to us how and whether a third party would ever obtain knowledge of a rights-reserving instrument of this kind, and in the absence of such knowledge, the third party could conceivably argue an estoppel unavailable to the insured. In this way, Trial Lawyers' submission once more appears to give more to the third party than to the first-party insured.

(3) Detrimental Reliance

[50] The final hurdle for Trial Lawyers would lie in establishing detrimental reliance. While we need not decide whether detrimental reliance is made out on the facts of this case, we note that the parties advanced arguments on the extent to which detrimental reliance can be presumed in cases where

[48] En conséquence, lorsqu'un assureur répond à une demande présentée contre son assuré en lui fournissant une défense, il ne fait qu'indiquer — à l'assuré *et* au tiers demandeur — que les demandes présentées contre son assuré sont des demandes visées par les modalités de la couverture. En aucun cas une telle communication restreinte, sans plus, ne peut être considérée comme une promesse *d'indemniser* le demandeur si l'assuré est jugé avoir commis une faute, indépendamment de toute contravention à la police révélée ou survenue ultérieurement. En résumé, Trial Lawyers cherche à conférer au fait que la RSA a fourni une défense à la succession de M. Devecseri une plus grande signification que ce que la conduite de la RSA n'avait, en réalité.

[49] Enfin, même s'il était possible d'interpréter la défense fournie par l'assureur au nom de son assuré comme une promesse de ne pas refuser la couverture, le fait que la demande ait été déposée par un tiers en l'espèce soulève encore plus de difficultés pour Trial Lawyers. Dans les cas où la couverture peut être remise en cause, les assureurs se fondent souvent sur des lettres de réserve de droits ou des accords de non-renonciation pour préserver leur droit de refuser la couverture après avoir enquêté sur la demande de règlement (voir, généralement, N. P. Kent, « Preventive Paperwork : Non-Waiver Agreements, Reservation-of-Rights Letters and the Defence of Claims in Questionable Coverage Situations » (1995), 17 *Advocates' Q.* 399). Il n'est pas clair pour nous de quelle façon, le cas échéant, un tiers pourrait avoir connaissance de l'existence d'un document de réserve de droits de ce type, et, en l'absence d'une telle connaissance, si le tiers pourrait être en mesure de faire valoir une préclusion que l'assuré ne peut pas invoquer. De cette manière, l'argument de Trial Lawyers, une fois de plus, semble être plus favorable au tiers qu'à l'assuré désigné.

(3) Acte de confiance préjudiciable

[50] La dernière difficulté pour Trial Lawyers consisterait à établir l'existence d'un acte de confiance préjudiciable. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher la question de savoir si un acte de confiance préjudiciable est démontré eu égard aux faits de l'espèce, nous faisons remarquer que les parties ont présenté

litigation has progressed to an advanced stage (see *Rosenblood Estate*, at pp. 156-57). This Court has never opined on such a presumption of prejudice and we decline to do so here, but we nevertheless highlight that the cases upon which Trial Lawyers relies involved claims by the first-party insured, not third-party claimants. This distinction requires careful consideration in a future case.

[51] We also affirm that detrimental reliance by the promisee must be shown to assert promissory estoppel. The Court in *Maracle* did not refer to the requirement of detrimental reliance because the detriment in that case was self-evident: the promisor allegedly stated it would not act on an expired limitation period and the promisee then allowed the limitation period to expire before bringing an action. Detrimental reliance has, however, always been a requirement for asserting promissory estoppel, or for that matter any form of estoppel. This is because, being an equitable doctrine, its goal is to address unconscionable, unjust, or unfair conduct (*Ryan*, at paras. 68 and 74; *Cowper-Smith v. Morgan*, 2017 SCC 61, [2017] 2 S.C.R. 754, at paras. 20 and 28). And what makes it unconscionable, unjust, or unfair to resile from a promise or assurance is that the promisor has, by intention and effect, induced the promisee to change its position in reliance thereon, *to its detriment*. For that reason, asserting promissory estoppel requires evidence of prejudice, inequity, unfairness or injustice before courts will give hold a promisor to its promise or assurance (see *Hughes v. Metropolitan Railway Co.* (1877), 2 App. Cas. 439 (H.L.), at p. 448, aff'd in *Conwest Exploration Co. v. Letain*, [1964] S.C.R. 20, at pp. 27-28, per Judson J.; *Fort Frances*, at p. 202, and *Ryan*, at para. 51, citing *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84 (C.A.), at p. 122).

des arguments sur la mesure dans laquelle l'existence d'un acte de confiance préjudiciable peut être imputée dans les cas où le litige est à une étape avancée (voir *Rosenblood Estate*, p. 156-157). La Cour ne s'est jamais prononcée sur une telle présomption de préjudice, et nous déclinons l'occasion de le faire ici, mais nous soulignons néanmoins que les affaires sur lesquelles Trial Lawyers se fonde concernaient des demandes de règlement présentées par des assurés désignés, et non par des tiers demandeurs. Cette distinction exige un examen minutieux dans une affaire à venir.

[51] Nous affirmons également qu'il convient de démontrer que le destinataire de la promesse a commis un acte de confiance préjudiciable pour que la préclusion promissoire puisse être établie. Dans l'arrêt *Maracle*, la Cour n'a pas fait référence à la nécessité de démontrer l'existence d'un acte de confiance préjudiciable parce que le préjudice dans cette affaire était évident en soi : l'auteur de la promesse aurait déclaré qu'il ne prendrait pas de mesures au motif que le délai de prescription était expiré, et le destinataire de la promesse avait ensuite laissé le délai de prescription expirer avant d'intenter une action. L'existence d'un acte de confiance préjudiciable a toutefois toujours été une exigence afin de faire valoir la préclusion promissoire ou, par ailleurs, toute forme de préclusion. Il en est ainsi parce que, comme il s'agit d'une doctrine d'equity, son objectif est de régler la question de la conduite inique, injuste ou inéquitable (*Ryan*, par. 68 et 74; *Cowper-Smith c. Morgan*, 2017 CSC 61, [2017] 2 R.C.S. 754, par. 20 et 28). Et ce qui rend la résiliation d'une promesse ou d'une assurance inique, injuste ou inéquitable, c'est que l'auteur de la promesse a, par son intention et son effet, incité le destinataire de la promesse à changer de position en se fiant à cette promesse, et ce, à son *détriment*. Pour ce motif, faire droit à l'argument de préclusion promissoire exige une preuve qu'il y a eu préjudice, absence d'équité ou injustice avant que les tribunaux n'obligent l'auteur de la promesse à respecter sa promesse ou son assurance (voir *Hughes c. Metropolitan Railway Co.* (1877), 2 App. Cas. 439 (H.L.), p. 448, conf. par *Conwest Exploration Co. c. Letain*, [1964] R.C.S. 20, p. 27-28, le juge Judson; *Fort Frances*, p. 202; et *Ryan*, par. 51, citant *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) c. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84 (C.A.), p. 122).

V. Disposition and Costs

[52] We would dismiss the appeal.

[53] Trial Lawyers says costs should not be awarded against it because it is a public interest litigant and because RSA was not obliged to participate in this appeal. The latter suggestion we find highly unrealistic, given the obligation Trial Lawyers sought to have imposed on insurers in this case. Nevertheless, and while this is a close call, we are of the view that the parties should bear their own costs on the appeal and the motion to substitute Trial Lawyers as a party. Our order in this regard should not be taken as a suggestion to other similarly situated groups that they may in future take up and prosecute appeals arising out of settled litigation without the risk of exposure to a costs order.

The following are the reasons delivered by

[54] KARAKATSANIS J. — I have read the reasons of Moldaver and Brown JJ. and I agree that the appeal must be dismissed. I also agree with much of their legal analysis. However, in my view, they have added an unnecessary gloss to an element of promissory estoppel, inconsistent with the jurisprudence and inconsistent with the underlying principles of equity. By doing so, they have undermined the protection that this equitable doctrine provides.

[55] As my colleagues note, the elements of promissory estoppel were stated by this Court in *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50, and are well established in the jurisprudence. A basic requirement is that the promisor “has, by words or conduct, made a promise or assurance which was intended to affect their legal relationship and to be acted on” (*Maracle*, at para. 57). Justices Moldaver and Brown interpret this requirement — an intention to vary legal rights — as requiring the promisor’s actual knowledge of the facts underlying the legal right. They reason that the promisor cannot intend to affect the legal relationship unless they

V. Dispositif et dépens

[52] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

[53] Trial Lawyers affirme que des dépens ne devraient pas être adjugés contre elle parce qu’elle est une partie représentant l’intérêt public et parce que la RSA n’était pas obligée de participer au présent pourvoi. Cette dernière suggestion nous paraît hautement irréaliste étant donné l’obligation que Trial Lawyers a cherché à faire imposer aux assureurs en l’espèce. Néanmoins, et bien qu’il s’agisse d’un cas difficile à trancher, nous sommes d’avis que les parties doivent assumer leurs propres dépens quant à l’appel et la requête visant à substituer Trial Lawyers en tant que partie. Notre ordonnance à cet égard ne devrait pas être considérée comme une suggestion à d’autres groupes dans des situations semblables qu’ils peuvent dorénavant prendre à leur charge et continuer des pourvois découlant de litiges réglés sans risquer d’être assujettis à une ordonnance portant sur les dépens.

Version française des motifs rendus par

[54] LA JUGE KARAKATSANIS — J’ai lu les motifs des juges Moldaver et Brown et je suis d’accord pour dire qu’il faut rejeter le pourvoi. Je souscris aussi à une bonne partie de leur analyse juridique. Cependant, à mon avis, ils ont apporté une précision inutile à un élément de la préclusion promissoire, ce qui est incompatible avec la jurisprudence et les principes sous-jacents de l’équité. Ce faisant, ils ont affaibli la protection qu’offre cette doctrine d’équité.

[55] Comme le font remarquer mes collègues, les éléments de la préclusion promissoire ont été énoncés par notre Cour dans l’arrêt *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50, et sont bien établis dans la jurisprudence. Une exigence de base veut que l’auteur de la promesse « a[it], par ses paroles ou sa conduite, fait une promesse ou donné une assurance destinées à modifier [ses] rapports juridiques [avec l’autre partie] et à inciter à l’accomplissement de certains actes » (*Maracle*, par. 57). Les juges Moldaver et Brown considèrent que cette exigence — une intention de modifier des droits juridiques — requiert que l’auteur de la

have actual knowledge of the facts underlying that relationship (para. 21). Nevertheless, because they accept that the jurisprudence does not require actual knowledge of the legal significance of the facts, they conclude that knowledge of the legal significance may be imputed.

[56] I cannot agree that actual knowledge is required precisely because the promisor's intent must be analyzed objectively. Subjective intent is unknowable to anyone other than the promisor and is not the appropriate lens for this equitable doctrine. The jurisprudence has long established that the intent of the promisor must be interpreted objectively. A promise is intended to vary legal relations when it would be reasonable for the promisee to interpret it as such. The objective approach is grounded in our jurisprudence — going back to the origins of the doctrine — and aligns with the fundamental purpose of promissory estoppel: preventing inequity.

[57] As I shall explain, under an objective approach, knowledge is relevant because it informs the interpretation of the promisor's conduct in the full factual context. The objective approach considers whether, viewed objectively in light of the full context and including all the facts that the promisor knew or reasonably can be taken to have known, the promisor intended to alter legal rights.

[58] Because knowledge of the underlying facts is an important part of the context in which an objective assessment is made, my colleagues' additional requirement of actual knowledge may have little practical effect on the result in many cases. As my colleagues observe, even if constructive knowledge were sufficient for the purposes of promissory estoppel, it would not be available on the facts of this case and the appeal could be dismissed on that basis.

promesse ait une connaissance réelle des faits à l'origine du droit juridique. Ils sont d'avis que l'auteur de la promesse ne peut avoir l'intention de modifier les rapports juridiques à moins d'avoir réellement connaissance des faits à l'origine de ces rapports (par. 21). Néanmoins, parce qu'ils reconnaissent que la jurisprudence n'exige pas une connaissance réelle de la portée juridique des faits, ils concluent qu'une telle connaissance peut être imputée.

[56] Je ne peux souscrire à l'opinion portant que la connaissance réelle est requise justement parce que l'intention de l'auteur de la promesse doit être analysée objectivement. Personne sauf l'auteur de la promesse ne peut connaître l'intention subjective, et il ne s'agit pas de l'angle sous lequel il faut considérer cette doctrine d'équité. La jurisprudence a établi il y a longtemps que l'intention de l'auteur de la promesse doit être interprétée objectivement. Une promesse vise à modifier des rapports juridiques lorsqu'il serait raisonnable pour le destinataire de la promesse de l'interpréter ainsi. La démarche objective est fondée sur notre jurisprudence — depuis la création de la doctrine — et concorde avec l'objectif fondamental de la préclusion promissoire : empêcher l'iniquité.

[57] Comme je vais l'expliquer, selon une démarche objective, la connaissance est pertinente parce qu'elle aide à interpréter la conduite de l'auteur de la promesse dans le contexte factuel global. La démarche objective consiste à déterminer si, d'un point de vue objectif eu égard au contexte global — y compris tous les faits que l'auteur de la promesse connaissait ou dont il pouvait raisonnablement être considéré avoir connaissance —, l'auteur de la promesse avait l'intention de modifier des droits juridiques.

[58] Comme la connaissance des faits sous-jacents est un aspect important du contexte dans lequel une évaluation objective est effectuée, l'exigence de connaissance réelle ajoutée par mes collègues n'aura guère d'incidence sur le résultat dans bien des cas. Comme le font observer mes collègues, même si la connaissance par interprétation suffisait pour l'application de la préclusion promissoire, on ne pourrait l'invoquer au vu des faits de l'espèce, et

However, my colleagues' addition of an absolute requirement of actual knowledge of the facts detracts from the true inquiry and unduly constrains the flexibility inherent in equity.

I. Analysis

[59] Confusion over the role of the promisor's knowledge in this appeal stems from a failure to properly apply an objective analysis of the promisor's intent. There is no dispute in our jurisprudence that promissory estoppel requires a promise or assurance that was intended by the promisor to alter legal relations and that the promise or assurance must be clear and unequivocal. Importantly, the jurisprudence indicates that the promisor's conduct is analyzed *objectively*. The promisor's intent is discerned from their words or conduct and their knowledge is relevant to the extent that it illuminates how the words or conduct can be reasonably interpreted.

[60] Whether the promisor intended the promise to be binding is often the contentious question in promissory estoppel cases (A. Robertson, "Knowledge and Unconscionability in a Unified Estoppel" (1998), 24 *Monash U.L. Rev.* 115, at pp. 127-28). This requirement of intention did not appear in *Hughes v. Metropolitan Railway Co.* (1877), 2 App. Cas. 439 (H.L.), the case often credited as the source of the modern doctrine. It was Lord Denning's summary of the principle in *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*, [1947] K.B. 130, that added the requirement that the promise be "intended to be binding, intended to be acted upon and in fact acted upon" (p. 134).

[61] The interpretive issue is how this intent should be judged: objectively or subjectively (i.e. according to the subjective perspective of the promisor).

[62] This issue was addressed by the Court of Appeal for Ontario in *Owen Sound Public Library*

l'appel pourrait être rejeté pour ce motif. Toutefois, l'ajout par mes collègues d'une exigence absolue de connaissance réelle des faits nous détourne de la véritable analyse et restreint indûment la souplesse inhérente à l'équité.

I. Analyse

[59] La confusion entourant le rôle que joue la connaissance de l'auteur de la promesse dans le présent pourvoi découle du fait qu'une analyse objective n'a pas été correctement appliquée à l'intention qu'avait celui-ci. Il ne fait aucun doute, selon notre jurisprudence, que la préclusion promissoire exige une promesse ou une assurance destinée par son auteur à modifier des rapports juridiques, et que la promesse ou l'assurance doit être claire et sans équivoque. Fait important, la jurisprudence indique que la conduite de l'auteur de la promesse est analysée *objectivement*. Son intention se dégage de ses paroles ou de sa conduite, et sa connaissance est pertinente dans la mesure où elle éclaire la façon dont ses paroles ou sa conduite peuvent être raisonnablement interprétées.

[60] La question de savoir si l'auteur de la promesse voulait que celle-ci lie les parties fait souvent l'objet du litige dans les affaires de préclusion promissoire (A. Robertson, « Knowledge and Unconscionability in a Unified Estoppel » (1998), 24 *Monash U.L. Rev.* 115, p. 127-128). Cette exigence d'intention ne figurait pas dans l'arrêt *Hughes c. Metropolitan Railway Co.* (1877), 2 App. Cas. 439 (H.L.), la décision souvent invoquée comme la source de la doctrine moderne. C'est le résumé du principe fait par le lord Denning dans l'arrêt *Central London Property Trust Ltd. c. High Trees House Ltd.*, [1947] K.B. 130, qui a ajouté l'exigence que la promesse soit [TRADUCTION] « destinée à lier les parties et à être remplie, et qu'elle soit effectivement remplie » (p. 134).

[61] La question d'interprétation est de savoir de quelle manière il convient de juger cette intention : objectivement ou subjectivement (c.-à-d. du point de vue subjectif de l'auteur de la promesse).

[62] La Cour d'appel de l'Ontario a abordé cette question dans l'arrêt *Owen Sound Public Library*

Board v. Mial Developments Ltd. (1979), 26 O.R. (2d) 459. The Court of Appeal concluded that “a promise, whether express or inferred from a course of conduct, is intended to be legally binding if it reasonably leads the promisee to believe that a legal stipulation, such as strict time of performance, will not be insisted upon” (p. 465). The Court of Appeal held that intent does not require a direct statement to that effect and determined that “[k]nowledge by the promisor that the promisee is likely to regard the promise as affecting their legal relations constitutes an appropriate basis from which the inference of the existence of a sufficient intent can be drawn” (p. 467 (emphasis added)). As Professor McCamus explains, “the court [in *Owen Sound*] clearly indicated that the fact the contractor may not have intended to signal a willingness to ignore the time limit was irrelevant” (*The Law of Contracts* (3rd ed. 2020), at p. 313).

[63] One of the earliest endorsements of this objective analysis was that of Parke B. in *Freeman v. Cooke* (1848), 2 Ex. 654, 154 E.R. 652, who wrote:

[I]f whatever a man’s real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would take the representation to be true, and believe that it was meant that he should act upon it, and did act upon it as true, the party making the representation would be equally precluded from contesting its truth [p. 656]

(See also *Birmingham and District Land Co. v. London and North Western Railway Co.* (1888), 40 Ch. D. 268 (C.A.), at p. 287, per Bowen L.J.; *Charles Rickards Ltd. v. Oppenheim*, [1950] 1 K.B. 616 (C.A.), at p. 623, per Denning L.J.)

[64] In addition to the jurisprudence, an objective interpretation of the promisor’s words or conduct is strongly supported by commentators. In his treatise, Professor McCamus writes: “The test for whether the undertaking was given is . . . objective” (p. 313). Professor MacDougall similarly concludes, “a promise or assurance, whether express or inferred from a course of conduct, is intended to be legally binding if it reasonably leads the promisee to believe that

Board c. Mial Developments Ltd. (1979), 26 O.R. (2d) 459. Elle a conclu ce qui suit : [TRADUCTION] « une promesse, qu’elle soit expresse ou inférée d’une conduite, est destinée à lier les parties en droit si elle amène raisonnablement le destinataire de la promesse à croire qu’on n’insistera pas sur une stipulation juridique, comme un délai strict d’exécution » (p. 465). La Cour d’appel a jugé que l’intention n’exige pas une affirmation directe à cet effet et a décidé que « [l]e fait pour l’auteur de la promesse de savoir que le destinataire de celle-ci considère vraisemblablement la promesse comme modifiant leurs rapports juridiques constitue un fondement approprié duquel l’on peut inférer l’existence d’une intention suffisante » (p. 467 (je souligne)). Comme l’explique le professeur McCamus, [TRADUCTION] « le tribunal [dans l’arrêt *Owen Sound*] a clairement indiqué que le fait que l’entrepreneur n’avait peut-être pas eu l’intention de manifester la volonté d’ignorer le délai n’était pas pertinent » (*The Law of Contracts* (3^e éd. 2020), p. 313).

[63] Le baron Parke fut l’un des premiers à avaliser cette analyse objective dans la décision *Freeman c. Cooke* (1848), 2 Ex. 654, 154 E.R. 652, où il a écrit :

[TRADUCTION] [S]i, quelle que soit l’intention réelle d’une personne, elle se conduit de telle manière qu’une personne raisonnable ajouterait foi à la déclaration et croirait qu’elle était destinée à ce qu’elle y donne suite, et y a en fait donné suite, la partie qui a fait la déclaration ne pourrait pas non plus en contester la véracité. . . [p. 656]

(Voir aussi *Birmingham and District Land Co. c. London and North Western Railway Co.* (1888), 40 Ch. D. 268 (C.A.), p. 287, le lord juge Bowen; *Charles Rickards Ltd. c. Oppenheim*, [1950] 1 K.B. 616 (C.A.), p. 623, le lord juge Denning.)

[64] En plus de la jurisprudence, la doctrine appuie fortement une interprétation objective des paroles ou de la conduite de l’auteur de la promesse. Le professeur McCamus écrit dans son traité : [TRADUCTION] « Le test permettant de déterminer si l’engagement a été donné est [. . .] objectif » (p. 313). Le professeur MacDougall arrive à une conclusion semblable : [TRADUCTION] « une promesse ou une assurance, qu’elle soit expresse ou inférée d’une conduite,

a right or other legal stipulation . . . will not be insisted upon” (*Estoppel* (2nd ed. 2019), at § 5.195). Professor Manwaring has observed that, “[s]ubjective intention is unknowable and intention can only be inferred from words and actions or, in other words, the objective manifestations of intent” and that the “case law clearly supports the view that the intentions of the promisor are to be discovered through an objective analysis” (“Promissory Estoppel in the Supreme Court of Canada” (1987), 10 *Dal. L.J.* 43, at p. 64).

[65] There are important doctrinal reasons to focus on the reasonable interpretation of the promisor’s conduct, and not on their subjective intent or actual knowledge. Promissory estoppel responds to unconscionability (or inequity or unfairness) and reliance, which are closely linked concepts (see *Cowper-Smith v. Morgan*, 2017 SCC 61, [2017] 2 S.C.R. 754, at paras. 15-16). As Moldaver and Brown JJ. acknowledge in this appeal, “[p]romissory estoppel seeks to protect against the ‘inequity of allowing the other party to resile from his statement where it has been relied upon to the detriment of the person to whom it was directed’” (para. 16, quoting *Fort Frances v. Boise Cascade Canada Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 171, at p. 202). However, inequity is found where the promisor acted in a manner that the promisee reasonably interpreted as a promise and the promisee changed their position as a result. As expressed by Mason C.J. and Wilson J. in *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher* (1988), 164 C.L.R. 387, “equity will come to the relief of a plaintiff who has acted to his detriment on the basis of a basic assumption in relation to which the other party to the transaction has ‘played such a part in the adoption of the assumption that it would be unfair or unjust if he were left free to ignore it’” (p. 404, quoting *Grundt v. Great Boulder Pty Gold Mines Ltd.* (1937), 59 C.L.R. 641, at p. 675, per Dixon J.).

est destinée à lier les parties en droit si elle amène raisonnablement le destinataire de la promesse à croire qu’on n’insistera pas sur [. . .] un droit ou une autre stipulation juridique » (*Estoppel* (2^e éd. 2019), § 5.195). Le professeur Manwaring a fait observer que [TRADUCTION] « [l]’intention subjective est inconnaissable, et l’on peut inférer l’intention uniquement de paroles et d’actes ou, autrement dit, des manifestations objectives de l’intention », et que la « jurisprudence étaye clairement l’opinion selon laquelle les intentions de l’auteur de la promesse doivent être cernées au moyen d’une analyse objective » (« Promissory Estoppel in the Supreme Court of Canada » (1987), 10 *Dal. L.J.* 43, p. 64).

[65] Il existe d’importantes raisons fondées sur la doctrine de mettre l’accent sur l’interprétation raisonnable de la conduite de l’auteur de la promesse, et non sur son intention subjective ou sa connaissance réelle. La préclusion promissoire répond à l’iniquité (ou l’injustice) et à l’acte de confiance, des concepts étroitement liés (voir *Cowper-Smith c. Morgan*, 2017 CSC 61, [2017] 2 R.C.S. 754, par. 15-16). Comme le reconnaissent dans le présent pourvoi les juges Moldaver et Brown, « [l]a doctrine de la préclusion promissoire sert à protéger contre “l’injustice qui serait causée si on permettait à l’autre partie de se rétracter lorsque la personne à qui elle [a fait une promesse ou une déclaration] s’est fondée sur cette promesse ou déclaration pour agir à son détriment” » (par. 16, citant *Fort Frances c. Boise Cascade Canada Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 171, p. 202). Toutefois, on conclut à l’existence d’une iniquité lorsque l’auteur de la promesse s’est conduit d’une façon que le destinataire a raisonnablement interprétée comme une promesse et que ce dernier a changé de position en conséquence. Comme l’ont expliqué le juge en chef Mason et le juge Wilson dans l’arrêt *Waltons Stores (Interstate) Ltd. c. Maher* (1988), 164 C.L.R. 387, [TRADUCTION] « l’equity viendra au secours d’un demandeur qui a agi à son détriment sur la foi d’une supposition fondamentale à l’égard de laquelle l’autre partie à l’opération a “joué un tel rôle dans l’adoption de la supposition qu’il serait inéquitable ou injuste de lui permettre de l’ignorer” » (p. 404, citant *Grundt c. Great Boulder Pty Gold Mines Ltd.* (1937), 59 C.L.R. 641, p. 675, le juge Dixon).

[66] In my view, the role of knowledge in promissory estoppel flows from the nature of this objective analysis, which focuses on whether it was reasonable in the circumstances to interpret the promisor's words or conduct as an intent to change legal relations. Subjective intent — which is unknowable to the promisee — is not the appropriate focus for promissory estoppel. For the same reason, promissory estoppel does not require *actual* knowledge in every case.

[67] Proprietary estoppel — unlike promissory estoppel — initially did require the defendant's actual knowledge (of both the existence of the right and the claimant's mistaken belief as to their legal right). The House of Lords in *Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776, followed by this Court in *Cowper-Smith*, removed the explicit knowledge requirement and endorsed an objective interpretation. Lord Scott of Foscote described the objective analysis as follows:

If it is reasonable for a representee to whom representations have been made to take the representations at their face value and rely on them, it would not in general be open to the representor to say that he or she had not intended the representee to rely on them. . . . It could not be thought reasonable for a representee to rely on a representation that, objectively viewed, was not intended by the representor to be relied on. [para. 17]

[68] Because equity is concerned with addressing unfairness, the application of the doctrine must be fair to *both* parties and must consider the context from both perspectives. Equity is not just concerned with the subjective intention or the actual knowledge of the promisor. The person who relies on the promisor's words or conduct should be able to rely on the entire context, including what the promisor could reasonably be assumed to know. And the impact of any words or conduct must also be assessed from the perspective of what the promisor could reasonably assume the promisee knew. Therefore, in order to determine whether, viewed objectively, the words or conduct convey an intention to vary legal

[66] À mon avis, la fonction de la connaissance dans la préclusion promissoire découle de la nature de cette analyse objective, laquelle s'attache à la question de savoir s'il était raisonnable dans les circonstances d'interpréter les paroles ou la conduite de l'auteur de la promesse comme reflétant une intention de modifier des rapports juridiques. La préclusion promissoire ne doit pas être axée sur l'intention subjective, que le destinataire de la promesse ne peut connaître. Pour la même raison, la préclusion promissoire n'exige pas la connaissance *réelle* dans tous les cas.

[67] La préclusion propriétaire — contrairement à la préclusion promissoire — exigeait au départ la connaissance réelle par le défendeur (à la fois de l'existence du droit et de la croyance erronée du demandeur quant à son droit juridique). La Chambre des lords, dans l'arrêt *Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776, puis notre Cour dans l'arrêt *Cowper-Smith* ont supprimé l'exigence de connaissance explicite et avalisé une interprétation objective. Le lord Scott of Foscote a décrit en ces termes l'analyse objective :

[TRADUCTION] S'il est raisonnable pour la partie à qui des déclarations ont été faites de les prendre au pied de la lettre et de s'y fier, il ne serait généralement pas possible pour leur auteur de dire qu'il ne voulait pas que le destinataire s'y fie. [. . .] On ne pourrait juger raisonnable que le destinataire se fie à une déclaration qui, considérée objectivement, n'était pas destinée par son auteur à ce que l'on s'y fie. [par. 17]

[68] Puisque l'équité vise à corriger l'injustice, l'application de la doctrine doit être équitable pour les *deux* parties et doit tenir compte du contexte selon les deux points de vue. L'équité ne concerne pas uniquement l'intention subjective ou la connaissance réelle de l'auteur de la promesse. La personne qui se fie aux paroles ou à la conduite de l'auteur de la promesse devrait être en mesure de se fier à l'ensemble du contexte, notamment à ce que l'auteur de la promesse pourrait raisonnablement être considéré savoir. De plus, l'incidence de toute parole ou conduite doit aussi être appréciée dans l'optique de ce que l'auteur de la promesse pouvait raisonnablement supposer que le destinataire savait. Par conséquent,

rights, the fact-finder must look at the entire context, including what the promisor knew or can be taken to have known.

[69] As an illustrative example, if it were industry practice to immediately obtain a police report after a motor vehicle accident, and this practice was generally known or the insurer knew that the person relying on the promise had knowledge of this practice, then it would be reasonable to interpret the insured's conduct in light of an assumption that they were aware of the contents of the police report. The fact that an insurer, through mistake or negligence, actually failed to obtain the report would not be decisive to an objective interpretation of their conduct unless the insured knew that the insurer had not obtained the report.

[70] For this reason, the objective lens does not mean that there is no role for the knowledge of the promisor (and promisee). *Western Canada Accident and Guarantee Insurance Co. v. Parrott* (1921), 61 S.C.R. 595, illustrates the role that knowledge plays in the promissory estoppel analysis. The insurance company's conduct could be reasonably interpreted as a promise intended to alter legal relations precisely because it was clear in the context that they knew they had the option to void the policy but chose not to. As Duff J. wrote, the insurance company's conduct in the circumstances provided "ample evidence to support the inference, and that I think is the right inference, that the company agreed to assume responsibility under the policy" (p. 601). Actual knowledge of the facts supported the inference that the promisor intended to change legal relations; but it does not follow that actual knowledge is therefore a requirement of promissory estoppel. *Parrott* did not, therefore, create a unique promissory estoppel test for the insurance context that *requires* knowledge.

afin de déterminer si, considérées objectivement, les paroles ou la conduite reflètent l'intention de modifier des rapports juridiques, le juge des faits doit examiner l'ensemble du contexte, y compris ce que l'auteur de la promesse savait ou pouvait être considéré savoir.

[69] À titre d'exemple, si l'industrie avait pour pratique d'obtenir sur-le-champ un rapport de police après un accident de la route, et si cette pratique était généralement connue ou si l'assureur savait que la personne se fiant à la promesse avait connaissance de cette pratique, il serait alors raisonnable d'interpréter la conduite de l'assuré en supposant qu'il était au courant de la teneur du rapport de police. Le fait qu'un assureur, par erreur ou négligence, n'ait effectivement pas obtenu le rapport ne serait pas décisif dans l'interprétation objective de sa conduite sauf si l'assuré savait que l'assureur n'avait pas obtenu le rapport.

[70] Pour cette raison, l'angle de l'objectivité ne veut pas dire que la connaissance de l'auteur de la promesse (et celle de son destinataire) ne joue aucun rôle. L'arrêt *Western Canada Accident and Guarantee Insurance Co. c. Parrott* (1921), 61 R.C.S. 595, illustre le rôle que joue la connaissance dans l'analyse de la préclusion promissoire. La conduite de la compagnie d'assurance pourrait raisonnablement être interprétée comme une promesse destinée à modifier des rapports juridiques, précisément parce qu'il ressortait du contexte qu'elle savait qu'elle avait la possibilité d'annuler la police, mais a choisi de ne pas le faire. Comme l'a écrit le juge Duff, la conduite de la compagnie d'assurance dans les circonstances a fourni [TRADUCTION] « suffisamment d'éléments de preuve pour étayer l'inférence, et je crois qu'il s'agit de la bonne inférence, que la compagnie a accepté d'assumer la responsabilité prévue par la police » (p. 601). La connaissance réelle des faits appuyait l'inférence suivant laquelle l'auteur de la promesse voulait modifier des rapports juridiques; mais il ne s'ensuit pas que la connaissance réelle est par conséquent une exigence de la préclusion promissoire. L'arrêt *Parrott* n'a donc pas créé, dans le contexte des assurances, un test unique de préclusion promissoire qui *exige* la connaissance.

[71] Importantly, knowledge plays this role *not* because there is a bright-line rule that the promisor must have knowledge of the underlying facts in every case. Knowledge is simply part of the context that informs the reasonable interpretation of the promisor's conduct. There is only one test for promissory estoppel in Canadian law, and the jurisprudence confirms that it is based on an objective interpretation of the promisor's conduct.

[72] My colleagues accept that imputed knowledge can be sufficient for promissory estoppel so long as the promisor is aware of the underlying facts; it does not matter if the promisor lacks knowledge about the legal significance of those facts. In other words, a court can "impute" knowledge of legal significance of the facts to the promisor. However, my colleagues reject the idea that "constructive knowledge" arising from a breach of a duty to investigate is sufficient. I find this distinction unhelpful. Again, promissory estoppel does not depend on a rigid categorization of different types of knowledge, but on the objective assessment of how the promisor's conduct can be interpreted.

[73] It is well established that a promisor cannot resist promissory estoppel by claiming that they only had knowledge of the facts but not their legal rights (see *Peyman v. Lanjani*, [1985] 1 Ch. 457 (C.A.), at p. 495, per May L.J.; *Parlee v. Pembridge Insurance Co.*, 2005 NBCA 49, 283 N.B.R. (2d) 75, at para. 12; *The Commonwealth Mutual Assurance Group v. Campbell*, 2018 ONSC 5899, 95 C.C.L.I. (5th) 328, at paras. 38 and 40, aff'd 2019 ONCA 668, 95 C.C.L.I. (5th) 344). This is significant because the knowledge that is relevant to *an intention to change legal relations* is knowledge of legal rights. In other words, if the promisor does not realize the legal significance of the underlying facts, they cannot intend to change legal relations at all. As Professor Manwaring writes: "If the promisor can easily discover what her legal rights are, it would be inequitable to allow her to act without making a reasonable effort to do so" (p. 63). Equity's goal of preventing inequitable conduct is engaged where the promisor

[71] Fait important, la connaissance joue ce rôle *non pas* parce qu'il existe une règle nette et précise selon laquelle l'auteur de la promesse doit avoir connaissance des faits sous-jacents dans tous les cas. La connaissance fait simplement partie du contexte qui aide à interpréter raisonnablement la conduite de l'auteur de la promesse. Il n'y a qu'un seul test de préclusion promissoire en droit canadien, et la jurisprudence confirme qu'il repose sur une interprétation objective de la conduite de l'auteur de la promesse.

[72] Mes collègues acceptent que la connaissance imputée peut être suffisante pour l'application de la préclusion promissoire tant que l'auteur de la promesse est au courant des faits sous-jacents; peu importe si celui-ci n'a pas connaissance de la portée juridique de ces faits. En d'autres termes, le tribunal peut « imputer » la connaissance de la portée juridique des faits à l'auteur de la promesse. Or, mes collègues rejettent l'idée que la « connaissance par interprétation » découlant d'un manquement à un devoir d'enquête est suffisante. Je trouve cette distinction inutile. Encore une fois, la préclusion promissoire ne repose pas sur une catégorisation rigide de divers types de connaissance, mais sur l'évaluation objective de la façon dont la conduite de l'auteur de la promesse peut être interprétée.

[73] Il est bien établi que l'auteur de la promesse ne peut s'opposer à la préclusion promissoire en soutenant qu'il avait connaissance uniquement des faits, et non de ses droits juridiques (voir *Peyman c. Lanjani*, [1985] 1 Ch. 457 (C.A.), p. 495, le lord juge May; *Parlee c. Pembridge Insurance Co.*, 2005 NBCA 49, 283 R. N.-B. (2e) 75, par. 12; *The Commonwealth Mutual Assurance Group c. Campbell*, 2018 ONSC 5899, 95 C.C.L.I. (5th) 328, par. 38 et 40, conf. par 2019 ONCA 668, 95 C.C.L.I. (5th) 344). Ce principe est important car la connaissance pertinente *pour l'intention de modifier des rapports juridiques* est celle des droits juridiques. Autrement dit, si l'auteur de la promesse ne se rend pas compte de la portée juridique des faits sous-jacents, il ne peut aucunement avoir l'intention de modifier des rapports juridiques. Comme l'écrit le professeur Manwaring : [TRADUCTION] « Si l'auteur de la promesse peut aisément prendre connaissance de la nature de ses droits juridiques, il serait inéquitable de lui permettre d'agir

could easily have discovered their legal rights, chose not to, and then, through words or conduct, reasonably led the promisee to believe that the promisor would not enforce the legal rights.

[74] The jurisprudence “imputes” knowledge of legal rights precisely because it would be inequitable for the promisor to resile where their conduct can reasonably be interpreted as an intention to change legal relations. The same objective analysis applies where the promisor can be *taken to have knowledge of the facts*. What matters is whether the context supports the inference of intent.

[75] The objective approach also maintains the proper distinction between waiver — a common law doctrine — and promissory estoppel. Waiver, which requires “full knowledge of rights” and “an unequivocal and conscious intention to abandon them”, imposes this strict test because there is no consideration for the promise (*Saskatchewan River Bungalows Ltd. v. Maritime Life Assurance Co.*, [1994] 2 S.C.R. 490, at p. 500). Further, unlike promissory estoppel, waiver does *not* require detrimental reliance. Waiver requires a *conscious intention*; full knowledge is necessary. By contrast, promissory estoppel — which is rooted in equity — does not impose a strict knowledge requirement, but requires detrimental reliance. Equity relieves against the harsh consequences of the application of common law rules.

[76] Therefore, whether the promisor has made a promise or assurance with the intent to change legal relations is a factual determination that must be made in light of the full context. A promise or assurance is intended to be legally binding where it would be reasonable for the promisee to rely on it.

sans qu’elle ait fait d’effort raisonnable en ce sens » (p. 63). L’objectif de l’équité consistant à empêcher une conduite inéquitable entre en jeu lorsque l’auteur de la promesse aurait pu facilement prendre connaissance de ses droits juridiques, a choisi de ne pas le faire, puis, par ses paroles ou sa conduite, a raisonnablement amené le destinataire de la promesse à croire qu’il ne ferait pas respecter les droits juridiques.

[74] La jurisprudence « impute » la connaissance des droits juridiques précisément parce qu’il serait inéquitable que l’auteur de la promesse se rétracte lorsque sa conduite peut raisonnablement être interprétée comme reflétant une intention de modifier des rapports juridiques. La même analyse objective s’applique lorsque l’auteur de la promesse peut être *considéré avoir connaissance des faits*. Ce qui compte, c’est de savoir si le contexte étaye l’inférence d’intention.

[75] La démarche objective maintient en outre la distinction qu’il convient d’établir entre la renonciation — une doctrine de common law — et la préclusion promissoire. La renonciation, laquelle exige que son auteur ait « parfaitement connaissance des droits en cause » et « l’intention claire et consciente d’y renoncer », impose ce critère strict car il n’y a aucune contrepartie pour la promesse (*Saskatchewan River Bungalows Ltd. c. La Maritime, Compagnie d’assurance-vie*, [1994] 2 R.C.S. 490, p. 500). De plus, contrairement à la préclusion promissoire, la renonciation *n’exige pas* qu’il y ait eu acte de confiance préjudiciable. La renonciation requiert une *intention consciente*; une parfaite connaissance est nécessaire. À l’inverse, la préclusion promissoire — qui prend sa source dans l’équité — *n’impose pas* une exigence stricte de connaissance, mais exige qu’il y ait eu acte de confiance préjudiciable. L’équité remédie aux dures conséquences de l’application des règles de common law.

[76] Par conséquent, la question de savoir si l’auteur de la promesse a fait une promesse ou donné une assurance avec l’intention de modifier des rapports juridiques en est une de fait qu’il faut trancher eu égard au contexte global. Une promesse ou une assurance est destinée à lier en droit les deux parties lorsqu’il serait raisonnable pour son destinataire de s’y fier.

[77] I agree with my colleagues that in this case, Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada's (RSA) conduct cannot be interpreted as an unequivocal assurance that RSA would continue to provide coverage even if the policy was void. A coroner's report that *none* of the parties had accessed is not relevant to the objective interpretation of RSA's conduct. RSA's continued coverage did not signify any intent to change legal relations: the motor vehicle accident report included no reference to alcohol; none of the motorcyclists told the police about alcohol consumption; Mr. Bradfield never told RSA's investigators or his own insurer about alcohol consumption; and the Durham Regional Police Collision Investigation Unit report did not mention alcohol.

[78] I would also reject the idea that RSA is estopped simply because three years passed before it took an off-coverage position. The length of time is not determinative here. Ultimately, there is nothing unique in RSA's conduct to suggest that RSA promised that it would not void coverage if it failed to discover breaches after a specific period of time.

[79] Therefore, Mr. Bradfield cannot succeed in establishing promissory estoppel because RSA did not make a promise or assurance that can be reasonably interpreted as intending to alter legal relations. This is sufficient to dispose of this appeal.

II. Conclusion

[80] In my view, the promisor's intent in promissory estoppel must be interpreted objectively based upon their words or conduct: a promise is intended to be binding when it would be reasonable for the promisee to interpret it as such. Given that the analysis does not focus on the subjective intent of the promisor, there is no absolute requirement that the promisor have knowledge of their legal rights or the underlying facts giving rise to those rights in every case. Instead, knowledge is relevant because it is part of the context informing the objective interpretation

[77] Je conviens avec mes collègues que dans la présente affaire, la conduite de la Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances (RSA) ne saurait être interprétée comme une assurance non équivoque que la RSA continuerait d'offrir une couverture même si la police d'assurance était nulle. Le rapport du coroner, qu'*aucune* des parties n'avait consulté, n'est pas utile pour l'interprétation objective de la conduite de la RSA. La couverture continue par la RSA n'indiquait aucune intention de modifier des rapports juridiques : le rapport d'accident de la route ne contenait aucune mention d'alcool; aucun des motocyclistes n'a parlé de consommation d'alcool aux policiers; M. Bradfield n'a jamais parlé aux enquêteurs de la RSA ou à son propre assureur de consommation d'alcool; et le rapport de l'unité d'enquête sur collision de la police régionale de Durham ne faisait pas mention d'alcool.

[78] Je rejette également l'idée que la RSA est précluse du simple fait que trois ans se sont écoulés avant qu'elle refuse de verser l'indemnité. Le temps écoulé n'est pas déterminant en l'espèce. En fin de compte, il n'y a rien de particulier dans la conduite de la RSA qui donne à penser qu'elle a promis de ne pas annuler la couverture si elle ne constatait pas de manquements après une période déterminée.

[79] Par conséquent, M. Bradfield ne peut arriver à établir la préclusion promissoire, car la RSA n'a pas fait de promesse ou donné d'assurance pouvant être raisonnablement interprétées comme étant destinées à modifier des rapports juridiques. Cela suffit pour trancher le présent pourvoi.

II. Conclusion

[80] J'estime qu'en matière de préclusion promissoire, il faut interpréter objectivement l'intention de l'auteur de la promesse en fonction de ses paroles ou de sa conduite : une promesse est destinée à lier les parties lorsqu'il serait raisonnable pour son destinataire de l'interpréter comme telle. Puisque l'analyse ne s'attache pas à l'intention subjective de l'auteur de la promesse, il n'y a pas d'exigence absolue selon laquelle celui-ci doit avoir connaissance de ses droits juridiques ou des faits à l'origine de ces droits dans tous les cas. La connaissance est plutôt pertinente

of the promisor's words or conduct. Because the intention of the words or conduct must be assessed objectively, both what the promisor knew and what they reasonably ought to have known are relevant.

[81] I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Bell, Temple, Toronto.

Solicitors for the intervener: MacKenzie Barristers, Toronto.

parce qu'elle fait partie du contexte qui aide à interpréter objectivement les paroles ou la conduite de l'auteur de la promesse. Comme l'intention animant les paroles ou la conduite doit être évaluée objectivement, ce que l'auteur de la promesse savait et ce qu'il aurait dû raisonnablement savoir sont tous les deux des éléments pertinents.

[81] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Bell, Temple, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : MacKenzie Barristers, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca